

# LA LEGITIMACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Por CHRISTIAN STARCK\*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. DIVISIÓN DE PODERES COMO GARANTÍA DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.—3. LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.—4. CONTROL CONSTITUCIONAL Y PODER DE LA JUSTICIA.—5. REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR UNA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL.—6. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.—7. OBSERVACIÓN FINAL.

### 1. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción constitucional es un instrumento importante que permite asegurar la supremacía de la Constitución. En virtud de una tradición europea común y de constelaciones históricas específicas, en el siglo XVII fue cristalizándose en Inglaterra, Alemania, Francia y América del Norte la idea de la supremacía de ciertas leyes fundamentales que todavía no poseían el carácter de Constitución en sentido moderno. Más tarde, el constitucionalismo hizo valer la supremacía de estas leyes fundamentales para las constituciones escritas<sup>1</sup>. Desde los orígenes quedó demostrada la nece-

---

\* Estudió en las Universidades de Kiel, Friburgo y Wurzburg. Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Gotinga (*Göttingen*) desde 1971, Universidad de la que fue Rector entre 1976 y 1977. Juez del Tribunal Constitucional de la Baja Sajonia (desde 1991). Profesor invitado, entre otras, por la Universidad de París I. Entre 1998 y 1999, Presidente de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público. Director (desde 1973) de *Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit*. Codirector de *Juristenzeitung* (desde 1978). Ha dirigido la 4.ª edición del comentario de Von Mangoldt/Klein/Starck, *Das Bonner Grundgesetz*.

Trabajo inicialmente publicado en la obra colectiva *Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*, Imprenta Nacional, Bogotá, 2001, cuya publicación en esta revista ha sido autorizada expresamente por el Profesor Christian Starck. (*Nota del Director*).

<sup>1</sup> ALEXANDER HAMILTON, *The Federalist*, núm. 78; EMMANUEL DE SIEYÈS, *Qu'est-ce-que*

sidad de asegurar la supremacía de la Constitución a través de la división de poderes y la creación de una justicia independiente, en vista de que las Constituciones políticas regulan la actividad del ser humano, que no es ajena a los errores, abusos y usurpaciones.

Colombia instituyó la jurisdicción constitucional en 1991, cuando el país atravesaba por circunstancias sociales muy adversas. Pudo recurrir, por otro lado, a una tradición propia, que se remonta a mediados del siglo XIX. La reforma constitucional de 1910 introdujo por primera vez en el mundo un control constitucional judicial que ofrecía acceso a todos<sup>2</sup>. La Corte Constitucional colombiana, cuyo noveno aniversario se celebra en estos días, transformó la Constitución en Derecho justiciable. Desde entonces, el Tribunal ha demostrado en numerosos juicios coraje e independencia, conquistando el respeto de la población<sup>3</sup>.

Me siento honrado por la invitación que me fuera efectuada para exponer en oportunidad de celebrarse los nueve años de vigencia de la Corte Constitucional colombiana. Sin embargo, me abstendré de comentar los detalles de la jurisdicción constitucional colombiana, que todos ustedes conocen mejor que yo. Deseo aprovechar la ocasión para aportar a este relevante coloquio algunas ideas básicas sobre la legitimidad de la justicia constitucional y desde el enfoque del principio democrático. Mi ponencia está estructurada de forma tal que en una primera etapa haré referencia a la división de poderes como salvaguarda de la supremacía de la Constitución (II); seguidamente he de detenerme en la evolución del control constitucional (III), para luego abordar el tema del poder de los jueces (IV). En el último punto haré referencia a la estructura de las normas constitucionales (V) y la interpretación constitucional (VI).

## 2. DIVISIÓN DE PODERES COMO GARANTÍA DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Todo tipo de división de poderes presupone la prioridad de aquel Derecho que distribuye las diferentes materias o funciones del poder público. A su vez, la división de poderes, organizada en función de estos principios, garantiza la supremacía de la norma constitucional. Por lo tanto, el control del poder público mediante la separación de poderes o un sistema de *checks and balances* que tenga por objeto asegurar la supremacía de la

*le Tiers Etat* (1789), éd. critique par R. ZAPPERI, Genf 1970, pág. 180 y ss.; ver al respecto Ch. G. HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, 2.<sup>a</sup> ed. 1959, pp. 88 y ss.; KLAUS STERN, *Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit*, 1984, p. 30, con otras referencias.

<sup>2</sup> V. NARANJO MESA, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 1997, p. 397.

<sup>3</sup> NORBERT LÖSING, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, 2001, p. 445 y s.

Constitución, es un objeto esencial de la Constitución. Las leyes fundamentales mismas, y en mucha mayor medida las posteriores constituciones, distribuyen y limitan el poder público<sup>4</sup>. Esta distribución y limitación del poder es la garantía propia del sistema que resguarda la supremacía de la Constitución. La relación interna entre Constitución y división de poderes se traduce claramente en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution»<sup>5</sup>. La Constitución americana de 1787, sancionada poco antes, que inicialmente quedó circunscrita al Derecho de organización, constituye una aplicación de estas ideas. Los derechos fundamentales incorporados previamente en los *Bills of Pights* de los Estados, sólo quedaron incorporados a la Constitución Federal en 1791 en forma de enmiendas (*amendments*). Las posibilidades de una división de poderes son múltiples. Un sistema presidencialista funciona de manera diferente a un régimen parlamentario. En todo caso, lo decisivo es que la división de poderes sea efectiva<sup>6</sup>.

En la distribución del poder público adquiere gran importancia la extensión de la competencia y la independencia de la justicia. En tal sentido, se observan importantes diferencias. Según la Constitución norteamericana, la competencia de los tribunales (art. III, sec. 2) se extiende a todos los casos que hacen al Derecho y a la equidad: «The judicial power shall extend to all cases, in Law and Equity, arising under this Constitution». En Francia, en cambio, el poder judicial está fuertemente limitado en su competencia frente al poder legislativo y al poder ejecutivo, tal como se desprende del Título III, Capítulo 5, art. 3 de la Constitución de 1791. La sujeción irrestricta de los jueces a la legislación debe interpretarse como consecuencia derivada del dogma francés según el cual la ley es expresión de la voluntad general, tal como plantea el art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De hecho, este dogma independiza al poder legislativo de la Constitución y es, por lo tanto, opuesto a la idea de la supremacía de la Constitución. En efecto, con este dogma se aplica la concepción absolutista de la ley, según la cual todo Derecho emana de la voluntad del monarca, a la República, en el sentido

<sup>4</sup> M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 1967, p. 26 y ss., 119 y ss., 176 y ss.

<sup>5</sup> La sociedad en donde no estén garantizados los derechos ni esté establecida la separación de los poderes carece de Constitución.

<sup>6</sup> CHARLES-LOUIS DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI. Chap. XX: «Je voudrais rechercher, dans tous les gouvernements modérés que nous connaissons, qu'elle est la distribution des trois pouvoirs, et calculer par là les degrés de liberté dont chacun d'eux peut jouir» (Quisiera investigar en todos los gobiernos moderados conocidos, cuál es la distribución de los tres poderes y calcular a partir de ahí los grados de libertad que disfruta cada uno de ellos).

de que todo Derecho emana de la voluntad de la mayoría de la Asamblea Nacional. Así lo interpreta Sieyès cuando en 1795, en su informe para la *Convention Nationale sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire* exige «que ce jury veille avec fidélité à la garde du dépôt constitutionnel»<sup>7</sup>. Este jurado propuesto por Sieyès, conocido también como «*dépositaire conservateur de l'ordre constitutionnel*», se diferencia claramente de los tribunales ordinarios y es denominado «*tribunal de cassation de l'ordre constitutionnel*». Esta afirmación de un hombre con vasta experiencia en temas constitucionales muestra la importancia que le asigna al carácter normativo de la Constitución y su preponderancia. Como se sabe, la evolución en Francia se desarrolló por otros carriles. Hasta la década de los setenta, sobre todo, la legislación era considerada la guardiana fundamental de los derechos humanos.

### 3. LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Con la idea manifestada por Sieyès de incorporar garantías judiciales a fin de guardar la supremacía de la Constitución, ingresamos a un terreno en el que hasta la fecha subsisten opiniones encontradas. Los defensores de la justicia constitucional sostienen que la jurisdiccionalidad es el ámbito más adecuado para garantizar la supremacía de la Constitución. Según establece la doctrina de la división de poderes, la función de los tribunales independientes es hacer respetar las leyes. Esta tarea se hace extensiva a la protección de las normas constitucionales, a la que están convocados especialmente los tribunales en razón de sus conocimientos en la aplicación del derecho. Sieyès concluye la necesidad de proteger la Constitución a través de un tribunal constitucional (*Jury constitutionnaire*) con base en la siguiente reflexión: «Une Constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code? Il faut pouvoir répondre. Un oubli de ce genre serait inconcevable autant que ridicule dans l'ordre civil, pourquoi le souffririez-vous dans l'ordre politique? Des lois, quelle qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction avec un besoin réel de les faire observer»<sup>8\*</sup>.

<sup>7</sup> EMMANUEL DE SIEYÈS, *Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire, proposée le 2 thermidor, prononcée à la Convention nationale le 18 du même mois, l'an III de la République* (1795), imprimée par l'Ordre de la Convention nationale, Paris, pp. 3, 20 y s.

<sup>8</sup> SIEYÈS (n.a.p. 6), pp. 3, 7.

\* «Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada; si es un cuerpo de leyes obligatorias, uno se pregunta ¿quién es su guardián, dónde estará la magistratura de este código? Es necesario ofrecer una respuesta. Un olvido de este género sería inconcebible y has-

La opinión opuesta esgrime la división de poderes como argumento para señalar que no debe situarse una función pública por sobre la otra. La división de poderes —sostiene esta doctrina— exige que todas las funciones públicas guarden la misma relación con la Constitución que pueden interpretar y analizar según sus propios puntos de vista<sup>9</sup>. Destaca que el principal peligro de la justicia constitucional es la influencia política que pueden obtener los jueces. Volveré más adelante sobre este argumento.

Las consideraciones realizadas por Sieyès se ven influenciadas por la discusión constitucional norteamericana, de la cual da testimonio una cita de Alexander Hamilton del año 1788<sup>10</sup>: «There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act therefore contrary to the constitution can be valid. To deny this would be to affirm ... that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not authorise, but what they forbid» \*.

Hamilton dirige luego su atención a la justicia y señala: «The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents». Esta opinión de Hamilton no fue novedosa para su época; reproduce la práctica de los tribunales norteamericanos en tiempos de la colonia que se remite a Sir Edward Coke\*\*<sup>11</sup>.

---

ta ridículo en el orden civil, ¿por qué sufrirlo entonces en el orden político? Las leyes, aquellas que lo son, suponen la posibilidad de infringirlas con la necesidad real de hacerlas observar».

<sup>9</sup> Para la perspectiva inglesa del problema comp. GEOFFREY MARSHALL, *Constitutional Theory*, 1980, pp. 103 y ss.

<sup>10</sup> *The Federalist*, n.º 78.

\* «No hay otra posición que dependa de principios más claros que el hecho de que cada acto de una autoridad delegada, contraria al tenor del cometido en función de la cual es ejercida, es nula. Por lo tanto, no puede ser válido ningún acto legislativo contrario a la Constitución. Negarlo sería afirmar ... que los hombres que actúan en virtud de los poderes recibidos no sólo pueden hacer lo que sus poderes no le autorizan sino también lo que prohíben».

\*\* «La interpretación de las leyes es la esfera propia y particular de los tribunales. Una Constitución es, de hecho, y debe serlo, considerada por los jueces como una ley fundamental. Por lo tanto corresponde a ellos constatar su significado así como el sentido de una ley particular proveniente del cuerpo legislativo. De existir una diferencia irreconciliable entre ambas obviamente debe preferirse aquella que tiene la obligación y validez superior».

<sup>11</sup> E. CORWIN, «The "Higher Law" Background of American Constitutional Law», en *Harvard Law Review* 42 (1928), p. 367 y ss.

En 1803, quince años después de la publicación del artículo de Hamilton, la Corte Suprema de los Estados Unidos basó su fallo en el caso *Marbury vs Madison* en esta misma reflexión<sup>12</sup>. El Presidente de la Corte Suprema John Marshall invocó «principles supposed to have been long established ... It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary Act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable»\*.

Esta argumentación, que se remite a la teoría sobre la Fundamental Law de Coke, es la base en virtud de la cual la Corte Suprema de los Estados Unidos viene ejerciendo desde 1803 el control de constitucionalidad<sup>13</sup>. En tal sentido juega un rol importante el orden federal en los Estados Unidos. El segundo caso sometido a la Corte Suprema por control de constitucionalidad planteaba precisamente la competencia legislativa entre el Estado Federal y los diferentes Estados que lo integran<sup>14</sup>. Hans Kelsen, un decidido defensor de la jurisdicción constitucional, constataría más tarde correctamente que desde el punto de vista del Derecho, la idea política del federalismo sólo se completa con la creación de la Corte Constitucional<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Law Ed. U.S. 60, 73 (1803).

\* «Principios establecidos supuestamente tiempo atrás ... Es una proposición demasiado llana para ser refutada, señalar que o bien la Constitución controla todo acto legislativo que la contradiga; o bien el poder legislativo puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. No hay medias tintas entre ambas alternativas. O bien la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se ubica en un mismo nivel con los actos legislativos ordinarios y, al igual que otras leyes, es alterable cuando el poder legislativo juzgue conveniente modificarla. Si la primera parte de la alternativa es correcta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si es correcta la segunda parte de la afirmación, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo de limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable».

<sup>13</sup> JOHN W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, 1955, p. 2: «The fundamental law concept is generally associated with the principle of judicial review, by which a supreme court has the last word in cases where the validity of legislative acts has been challenged» (El concepto legal fundamental, generalmente, está asociado con el principio de la revisión judicial, por la cual la Corte Suprema tiene la última palabra en aquellos casos en los que se cuestiona la validez de los actos legislativos).

<sup>14</sup> *McCulloch v. Maryland et al.*, 4 Law Ed. U.S. 579, 601 sq. (1819).

<sup>15</sup> HANS KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 5 (1929), p. 81.

En los Estados europeos no fue posible instalar durante el siglo XIX un sistema de garantías que permitiera asegurar y reforzar la supremacía de la Constitución a través de un sistema de control de normas como el que se impuso en los Estados Unidos. Cabe preguntarse por qué:

- En Inglaterra se mantuvo la soberanía del Parlamento que rige hasta la fecha sin que las leyes parlamentarias pudieran ser controladas por la justicia.
- En Francia, los acontecimientos políticos determinaron una profusa sucesión de Constituciones y Cartas <sup>16</sup>, cuya superioridad, en la práctica, no parecía merecer ser defendida y que dotaron al Poder Judicial de escasas facultades en ese sentido.
- En los distintos Estados alemanes se instituyeron o acordaron Constituciones que crearon cuerpos de representación popular destinados a limitar el poder original de los príncipes <sup>17</sup>. En este sistema constitucional, la función de las representaciones populares era preservar la libertad. Todas las leyes requerían de resoluciones ratificadas por los príncipes y la representación popular. Las Constituciones eran un compromiso entre las coronas y la burguesía. Este compromiso sólo podía ser sustentado en la medida en que los dos poderes permanecían en equilibrio lo que, a pesar de algunas crisis, perduró por espacio de cien años. Este sistema constitucional instaurado en Alemania, basado en un genuino equilibrio político y la exclusión del tema de la soberanía, no ofrecía posibilidades de desarrollo al control constitucional por parte de la justicia <sup>18</sup>.

No obstante, en la doctrina constitucional alemana se planteó una discusión controvertida sobre el tema de la jurisdicción constitucional y el control de constitucionalidad. Especial relevancia cobró Robert von Mohl, cuyo pensamiento revela una evolución muy interesante. En su obra sobre el Derecho constitucional de los Estados Unidos, que escribió en 1824 siendo un hombre joven, distingue con singular agudeza entre las Constituciones que se basan en la soberanía del pueblo y aquellas otras que fueron concedidas o acordadas en una monarquía <sup>19</sup>. Dice von Mohl que a

<sup>16</sup> 1791, 1793, 795, 799, 1814, 1830, 848, 852, 1875.

<sup>17</sup> Al respecto CARL SCHMITT, *Verfassungslehre* 1928, p. 63 y ss.

<sup>18</sup> ERNST-RUDOLF HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*. vol. II, 1960, p. 910 y s.; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung», en *Festschrift für Gmür*, 1983, p. 7, 10 y ss.; RAINER WAHL, «Der Vorrang der Verfassung», en *Der Staat* 20 (1981), pp. 485, 494 y s.; RUDOLF HOKE, «Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern in der Tradition der deutschen Staatsgerichtsbarkeit», en STARCK/STERN (eds.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, vol. 1, 1983, p. 70 y ss.

<sup>19</sup> ROBERT VON MOHL, *Das Bundesstaatsrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika*, 1824, p. 138 y ss.

pesar de contar con un documento constitucional escrito, en estas monarquías representativas son soberanos ambos, el Príncipe y la representación popular. En Alemania, esta teoría contó con numerosos adeptos. Se fundamentaba en que la representación popular debe preservar la constitucionalidad de las leyes, en tanto que el juez debe acatar el Derecho y por ende no es la instancia adecuada para controlarlo. Exponer las leyes al control judicial significa el riesgo de ponerlas en tela de juicio amenazando con propagarse la desobediencia y la anarquía. En un escrito posterior acerca de la importancia jurídica de leyes inconstitucionales<sup>20</sup>, von Mohl reivindica la supremacía de la Constitución y dice: «El derecho de los jueces de verificar la constitucionalidad de las leyes se basa en la sola premisa de que la Constitución es una norma de género superior que la ley ordinaria y que no puede ser modificada tácita o explícitamente por la ley simple». En este concepto se traduce el conocimiento y la influencia de la práctica norteamericana.

Con el surgimiento del positivismo aumentaron también las voces que objetaban el control de constitucionalidad. Paul Laband descartó tal control porque no reconocía la supremacía de la Constitución<sup>21</sup>. Bismarck, por su parte, rechazó la idea de someter a un fallo judicial la distribución del poder entre la Corona y el Parlamento, así como entre las dos Cámaras del Parlamento<sup>22</sup>. Terminada la Primera Guerra Mundial, el problema del control de constitucionalidad recobró actualidad en el debate sobre el Derecho constitucional en relación con la sujeción del legislador a los derechos fundamentales. Continuó desarrollándose la vieja controversia<sup>23</sup>.

En 1949, se impusieron en Alemania los partidarios de un control judicial de constitucionalidad. La Ley Fundamental y las Constituciones de los diferentes *Länder* alemanes crearon Tribunales Constitucionales e introdujeron expresamente el control constitucional. También Italia cuenta con un régimen de control constitucional, así como Austria desde 1920<sup>24</sup>. En la década de los setenta, el control constitucional fue introducido en España, Portugal y Grecia, y en la década de los ochenta en Bélgica. En Francia se ampliaron las posibilidades de un control de constitucionalidad preventivo. Suecia y los Países Bajos analizaron el problema con motivo de la revi-

<sup>20</sup> R. VON MOHL, *Staatsrecht, Völkerrecht, Politik*, vol. 1, 1860, pp. 66, 81 y ss.; ver al respecto FRANZ-JOSEPH PEINE, «Normenkontrolle und konstitutionelles System», en *Der Staat* 22 (1983), p. 526, n.a.p. 25 con otras referencias.

<sup>21</sup> PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1878, vol. 2, p. 43 y ss.

<sup>22</sup> Cita según K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo II, 1980, p. 972.

<sup>23</sup> Comp. la descripción de HELGE WENDENBURG, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, 1984, p. 58 y ss., 97 y ss., 137 y ss.

<sup>24</sup> KARL KORINEK, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich», en STARCK/WEBER (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, tomo I, 1986, p. 152 y s.

sión constitucional de la década de los setenta. Como resultado de esta discusión descartaron el control judicial de constitucionalidad.

Con la consolidación del control de constitucionalidad<sup>25</sup> surge un problema que nos remite a la Constitución, ya que ella es el parámetro en función del cual se controlan las leyes. Según cual sea la naturaleza de este parámetro y el manejo que hace el juez del mismo, prácticamente se define la relación entre Parlamento y tribunal constitucional. A continuación deberán analizarse los problemas resultantes del poder de la justicia, de la estructura constitucional y de la interpretación de la Constitución.

#### 4. CONTROL CONSTITUCIONAL Y PODER DE LA JUSTICIA

La guarda de la supremacía de la Constitución a través del control judicial de constitucionalidad plantea el problema del poder de la justicia. En efecto: control significa poder. Alexander Hamilton se abocó a estudiar el argumento de que los tribunales, so pretexto de una contradicción entre ley y Constitución, pudieran reemplazar la voluntad constitucional del poder legislativo por su propia discrecionalidad<sup>26</sup>. Encontró la siguiente respuesta: «This might as well happen in every adjudication upon any single statute. Courts must declare the sense of the law; and if they should be disposed to exercise will instead of judgment, the consequences would equally be the substitution of their pleasure to that of the legislative body. The observation, if it proved anything, would prove that their ought to be no judges distinct from that body».

La argumentación expuesta no logró convencer a la opinión contraria al control judicial de la Constitución, tal como se refleja en los países de tradición francesa, que en teoría reconocen la supremacía de la Constitución, pero que no la garantizan respecto de la legislación. No obstante, en Francia la Constitución de la Quinta República permitió instituir un control constitucional preventivo a cargo del *Conseil constitutionnel*<sup>27</sup>. Este mecanismo significa un importante respaldo a la supremacía de la Constitución. Así lo prueba la evolución del *Conseil constitutionnel*. De ser un órgano auxiliar del Gobierno, que debía prevenir excesos de la *Assemblée nationale*, pasó a constituirse en una suerte de tribunal constitucional. La solicitud de una minoría de 60 diputados basta para que el cuerpo emita una decisión. El actual debate en Francia acerca de *le gouvernement des*

<sup>25</sup> Comp. el Informe General de ALBRECHT WEBER, en STARCK/WEBER (n.a.p. 23). p. 64 y ss.

<sup>26</sup> *The Federalist*, n.º 78.

<sup>27</sup> FRANÇOIS LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, 1980, p. 112 y s., 146 y s.; MICHEL FROMONT, «Der französische Verfassungsrat», en STARCK/WEBER (n.a.p. 23), pp. 313, 321 y s.

*juges* prueba, sin embargo, que la vieja tradición francesa perdura hasta la fecha <sup>28</sup>.

La circunstancia de que algunos de los Estados constitucionales desarrollados, que teóricamente reconocen la preponderancia de la Constitución, prescinden de organizar un control constitucional, prueba que los argumentos que se esgrimen en contra de este sistema deben ser tomados en cuenta seriamente. La seriedad del planteamiento se incrementa aún más cuando se toma en consideración el contenido, muchas veces muy indefinido, de ciertas normas constitucionales. Numerosas constituciones enuncian objetivos y promesas de carácter general que no son adecuadas para servir de parámetro para un control de leyes. No siempre los constituyentes tienen en claro que el derecho constitucional no puede ser formulado en términos arbitrarios si es que se le desea otorgar una supremacía protegida por una Corte Constitucional.

##### 5. REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR UNA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL

La Constitución concebida como la medida jurídica para la Corte Constitucional que ejerce el control, exige un elevado grado de positividad y claridad, además de una interpretación disciplinada y moderada por parte del tribunal <sup>29</sup>. Debe interpretarse a la Constitución como una ley suprema que establece las competencias, los límites y hasta cierto punto también los deberes de los órganos del Estado.

El carácter estrictamente jurídico de la Constitución que exige el control constitucional se contrapone al carácter programático de la Constitución que se orienta más a la integración del pueblo <sup>30</sup> y menos a ofrecer instrucciones precisas para la gestión de los órganos del Estado. Precisamente por esa función de integración, los políticos encargados de elaborar proyectos constitucionales tienden a sobrecargar las Cartas Magnas con palabras programáticas, asumiendo que tal carácter puede favorecer la solución de difíciles problemas sociales.

En síntesis: la supremacía de la Constitución que se busca garantizar a través de la Jurisdicción Constitucional, plantea ciertas exigencias a la es-

<sup>28</sup> CLAUDE EMERI, «Gouvernement des juges ou veto des sages», en *Revue de droit public*, 1990, p. 335 y ss.; MICHEL TROPER, «Justice constitutionnelle et démocratie», en *Revue française de Droit constitutionnel*, vol. 1, 1990, p. 47; otras tendencias en LOUIS FAVOREU, *Droit constitutionnel*, 2.ª ed. 1999, p. 263 y ss., 337 y ss.

<sup>29</sup> Ch. STARCK, «Die Verfassungsauslegung», en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, 1992, pp. 189 y ss.

<sup>30</sup> RUDOLF SMEND, «Verfassung und Verfassungsrecht (1928)», en, del mismo autor, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2.ª ed. 1968, p. 136 y ss., 187 y ss.; ECKART KLEIN, «The Concept of the Basic Law», en STARCK (ed.), *Main Principles of the Basic Law*, 1983, pp. 15, 31 y s.; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2.ª ed. 1984, p. 82 y ss.

estructura del Derecho constitucional en términos de claridad jurídica y posibilidades de realización. En una Constitución que reivindica superioridad frente a las leyes ordinarias no hay espacio para sueños y castillos en el aire. También pueden tener efectos perjudiciales los programas y las apelaciones recogidas en una Constitución, cuando el Tribunal Constitucional se sirve de ellos para obligar al legislador *hic et nunc* como lo requiere el derecho en términos estrictos. Los Tribunales Constitucionales deben ejercer moderación, procurando no extender ni condensar el contenido jurídico de la Constitución planteando pretensiones exageradas<sup>31</sup>.

El debilitamiento del parlamento como institución responsable de las leyes que se proyecta, en forma oculta primero, y luego cada vez más manifiesta, tiene graves consecuencias: las leyes ya no se dictan en el marco de la Constitución, sino para cumplir con los principios constitucionales. Tal cumplimiento incita a buscar una creciente perfección; la ley, siempre imperfecta en términos de la Constitución, caduca y requiere ser perfeccionada mediante interpretación. Como consecuencia, pierde su necesaria confiabilidad, independencia y autoridad. Tal situación debilita al sistema político. En un orden social en el que las leyes, tradicionalmente, son poco respetadas y en el que pueden imponer su voluntad aquellas personas que tienen poder social, la autoridad de la ley necesita de un cuidado especial, pues ésta es un instrumento principal para la garantía de la igualdad jurídica. Esta importante condición para el desarrollo y afianzamiento de las relaciones del Estado de Derecho, no debe ser cuestionada por el Tribunal constitucional a través del control de las leyes, desconociendo el carácter marco de la constitución, e interpretando la constitución como si de ella se derivaran soluciones «óptimas» de modo directo.

La legislación y la política legislativa ya no se guían por criterios razonables, haciendo valer aspectos económicos y administrativo-técnicos. Cumplir con la Constitución es la única legitimación de la política legislativa. O bien ocurre que la argumentación jurídica se viste con el ropaje de la doctrina constitucional. Según esta opinión, tal como la luna recibe la luz únicamente del sol, la ley es iluminada exclusivamente por la Constitución. Observamos estas tendencias en Alemania. Han sido discutidas y la Corte Constitucional ha tomado debida nota.

En la labor constituyente y la interpretación jurídica de la Constitución debe considerarse que toda afirmación acerca de la importancia de la Constitución y su contenido es también una afirmación sobre el parámetro jurídico de una jurisdicción especialmente sensible<sup>32</sup>. La supremacía de la Constitución, interpretada en términos jurídicos estrictos, exige una limita-

<sup>31</sup> R. WAHL, «Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1984, pp. 401, 403.

<sup>32</sup> R. WOHL (n.a.p. 17), p. 486.

ción conceptual de la Constitución como marco de referencia en beneficio de una legislación producto de la voluntad política. Esto no significa que la Constitución deba limitarse a establecer normas organizativas y reglas sobre competencias y procedimientos. Forman parte del inventario clásico del derecho constitucional los derechos humanos que forman limitaciones contra el poder público, es decir fijan límites a la actividad política configuradora. La supremacía constitucional puede incluir instrucciones a los poderes públicos de velar por ciertos bienes jurídicos y cumplir con mandatos cuando éstos poseen la claridad necesaria y cuando pueden ser ejecutados sin perjuicio de la circunstancial situación económica. De lo contrario, son apenas bases programáticas que no permiten deducir obligaciones concretas para el legislador. En tal caso, la concreción de estos programas quedará a criterio de la legislación sancionada en el marco del presupuesto<sup>33</sup>. La legislación también fija las prioridades en el cumplimiento de las bases programáticas de la Constitución.

## 6. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN<sup>34</sup>

Ninguno de los argumentos esgrimidos debe llamar a engaño en cuanto a que en el caso concreto, el poder entre el Parlamento y la Corte Constitucional se distribuye según se interprete la Constitución. El poder particular de un Tribunal Constitucional reside en su prerrogativa de interpretación. Por eso, en un Estado con control de constitucionalidad judicial, la interpretación constitucional es una materia extremadamente delicada.

Las principales observaciones en relación con la interpretación de una Constitución son: la interpretación no debe encararse como un asunto meramente teórico que se desarrolla al margen de la relación sensible que existe entre jurisdicción y función política de un parlamento democráticamente legitimado. El intérprete debe actuar sobre todo como constitucionalista que en un sistema de gobierno del constitucionalismo democrático determina el alcance normativo de la Constitución. En el marco de la Constitución debe haber espacio suficiente para decisiones democráticas sustanciales que pueda adoptar el órgano legislativo. La Corte Constitucional sólo está convocada para controlar que se respete el marco constitucional.

Las reglas propias de la interpretación de las leyes se deben aplicar también a la Constitución. El intérprete debe considerar las palabras de la Constitución y su relación gramatical, además de tener en cuenta su lugar en el sistema constitucional y su génesis. También pueden hacerse consi-

<sup>33</sup> K. KORINEK, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 39 (1981), p. 27 y ss.

<sup>34</sup> Más detalladamente Ch. STARCK, *Die Verfassungsauslegung* (n.a.p. 28), p. 189 y ss.

deraciones de orden teleológico, aunque no totalmente desligadas de las consideraciones anteriores. Es difícil imaginarse una sentencia de una Corte Constitucional que no observe estas reglas convencionales de la interpretación de las leyes. Semejante decisión sería considerada totalmente impropia cuando no arbitraria.

Las deliberaciones entre los propios jueces y la necesidad de fundamentar las sentencias generan un control interno de las decisiones del cuerpo. También participan de la interpretación de la Constitución aquellos jueces que formulan una opinión contraria, así como la opinión pública, en particular la opinión de la comunidad jurídica que analiza críticamente las decisiones del tribunal constitucional<sup>35</sup>.

A través de la interpretación de la Constitución se instrumenta el carácter normativo de la Constitución como ley suprema, es decir que todos los órganos del Estado, incluido el Poder Legislativo (la mayoría parlamentaria) quedan sujetos a ella. De esta obligación de la Corte Constitucional de preservar el carácter de marco que tiene la Constitución, se desprende también el interés objetivo de la institución de no verse cuestionada en sus facultades de controlar. Para ello es necesaria una interpretación seria y creíble de la Constitución y una adecuada fundamentación de los fallos. Hay que evitar el activismo judicial que no se sujeta a las reglas de la interpretación.

Lo señalado no excluye la posibilidad de que la Corte Constitucional trabaje cuidadosamente en el perfeccionamiento de la Constitución, cuando surgen aspectos novedosos. Este tipo de perfeccionamiento es preparado por la doctrina constitucional y planteado con sus respectivos pros y contras. Cuando se trata específicamente de perfeccionar el derecho constitucional, puede recurrirse a las experiencias de otras democracias constitucionales. En Europa, los tribunales constitucionales de los distintos Estados mantienen una suerte de diálogo jurídico. Los Tribunales Constitucionales de los Estados de Europa Central y del Este que lograron liberarse hace diez años atrás del yugo de las dictaduras comunistas, aceptan en buena medida a la Corte Constitucional alemana como modelo<sup>36</sup>. También España y Portugal se guiaron originalmente por el Tribunal alemán<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> CH. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik Deutschland*, 1976, p. 29 y s.

<sup>36</sup> Ejemplos son las contribuciones de LECH GARLICKI (Polonia), ANDRÁS SAJÓ (Hungría), TAMARA G., MORSCHTSCHAKOWA (Rusia), en: HESSE/SCHUPPERT/HARMS (eds.), *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen*. Particularmente interesante es la actividad de la Corte Constitucional de Polonia, que luego del cambio de sistema practicó justicia siete años sin nueva Constitución y que introdujo en Polonia bases constitucionales que luego fueron recogidas por la Constitución de 1997; al respecto ver GARLICKI, *op. cit.*, pp. 211, 215 yss.

<sup>37</sup> Comp. JOSÉ M. M. CARDOSO DA COSTA y PEDRO CRUZ VILLALÓN, en: STARCK (ed.), *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, 1990, p. 171 y ss. 93 y ss.

Los Tribunales Constitucionales celebran regularmente jornadas internacionales en las que se debate acerca de los lineamientos básicos de la jurisprudencia.

Con frecuencia, las ciencias políticas evalúan la jurisdicción constitucional y sus decisiones en función de criterios que, a mi juicio, conducen a confusiones. Se afirma, por ejemplo, que el control constitucional constituye una compensación del poder de la mayoría parlamentaria. También suele afirmarse que el control normativo es un elemento de moderación o equilibrio. En Francia, por ejemplo, se define al *Conseil constitutionnel* como colegislador y tanto por como contrapeso en el sentido definido en la doctrina poliárquica de la división de poderes de Montesquieu<sup>38</sup>.

Es posible que un análisis apenas externo de las decisiones de la Corte Constitucional admita esta interpretación. Pero estos planteos nada dicen acerca de las reglas de interpretación constitucional que fueron aplicadas y que han conducido a las respectivas decisiones. Los contrapesos y los controles políticos se concretan por medio de la oposición, la segunda cámara o elecciones periódicas.

Las ideas acerca de una colegislación y compensación de un déficit político no son parte de la tarea judicial. La función de la Corte Constitucional, que controla la constitucionalidad de las leyes, consiste en hacer una defensa más bien conservadora de la Constitución contra un embate de la mayoría parlamentaria. Si la Corte Constitucional cumple una función legislativa, será en todo caso una legislación negativa como ocurre cuando se declara la nulidad de cierta norma legal. Sus argumentos con los que fundamenta la nulidad de la ley pueden contener sugerencias para mejorar la legislación. La decisión de recoger estas sugerencias o preferir una solución constitucional alternativa, es responsabilidad exclusiva de la mayoría parlamentaria, como institución encargada de legislar.

## 7. OBSERVACIÓN FINAL

La supremacía de la Constitución es una conquista de la cultura jurídica norteamericana y europea<sup>39</sup>. La noción teórica de la supremacía de la Constitución va acompañada de la voluntad práctica del poder constituyente de garantizar la primacía de su producto. El objetivo es impedir que la unidad e integración popular que se busca alcanzar a través del acto constituyente se vea amenazada por actos de una mayoría parlamentaria simple. Los Tribunales Constitucionales están en condiciones de preservar, sostener, promover el consenso social básico, y de esta manera ejercer una

<sup>38</sup> M. TROPER (n.a.p. 27), p. 47.

<sup>39</sup> CH. STARCK, *La Constitution. Cadre et mesure du droit*, 1994, p. 7 y ss.

influencia integradora<sup>40</sup>. Un proceso judicial es particularmente adecuado para determinar la compatibilidad constitucional de decisiones mayoritarias de carácter político. Es algo obvio cuando se trata de controlar si se observaron las competencias y los procedimientos, es decir, las reglas de juego democráticas<sup>41</sup>. A menudo, sin embargo, la disputa se plantea en torno a la constitucionalidad conceptual de leyes sancionadas debidamente. La Constitución traduce en sus normas y principios materiales jurídicos, es decir en la garantía de los derechos humanos<sup>42</sup> y el Estado de Derecho, un cierto consenso básico. En ese sentido, la defensa institucional de la Constitución a través de un Tribunal resulta beneficiosa y fortalecedora cuando no necesaria para ese consenso fundamental.

La Corte Constitucional de Colombia enfrenta desafíos inmensos en vista de la emergencia por la que atraviesa el país. Le deseo al Tribunal fuerza y coraje: la fuerza que proviene de la idea del constitucionalismo democrático y el coraje que proviene de la voluntad personal de realizar esta idea.

---

<sup>40</sup> CH. STARCK, «Nationaler Grundkonsens und Verfassungsgerichte», en *Festschrift für Söllner*, 2000, p. 1109 y ss.

<sup>41</sup> ALEXANDER VON BRÜNNECK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1922, p. 144.

<sup>42</sup> Respecto de la función de salvaguardar la ley, la libertad y la igualdad, véase CH. STARCK, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, 1979, p. 303 y ss.

