



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Andaluz, Horacio

El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho
Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXI, 2008, pp. 405-435
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173613754011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

5.

Derecho constitucional

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO

[Control of Constitutional System From the Theory of Law]

HORACIO ANDALUZ*

Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia)

RESUMEN

Para la Teoría política es problemática la justificación material de la justicia constitucional y el de los criterios usados por los órganos jurisdiccionales para fundar sus decisiones. Pero el objeto del presente trabajo es sólo exponer lo que sería la respuesta a tales problemas por parte de la Teoría del Derecho. Para ello, el carácter jurídico de la Constitución es expuesto a partir de dos fuentes jurisprudenciales, analizadas según las doctrinas del Derecho que mejor las definen: a la primera se aplica la teoría de Kelsen y a la segunda la de Hart. El artículo aborda la teoría de la interpretación, presentando una evolución de la misma en los dos últimos siglos, y la teoría de la argumentación, como explicación sistemática del proceso de justificación de una decisión judicial. Se concluye con un acápite sobre

ABSTRACT

For political Theory, the material justification of constitutional justice and the criteria used by the jurisdictional institutions to base their decisions is problematic.

But the objective of this work is only to present the answer of the Theory of Law to those problems. With this purpose, the legal nature of the Constitution is put forward from two jurisprudence sources, analyzed according to the doctrines of the Law which define them better—to the former the theory of Kelsen is applicable, and to the latter, the theory of Hart. The article deals with the theory of the interpretation, presenting its evolution in the last two centuries, and the argumentation theory, as a systematic explanation of the justification process of a legal decision. It concludes with a

* Profesor de Derecho de la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia). Domicilio postal: Casilla Postal 4710, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Correo electrónico: handaluz@post.harvard.edu

el Estado de Derecho y la justicia constitucional, cuyo cometido es recordar el papel que ésta desempeña en términos de la eficacia del sistema jurídico.

PALABRAS CLAVE: Constitución – Tribunal Constitucional – Estado de Derecho – Interpretación – Argumentación – Decisión Judicial.

subsection about the State of Law and constitutional justice, which reminds its role in terms of the efficacy of the legal system.

KEYWORDS: Constitution – Constitutional Court – State of Law – Interpretation – Argumentation – Legal Decision.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la democracia liberal, el problema de la justicia constitucional radica en su justificación material, es decir, en la construcción de un argumento que justifique su necesidad. El problema de la justicia constitucional comprende el tema del conflicto entre política y Derecho, y el tema de los criterios de decisión de los casos constitucionales. El primero dice de las razones que materialmente justifiquen el control jurisdiccional de la constitucionalidad (el conflicto entre política y Derecho puede importar una pugna descarnada entre poder y marco jurídico), y el segundo de la necesidad de decisiones judiciales racionalmente justificadas (para evitar el lugar común de acusar a los tribunales de no resolver según lo que dicen las constituciones, sino según lo ellos dicen que las constituciones dicen). Ambos problemas son cuestiones de teoría política. En cambio, para la Teoría del Derecho la justicia constitucional es una pura cuestión de dinámica del Derecho: o bien la Constitución existe como instrumento de Derecho o bien no es una norma jurídica. Si es lo primero, la justicia constitucional no es problema; si es lo segundo, la justicia constitucional no tiene razón de ser. La Teoría del Derecho concibe a la justicia constitucional como un proceso de adjudicación, es decir, como un ejercicio de la función normativa de aplicación del Derecho. En este sentido, una justificación formal de la justicia constitucional es suficiente si se funda, de un lado, en la naturaleza jurídica de la Constitución, y, de otro, en la naturaleza de la decisión judicial. Lo primero es la respuesta de la teoría del Derecho a la prohibición de regir el futuro; lo segundo, su respuesta al asunto de los criterios de decisión. El objeto de este artículo es exponer ambas respuestas. Puesto que ambas son respuestas de Teoría del Derecho, se prescinde de cualquier justificación material propia de la política, quedando los argumentos expuestos en términos puramente formales.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN

Históricamente la justicia constitucional ha sido creación de los tribunales, y las sentencias que la consolidaron son perfectamente reconducibles a una teoría sistémica del Derecho. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, con “*Marbury v. Madison*” y con “*United Mizrahi Bank v. Migdal Village*”. Ambas sentencias son hitos en sus respectivas jurisdicciones y la primera referencia obligada respecto a la naturaleza jurídica de la Constitución. Las casi dos centurias que median entre una y otra, es prueba de que, en efecto, la justicia constitucional es reconducible a una Teoría general del Derecho. La diferencia entre ambas es que la segunda tuvo que empezar por determinar como cuestión previa la existencia de la propia Constitución que se aplicaba, lo cual requirió de una argumentación más compleja, pero por igual reconducible a la Teoría del Derecho.

1. “*Marbury v. Madison*”.

“*Marbury v. Madison*”¹ (1803), un caso que trasladó la confrontación partidaria a la arena judicial, es entendible si se concibe el Derecho como un sistema que regula su propia creación. La fuente de poder de la Corte Suprema de Estados Unidos es su capacidad de controlar la constitucionalidad de los actos del gobierno federal y de los gobiernos estatales. Pero ese poder no nació de ninguna disposición expresa de la Constitución americana, sino que se edificó a partir de una construcción jurisprudencial de la propia Corte, a manos del juez Marshall, su Presidente. En las elecciones nacionales de 1800, el candidato republicano Jefferson triunfó sobre Adams, Presidente en ejercicio y candidato por el partido federalista. Esta fue la primera transferencia de poder de un partido a otro, y no sucedió sin controversias. En 1801, durante los últimos días de su gobierno, los federalistas promulgaron una norma que, expandiendo la jurisdicción federal y creando nuevos juzgados, les sirvió para copar la judicatura federal con sus seguidores. Además de esta norma, los federalistas promulgaron otra que, a propósito de establecer las bases para el gobierno del Distrito de Columbia, designó cuarenta y dos jueces de paz². Una vez hechas las designaciones, era competencia del Secretario de Estado enviar los nombramientos a sus titulares. Marshall, quien servía en ese momento como Presidente de la Corte Suprema y Secretario de Estado —eso explica por qué fue llamado a testificar en el caso—, no llegó a enviar algunos de

¹ La referencia convencional para encontrar esta sentencia en la colección de jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos es 1 Cranch 137, 5 U.S. 137.

² La historia constitucional americana conoce a la primera norma como *Judiciary Act* y a la segunda como *Organic Act*, ambas de 1801.

los nombramientos, incluido el de Marbury, los mismos que literalmente esperaban sobre su escritorio. Cuando Jefferson asumió la Presidencia hizo esfuerzos para derogar la legislación promulgada. Más aún, instruyó a su Secretario de Estado Lincoln (luego también testigo en el caso) que no enviase los nombramientos faltantes. Lee, quien fuera Ministro de Justicia durante el gobierno de Adams, asumió la defensa de Marbury, solicitando a la Corte Suprema un mandamiento que ordene al Secretario de Estado, Madison en ese momento, entregarle su nombramiento³.

En forma contraria a la práctica judicial convencional, se invirtió la metodología de conocimiento del caso, de manera que la Corte conoció primero la materia en controversia para luego resolver sobre su competencia⁴. Así, la Corte se planteó tres asuntos: i) ¿Tenía Marbury derecho a recibir el nombramiento que demandaba?; ii) si así fuera, ¿lo amparaban las leyes por la violación a su derecho a recibir el nombramiento? y iii) si las leyes lo amparaban, ¿era la tutela solicitada una que correspondía otorgar a la Corte? La primera pregunta fue respondida afirmativamente. Distinguiendo entre los cargos de confianza, que por su naturaleza podían ser designados y removidos a voluntad del Presidente, y los cargos en que, a pesar de ser designados por éste, la permanencia y remoción del puesto no dependían de la discreción presidencial, la Corte concluyó que los jueces de paz pertenecían a la segunda categoría, por lo que, habiendo el Presidente firmado los nombramientos y habiendo su Secretario de Estado (el propio Marshall) estampado en ellos el sello de la Unión, éstos estaban perfeccionados. Ello significaba que los cargos eran un derecho de los jueces designados, por lo que retener sus nombramientos constituía omisión de un acto debido.

El segundo punto también favoreció al demandante. Aquí, se comenzó afirmando que la esencia de la libertad pasa por el derecho a reclamar la

³ Cf. REINSTEIN, Robert - RAHDERT, Mark, *Reconstructing Marbury*, en *Arkansas Law Review* 57 (2005), pp. 739 ss. Lo interesante de estos antecedentes es que involucran a los padres fundadores de la federación: Madison fue delegado en la Convención Constituyente, se dice que autor del proyecto de Constitución y se sabe que autor de las diez primeras enmiendas a ésta, Adams, apoyó activamente la independencia y Jefferson, mentor de Madison, redactó la Declaración de Independencia y sostuvo con energía que la Constitución no estaría completa hasta que no se incluyera una declaración de derechos.

⁴ Este es un asunto sobre el que se especula bastante en la historia constitucional americana. Lo cierto es que la Corte no podría haber dicho lo que dijo si no invertía la secuencia tradicional que es casi de sentido común: primero verificar competencia para luego, si es que se es competente, conocer el fondo del asunto para poder resolverlo. Consecuencia de esto es que la Corte pudo recordarle al Presidente que gobernaba en un Estado de Derecho.

tutela de las leyes, para lo cual se citaron los *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra* de Blackstone: donde hay derecho hay tutela. Ya en este punto, la Corte recordó que la Unión era un Estado de Derecho (“*a government of laws, and not of men*”), sosteniendo que dicha calificación sería falsa si las leyes no previeran su tutela ante la violación de los derechos individuales. El siguiente paso fue considerar que esto también se aplicaba al Presidente de los Estados Unidos. Para ello, la Corte procedió conforme a la tesis dominante en la época sobre interpretación constitucional, y que, partiendo de que la Constitución era, por un lado, una norma jurídica como cualquier otra, y, por otro, una reunión de reglas políticas, concluía que las cuestiones jurídicas eran competencia del Poder Judicial, mientras que las políticas lo eran del Congreso y el Presidente. Así, Jefferson escribió en 1801 que “cada uno de los poderes del Estado, iguales e independientes, tenía el derecho de decidir los asuntos bajo su competencia en última instancia y sin apelación alguna, sujetos a su propio criterio y libres del control por parte de los otros poderes”⁵. En esta línea, la Corte argumentó que los poderes políticos del Presidente dependían de su sola discreción y que, por ello, no podían ser objeto de revisión judicial, pero que ese no era el caso del nombramiento de un juez de paz, pues aquí el Presidente estaba obligado a cumplir ciertos actos que involucraban derechos individuales, y, puesto que él era un “oficial de la ley”, las personas lesionadas por sus actos podían buscar la tutela de las leyes.

La última pregunta fue dividida en dos temas: i) la naturaleza de la medida solicitada, y ii) la competencia de la Corte. Al hilo del razonamiento que utilizó para responder a la segunda pregunta, la Corte negó que enviar un nombramiento fuese parte de los poderes discrecionales del Poder Ejecutivo y, en consecuencia, resolvió que la tutela demandada era la adecuada, afirmando la obligación del Secretario de Estado de enviar el nombramiento a su titular.

Hasta este punto la Corte había conocido el fondo de la controversia planteada ante sus estrados, pero aún no había resuelto sobre su competencia para emitir el mandamiento requerido. En este sentido, la competencia de la Corte para emitir el mandamiento era de fuente legal⁶, no constitucional, y este sería el punto sobre el que Marshall trabajaría. Años después, la fuente de poder de la judicatura en Estados Unidos sería atribuida por Tocqueville al uso de justificar sus decisiones en la Constitución, muy a diferencia de lo que ocurría en Europa, donde los tribunales concebían a

⁵ De la misma opinión era Madison: cf. KELLY, Alfred H. - HARRISON, Winfred A. - BELZ, Herman, *The American Constitution. Its Origins and Development* (7ª edición, Nueva York, W.W. Norton & Company, 1991), I, p. 172.

⁶ La norma era el *Judiciary Act* de 1789.

la ley como la fuente del Derecho por excelencia⁷. Y, en efecto, si por algo “Marbury v. Madison” jamás dejará de ser reivindicado, es por haberle devuelto a las constituciones el carácter jurídicamente vinculante con que desde un principio fueron concebidas. Así, la Corte se abstuvo de otorgar la tutela solicitada, afirmando que no estaría autorizada para ello si la ley del Congreso fuera inconstitucional, pues, si ese era el caso, dicha norma sería incapaz de conferirle autoridad alguna, adhiriendo, de esta manera, a la doctrina de la que era depositario *El Federalista* 78, diario de propaganda en el que se defendió la estructura judicial propuesta por la Constitución que estaba en proceso de ratificación. En este diario Hamilton abogó por el derecho de los tribunales a declarar la nulidad de los actos de la legislatura contrarios a la Constitución⁸, idea que venía tomando cuerpo desde 1780, aunque más bien a nivel de las legislaturas estatales⁹. En efecto, en un caso en “Rhode Island, Trevett v. Weeden” (1786), una de las partes citó a Vattel para alegar que la legislatura no podía alterar la ley fundamental porque “los legisladores derivaban su poder de la Constitución”, por lo que las normas contrarias a ella eran “inválidas y nulas *ab initio*”. En Carolina del Norte, Iredell, luego juez de la Corte Suprema, litigando en “Bayard v. Singleton” (1787) sostuvo que el “poder de la Asamblea estaba limitado y definido por la Constitución”, ya que aquella era una “criatura” de ésta y, por lo tanto, la Constitución era una “ley fundamental que limitaba los poderes de la legislatura y contra la cual el ejercicio de tales poderes debía ser confrontado”, concluyendo que los “jueces debían tener en cuenta que cada acto de la Asamblea que ellos ejecutaran debía estar garantizado por la Constitución, ya que, si no, estarían actuando sin autoridad legal”¹⁰.

Bajo este marco, todavía puramente doctrinal al no haber sido recogido en ninguna decisión de Derecho positivo, se analizó si la norma del Congreso que atribuía competencia a la Corte era constitucional. Así, se distinguió entre la jurisdicción en primera instancia y la de apelación, haciendo notar que la Constitución expresamente señala los casos que competen a la Corte en primera instancia, mientras que deja a la definición del Congreso los de apelación. Lee, el abogado de Marbury, sugirió en el curso del proceso que bien podía considerarse que correspondía al Congreso

⁷ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de, *Democracy in America* (reimpresión, Nueva York, Mansfield & Winthrop, 2000), pp. 96-97.

⁸ Cf. HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John, *The Federalist Papers* (1ª edición, Nueva York, Buccaneer Books, 1993), pp. 395-396.

⁹ Cf. KELLY, Alfred H. - HARRISON, Winfred A. - BELZ, Herman, cit. (n. 5), p. 170.

¹⁰ HAINES, Charles Grove, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* (1ª edición, Nueva York, Russell & Russell, 1959), pp. 105-106 y 115-117.

definir la competencia de la Corte tanto para los asuntos de primera instancia como los de apelación, pues el lenguaje en la cláusula de jurisdicción no era restrictivo del poder del Congreso¹¹. Frente a esto, la Corte retrucó que si la Constitución contuviese la intención sugerida, entonces hubiera definido únicamente la función jurisdiccional y los tribunales con autoridad para ejercerla, siendo ocioso definir la jurisdicción de primera instancia y la de apelación. Más aún, enfatizó que si el Congreso tenía el poder de dar a la Corte jurisdicción de apelación ahí donde la Constitución decía que era de primera instancia y viceversa, entonces la cláusula de jurisdicción carecía de sentido normativo (fue aquí que Marshall afirmó que no podía presumirse que una disposición de la Constitución no tuviera efecto). Ya habiendo llegado a este punto, se hizo un último ataque a la interpretación propuesta por el demandante. Afirmándose otra vez en el texto, se enfatizó lo obvio: cuando la Constitución dice jurisdicción en primera instancia, no está diciendo jurisdicción de apelación, y cuando dice de apelación, no está diciendo de primera instancia. Ahora bien, ya que el mandamiento solicitado no era parte de la jurisdicción de primera instancia, la Corte sólo podría emitirlo en vía de apelación; sin embargo, el mandamiento solicitado no suponía revisar un proceso ya iniciado, sino, por el contrario, iniciarlo. Así se llegó a la conclusión de que el poder conferido por el Congreso no estaba garantizado por la Constitución.

En este punto surgió la pregunta de si una competencia así conferida podía ser ejercitada, para cuya respuesta era necesario establecer la supremacía de la Constitución. Volviendo al naturalismo racionalista, la Corte recordó el derecho original del pueblo americano de establecer su gobierno. Esta supremacía de la voluntad general le permitió concluir que la misma debía ser, además, permanente, desde que era muy difícil para el pueblo actuar como lo hizo a través de la Convención Constituyente. Ya aquí, la Corte afirmó que el pueblo americano había organizado un gobierno asignándole y limitándole sus poderes, y enfatizó que la Constitución había sido redactada precisamente para que el poder público no olvidara sus límites. Esto le abrió el camino a Marshall para concluir que “es una proposición demasiado obvia para ser contestada que la Constitución controla todos los actos legislativos contrarios a ella o la legislatura puede

¹¹ Dice la cláusula de jurisdicción: “En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, la Corte Suprema poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos [...] conocerá en apelación, tanto del derecho como de los hechos, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso” (Constitución de Estados Unidos, artículo III, 2.2).

alterar la Constitución por una ley ordinaria”¹². Por último, volviendo a seguir a Hamilton, la Corte sostuvo que la judicatura era el poder a cargo de decir el Derecho y, por consiguiente, era su competencia decidir sobre la eliminación de antinomias¹³. Y de ahí que si la contradicción era entre la Constitución y una norma promulgada por el Congreso, los tribunales estaban obligados a aplicar la primera y no la segunda, pues de lo contrario un acto enteramente inválido sería, a pesar de ello, obligatorio, y, si ese era el caso, las constituciones escritas no tendrían sentido. Finalmente, este razonamiento fue confirmado vía una referencia textual a la cláusula de supremacía, alegando que cuando ésta señalaba las fuentes del Derecho, el orden de las palabras daba primacía a la Constitución¹⁴.

Visto desde la Teoría del Derecho, el razonamiento en “Marbury v. Madison” describió al Derecho como un sistema estructurado jerárquicamente, adelantándose mucho a la elaboración doctrinal al respecto, que llegaría recién en 1931 con la publicación de los *Prolegómenos de una teoría de la construcción escalonada del Derecho* de Merkl. Kelsen, cuya teoría del Derecho para ese momento estaba atrapada en una concepción estática del fenómeno jurídico, introdujo la concepción dinámica de su “querido alumno” a su teoría, la que está presente desde la primera edición de la *Teoría pura del Derecho*¹⁵ en 1934. Para Merkl un análisis estructural del fenómeno jurídico podría hacerse según el contenido de las normas o según su fuente de producción, pero, a diferencia de las formas, los contenidos en el Derecho son inagotables, pues hay, dice, una “economía de la forma”, ya

¹² Cf. nota 1, p. 177.

¹³ En efecto, decía *El Federalista* Nº 78: “La interpretación de las leyes es de competencia de los tribunales. Una Constitución es y debe ser tenida por los jueces como la ley fundamental” [HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John, cit. (n. 8), pp. 395-396].

¹⁴ Dice la cláusula de supremacía: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o leyes de cualquier Estado” (Constitución de los Estados Unidos, artículo VI.2).

¹⁵ Uno de los primeros discípulos de Kelsen en la Universidad de Viena fue Merkl. Kelsen llegó a considerarlo “cofundador” de la teoría pura del derecho y reconocer el “gran significado de su obra”. De hecho, escribió que “el mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema genético de normas de derecho que van concretándose gradualmente desde la constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos individuales de ejecución, corresponde a Adolf Merkl” [cit. por MAYER, Heinz, *La teoría de la construcción jurídica escalonada*, en WALTER, Robert, *Problemas centrales de la teoría pura del derecho* (1ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001), p. 63].

que aún cuando hubiera una compleja multiplicidad de formas, lo cierto es que su número quedaría rezagado frente a la diversidad de su contenido; y de ahí que su fórmula fuera: “la forma es finita, el contenido infinito”¹⁶. Así, del mismo modo en que es posible preguntarse por la relación entre las disposiciones jurídicas en razón de su contenido, también es posible hacerlo en razón de sus formas. La relación entre una fuente y otra se expresa en términos de delegaciones de poder, donde cada delegación de poder supone determinar las condiciones de validez de una norma, vale decir, la competencia normativa de la autoridad, el procedimiento que ésta debe seguir y la materia sobre la que está habilitada a normar (competencia material). Puesto que la norma es creada por aplicación de otra (aquella que determina sus condiciones de validez), la norma deriva de ésta, por lo que le es inferior. De esta manera se forma una “cadena de validez” (en términos de Raz) o de “subordinación” (para von Wright), dándole al orden jurídico una estructura escalonada. Ahora bien, esta es una jerarquía lógica, es decir, que deriva de la propia dinámica del Derecho, al margen de su reconocimiento positivo. En cambio, la jerarquía positiva es aquella regulada por el sistema jurídico, es decir, la que no consiste en una explicación formal de dinámica del Derecho, sino en la asignación de una posición a las diversas fuentes dentro de la estructura del ordenamiento (una dinámica positiva), y depende exclusivamente de cada sistema positivo. Es lo que también se llama fuerza jurídica, que no es otra cosa que la referencia a la capacidad que tiene una fuente para incidir en el sistema, introduciendo nuevas normas o derogando las existentes. Pues bien, llevado a un ordenamiento convencional, el proceso de producción del Derecho que comienza con la Constitución, pasa de ésta a la ley, de la ley al reglamento y, así, a la sentencia, al acto administrativo y al acto jurídico. En estos términos, lo que hizo Marshall fue lo mismo que tiempo después Kelsen defendería como justificación formal del control de la constitucionalidad, a saber, invertir el proceso de producción jurídica, donde la diferencia con Kelsen es que Marshall reivindicó esta función para los tribunales desde la propia judicatura, mediante una sentencia, mientras que Kelsen lo hizo desde la Constitución de Austria. Ahora bien, la Teoría del Derecho no se opone a que sean los propios tribunales quienes reivindiquen para sí esta función, pues es consecuente con la estructura jerárquica del sistema; con lo cual lo que se está diciendo es no sólo que los tribunales podrían hacerlo a efectos de aplicar las normas con mayor fuerza jurídica, sino que también podrían hacerlo en los sistemas en los que no habría una ordenación positiva de la jerarquía de las fuentes, pues en estos casos sería la sentencia del tribunal

¹⁶ Cit. por MAYER, Heinz, cit. (n. 15), p. 65.

la que introduce al sistema el criterio de jerarquía positiva, diciendo cuál es la norma suprema. Por tanto, la naturaleza jurídica de la Constitución puede muy bien ser establecida por los tribunales, como ocurrió en “United Mizrahi Bank v. Migdal Village”.

2. “*United Mizrahi Bank v. Migdal Village*”.

No sólo en Estados Unidos los tribunales reivindicaron para sí el control de la constitucionalidad, pues también lo han hecho en Israel en un caso que, por las peculiaridades de su sistema, resulta algo más complejo y con un razonamiento particularmente atrevido de su Corte Suprema. Existen algunas diferencias entre el razonamiento de Marshall y el del Presidente de la Corte, Barak, pero no son fundamentales.

Ocurre que, después de la independencia en 1948, el Parlamento israelí fue elegido con la doble calidad de asamblea constituyente y asamblea legislativa. Este Parlamento no aprobó ninguna Constitución en sentido formal, ni lo hicieron los siguientes, que fueron elegidos con similares competencias. Sin embargo, algunas leyes, conocidas como leyes fundamentales por cuanto su propósito era organizar los poderes públicos, se mantenían inmodificables, o cuando menos así se las consideraba, aunque ellas mismas especificaban que para su modificación se requería de una mayoría absoluta, aun cuando habían sido votadas por una mayoría simple. Desde un inicio la Corte decidió que los sucesivos Parlamentos estaban vinculados por esta condición, por lo que no podían modificar esas leyes a pesar de la regla *lex posterior derogat prior*. Sin embargo, en 1995, en “United Mizrahi Bank v. Migdal Village”¹⁷, la Corte fue considerablemente más lejos y se dio a sí misma la competencia para revisar la validez de las leyes que contrariarían las leyes fundamentales (en realidad, aquellas leyes consideradas fundamentales a juicio de la Corte, pues ésta también incluyó leyes que no llevaban la disposición relativa a su modificación por mayoría absoluta, y que por sus efectos actúa como una cláusula de supremacía).

Simplificando, el razonamiento de la Corte fue como sigue: i) las leyes fundamentales son tales por ser producto de una autoridad constituyente, mientras que las leyes ordinarias son creación de la autoridad legislativa, aunque ambas autoridades estén reunidas en el mismo cuerpo; ii) tomadas todas juntas, las leyes fundamentales forman la Constitución (en sentido material) de Israel y cada una de ellas es un capítulo de ésta; y iii) las leyes fundamentales no tienen tal carácter por haber sido votadas por la mayoría,

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

sino por el carácter constituyente del Parlamento y por la “experiencia nacional”. La referencia a la “experiencia nacional” fue el puerto de entrada al razonamiento de la Corte, no siendo casual que la sentencia citara dos veces *El concepto de Derecho* de Hart.

La fundación hipotética del sistema jurídico de Kelsen en una norma fundamental meramente presupuesta por el pensamiento jurídico, y no puesta (*positum*, positiva), ha traído no pocas críticas a su teoría. Una cosa es cierta: los teóricos positivistas nos referimos a la validez del Derecho como un concepto social o fáctico, pues es un hecho social observable, manteniendo que todos deben reconocer la obligatoriedad del sistema jurídico, al margen del juicio particular que a cada quien le merezca el sistema; mientras que para los naturalistas la validez requiere ser materialmente justificada, sosteniendo que un sistema jurídico sólo puede tener carácter normativo si la gente lo considera justo y acepta sus normas como parte de sus propias convicciones morales. A partir de esto, J. Raz ha dicho con ironía que la teoría pura es la “mejor teoría del Derecho positivo que existe basada en un concepto de normatividad justificada”, pues a eso lleva a pensar el hecho que el sistema se asiente en una norma presupuesta que confiere “sensación” de obligatoriedad al primer acto productor de Derecho¹⁸. También A. Ross ha calificado a la teoría pura como una teoría “quasi-positivista”, ya que una norma hipotéticamente presupuesta no es un hecho socialmente observable, por lo que la teoría estaría a mitad de camino entre el positivismo y el naturalismo¹⁹. A diferencia de Kelsen, Hart propone un criterio socialmente observable para identificar la validez de un sistema jurídico. Ese criterio es la última regla de reconocimiento, que “sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”²⁰. Ahora, si bien es cierto la última regla de reconocimiento no tiene la deficiencia de la norma fundamental, la teoría de Kelsen es útil para describir la estructura lógica del sistema jurídico, mientras que la de

¹⁸ Cf. RAZ, Joseph, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en PAULSON, Stanley, *Normativity and Norms. Critical Perspectives of Kelsenian Themes* (1ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1988), pp. 47-69. Sobre el significado de la norma fundamental: cf. KELSEN, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory, a Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1ª reimpresión, Nueva York, Clarendon Press, 2002), p. 58.

¹⁹ Cf. ROSS, Alf, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, en PAULSON, Stanley, cit. (n. 18), pp. 159-161.

²⁰ HART, H.L.A., *The Concept of Law* (2ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1997), p. 110.

Hart no establece una teoría general sobre la estructura de los sistemas jurídicos, sino que, por propia definición de la regla de reconocimiento, remite los problemas de estructura al Derecho positivo de cada sistema jurídico en particular.

Pues bien, la “experiencia nacional” que mencionó la Corte es un eufemismo para referirse a una costumbre jurídica, específicamente, a aquella que considera que ciertas leyes, por puras consideraciones materiales y no formales, son superiores a las demás leyes, lo cual es extremadamente relevante para el caso de las leyes que no cuentan con la mencionada disposición, que hace las veces de cláusula de supremacía. De esta manera, lo que estaba haciendo la Corte era sostener que la regla de reconocimiento del sistema jurídico israelí entendía como criterio de validez de su Constitución el hecho de que las leyes que la formaran sean reputadas por la práctica de “tribunales, funcionarios y particulares” (*consuetudo*) como leyes superiores a las otras leyes, en razón de su contenido material, a pesar de ser todas normas de la misma fuente (*opino iuris*). En definitiva, la Corte está sosteniendo que la Constitución de Israel, al igual que la del Reino Unido, tiene naturaleza consuetudinaria, en el sentido de que si bien está formada por una serie de actos parlamentarios, todos ellos escritos y con forma de ley, eso sólo dice de la forma de expresión de las disposiciones, pero no de su condición de validez como normas constitucionales, que es lo que está definido por la costumbre. De este modo, una ley del Parlamento israelí, o una del Parlamento británico o un tratado o una norma de la Unión Europea, será una norma constitucional en la medida que la costumbre jurídica le reconozca ese lugar.

Ya llegados a este punto, tocaba ahora que la Corte fundamentase su competencia como custodio de la Constitución. Para hacer esto, la Corte comenzó explicando la existencia de dos posiciones histórico-positivas respecto al control de la constitucionalidad. Según la Corte, una primera posición, ya superada, pero que predominó en la Europa del siglo XIX, sostenía que las constituciones vinculaban a los poderes públicos, aunque la violación a las mismas no autorizaba a los tribunales a declarar la invalidez del acto violatorio, imposibilitándose el control de la constitucionalidad. Por otro lado, explicaba la Corte que una segunda posición, bien arraigada en la práctica constitucional contemporánea, era, sin decirlo, la iniciada en su momento en la sentencia “*Marbury v. Madison*”, es decir, la de atribuir a los tribunales el control de la constitucionalidad de las leyes. La Corte seguiría esta segunda opción, con lo cual, su razonamiento jurídico, que hasta este punto había estado influenciado por la teoría de Hart, ahora pasaba a recibir la influencia teórica de Kelsen. Ahora bien, la apreciación que hizo Barak respecto al control de la constitucionalidad no era incorrecta,

pues en 1885 el británico Dicey decía, refiriéndose a la primera posición mencionada, que la expresión “ley inconstitucional” significaba para un inglés algo contrario al “espíritu de la Constitución”, pero no significaría que dicha ley ha “quebrantado el Derecho o es nula”; para un francés la misma expresión supondría una “censura”, pero nada más, pues no podría afirmarse que un tribunal rehúse su aplicación; en cambio, el mismo autor y esta vez refiriéndose a la segunda posición, diría que en Estados Unidos la expresión supondría que esa ley es “incompetente y nula”²¹ y, de hecho –aunque en lo de “incompetente” Dicey no esté en lo cierto, ya que la competencia no se predica de la norma, sino del órgano de producción, y de ahí que el vicio de competencia afecte al acto normativo y no a su producto–, por un largo período de tiempo la justicia constitucional existió sólo en Estados Unidos, aunque el control jurisdiccional de los actos de la Administración ya era aceptado en la Europa del siglo XIX²².

III. LA DECISIÓN JUDICIAL

Como se ha visto, el conflicto entre Política y Derecho, como parte del problema de la justicia constitucional, no ofrece dificultad para la Teoría del Derecho, pues ésta tiene una justificación formal para dicho conflicto, que pasa por el carácter jurídico de la Constitución y su supremacía en tanto que norma con carácter fundacional de un sistema jurídico. A su turno, la Teoría del Derecho también tiene una justificación para el asunto que en teoría política se presenta como el tema de los criterios de decisión de los casos constitucionales, consistente en que las antinomias entre las normas constitucionales y las normas de la legalidad ordinaria no siempre son evidentes de suyo. Esta es la acusación de que una norma no es inconstitucional por ser contraria a lo que dice la Constitución, sino por ser contraria a lo que los tribunales constitucionales dicen que dice la Constitución. Ni aún cuando se pretendiese que la función de adjudicación pasa por descubrir el significado de las normas, sería esto un problema para la Teoría del Derecho, pues una invocación tal al racionalismo está muy lejos de su objeto de estudio. Pero lo cierto es que la toma de decisiones judiciales, que es un tipo particular de adjudicación, no involucra un acto de descubrimiento, sino uno de justificación, y para llegar a esto la Teoría del Derecho ha tenido primero que construir una descripción de

²¹ Cf. DICEY, A.V., *The Law of the Constitution* (8ª edición, Indianapolis, Liberty Found, 1982), p. 372.

²² Cf. GRIMM, Dieter, *Judicial Activism*, en BREYER, Stephen - BADINTER, Robert (editores), *Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation* (1ª edición, Nueva York, New York University Press, 2004), p. 18.

la interpretación que se condiga con su naturaleza de acto de voluntad, que consiste en la argumentación racional del significado jurídico de una proposición.

1. *La interpretación en la teoría del Derecho.*

En los últimos doscientos años la teoría de la interpretación se ha movido entre dos posiciones radicales, llegando en la actualidad a situarse en un punto medio. En un extremo estuvo la escuela de la exégesis y en el otro el movimiento de jurisprudencia sociológica y el realismo americano, surgiendo ambos como reacción a ella, en el punto medio está el positivismo.

a) Los exégetas. La teoría tradicional de la interpretación, que se originó en el siglo XIX, se debe, como cualquier manifestación de la cultura, al espacio y el tiempo histórico en que se formuló. De cuño francés, la teoría es la concepción de lo que la escuela de la exégesis entendía por adjudicación del Derecho. Para los exégetas el monopolio en la producción del Derecho lo tiene el Estado y su principal forma de expresión son las leyes; de ahí la tendencia a reducir las fuentes del Derecho a las leyes, y reducir las leyes al *Código Napoleón* (1804), como máxima expresión del racionalismo de la época. De esta manera, lo que comenzó como una manifestación del positivismo jurídico en su más puro sentido original de oposición a un orden natural que, sin ser pasible de verificación empírica, sería la fuente de validez del Derecho positivo, terminó convirtiéndose en un razonamiento formalista incapaz de conocer sus límites y de advertir su propia degeneración. Así fue como por toda fuente formal del Derecho se tomó a la ley y por toda función de adjudicación decir lo que la ley decía, y, a partir de ahí, por toda labor de interpretación la tarea de descubrir el significado de la ley, y donde la pretensión de descubrir ya dice de la impronta racionalista del momento. Pues bien, lo cierto es que la escuela de la exégesis tradujo a la Teoría del Derecho la teoría política dominante en la época, a saber, la teoría de la división de poderes, y que se imponía como reacción al absolutismo monárquico causante de la Revolución de 1789. Así, era el propio Montesquieu quien abogaba porque las sentencias correspondiesen “siempre al texto expreso de la ley”, bien que lo decía como precondition de seguridad jurídica, pues “si fueren una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella”²³. En justicia, el liberalismo coincidía con el absolutismo en la defensa del monopolio de la producción jurídica,

²³ MONTESQUIEU, Ch., *El espíritu de las leyes* (reimpresión, Madrid, Tecnos, 1987), p. 109.

pues la ley no era un objetivo por sí misma, sino un instrumento para consolidar la unidad nacional, en el caso de los liberales, y para imponerse al Derecho consuetudinario feudal, en el caso de los absolutistas. Así que era comprensible que el espíritu revolucionario pasase al Derecho convertido en la creencia de que los tribunales no crean Derecho, pues de hacerlo se arrogarían la potestad de las legislaturas. No era difícil que la idea arraigase, pues la necesidad de certeza y previsibilidad que demandaba la burguesía emergente, victoriosa por la fuerza en la Revolución pero que en los tribunales perdía batallas a manos de jueces que invocaban una disparidad de normas, unas escritas, otras consuetudinarias e incluso algunas glosas al Derecho justiniano, requería de una norma que, derogándolas, limitara la capacidad de decisión de los tribunales²⁴. De esta época viene la imagen de los jueces como hombres asépticos, incontaminados con los procesos políticos y las realidades sociales y libres de todo prejuicio, aunque la realidad es que esta imagen es por sí misma un prejuicio. De esta época también es la teoría de los principios generales del Derecho, eufemismo con el que se autorizaba a los tribunales a crear Derecho sin que figuraran como legisladores, aunque resolvieran aplicando unas normas implícitas en el ordenamiento y a las que accedían por su solo conocimiento del Derecho y la fuerza de su razón, lo que apareció en la Teoría del Derecho como remedio a la contradicción generada entre la prohibición a los tribunales de crear Derecho y la obligación de fallar en todos los casos sometidos a su conocimiento, aún en ausencia de ley al respecto (*non liquet*). Toda teoría de la interpretación es accesoria a una particular concepción del Derecho; de ahí que los problemas que los exégetas tuvieron para comprender el proceso de decisión judicial eran resultado de haber abusado de la deducción en su comprensión del fenómeno jurídico, dándole carácter dogmático a la coherencia y plenitud del sistema, sin entender que todo lo que puede predicar la coherencia es que el sistema prevé técnicas para la eliminación de antinomias, y que todo lo que puede decir la plenitud es que el sistema contempla mecanismos de integración. En este marco, los

²⁴ La obra de Pothier (1699-1772), que terminó dejando sentadas las bases para la unificación legislativa del Derecho francés, ejemplifica muy bien la realidad legislativa anterior al *Código* de 1804. Su preocupación por poner al derecho en línea con el racionalismo lo llevó a publicar sus *Pandectas de Justiniano dispuestas en nuevo orden* (1752), publicación con la que pretendía corregir la disposición inorgánica de los pasajes del Digesto. Trasladada su preocupación al Derecho francés, Pothier intentó formular unos principios que fueran comunes al diverso material jurídico francés, que incluía una producción consuetudinaria distinta en el sur y norte del país. El resultado fue su *Tratado de las obligaciones* (1764), del que existe una edición a cargo de Heliasta (Buenos Aires, 2007).

exégetas asumían que si el texto era claro la interpretación debía limitarse a su sentido gramatical; si no era claro, debía acudir a la interpretación histórica (tradicional), y si la disposición no podía aplicarse directamente ni como resultado de su interpretación histórica, entonces el intérprete quedaba autorizado a construir una interpretación en base a los principios generales del Derecho. De esta manera, la verdadera interpretación para los exégetas era la histórica, pues, en una época dominada por el realismo verbal, aludir al sentido gramatical no significaba interpretar; y de ahí que otro fruto de la exégesis fuera la interpretación auténtica, nombre con el que se designa a la interpretación de una disposición por parte de la propia autoridad que la promulgó.

b) Jurisprudencia sociológica. Como reacción contra la escuela exegética acabaría surgiendo toda una nueva Teoría del Derecho, que comienza con la jurisprudencia de intereses encabezada por Ihering, y en que su teoría del finalismo va en correlato con la interpretación teleológica, la misma que a nuestros días sigue siendo aplicada, pero como un método más que se encuentra a disposición del intérprete. En la propia Francia de los exégetas, Géný, con su *Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo* (1899), sostuvo que las lagunas del ordenamiento debían integrarse según una libre investigación científica conducida por los tribunales, y donde la legislación constituía una opinión sobre el Derecho emitida por las legislaturas, como dato que debía intervenir en la construcción, conjuntamente con los otros datos proporcionados por la libre investigación. Para Géný la ley, aún suponiéndola completa y perfecta, necesita de un intermediario que adapte su texto a las circunstancias para las que fue pensada; tal intermediario es el intérprete, y eso supone asumir que hay casos para los cuales las legislaturas, con mucho que hubiesen deseado agotar las previsiones, sólo acababan estableciendo lineamientos generales. La crítica al legalismo formalista de Géný tuvo acogida en la escuela del Derecho libre, originada en Alemania, y que, partiendo por el buen comienzo de aceptar que la decisión judicial implica una acción jurídicamente creadora, radicalizó su postura hasta afirmar que la tarea de los tribunales consistía en emitir juicios de valor sobre las relaciones de la vida y aplicar su idea del Derecho en cada caso concreto, preocupándose, así, más por la justicia del fallo que por su legalidad, con lo que el ideal de certeza y previsibilidad del Derecho se veía seriamente comprometido por el planteamiento de esta escuela²⁵.

²⁵ Sobre estas orientaciones sociológicas de la teoría del derecho cf. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho* (3ª edición, Barcelona, Bosch, 1972), pp. 140-159.

c) Realismo americano. En Estados Unidos, la reacción al abuso de la exégesis vendría de la mano del realismo jurídico. Para Holmes, su más conocido exponente, el Derecho era “la profecía de lo que los jueces harán”, pasando, así, de negarse capacidad creadora a la decisión judicial, a negársela a las legislaturas y cuestionarse la forma silogística del razonamiento judicial, sosteniendo que detrás de la deducción corría un “juicio inarticulado e inconsciente” que era “verdaderamente la raíz y el nervio de todo el proceso”²⁶. Otro exponente de esta escuela, Dickinson, bautizaría como la “fantasía de Montesquieu” a la idea de que las decisiones judiciales se deducen por completo de reglas generales, afirmando que la discreción judicial inevitablemente jugaba un papel importante en lo que “nosotros llamamos justicia según el Derecho”²⁷. Por su lado, Frank diría de las decisiones judiciales que son “el resultado de las corazonadas de los jueces”, donde las normas legales constituirían una entre muchas fuentes “productoras de corazonadas”. De la deformación exegetica a manos de una excesiva carga racionalista, Frank diría que era “un juego con muchas virtudes”, siendo una de ellas “que no se tiene que ir a los estrados para jugarlo” y otra que “dejaba un gran aroma de certidumbre en el Derecho”. A su turno, de los hechos en litigio diría que no importaban los que en verdad ocurrieron, sino los que los tribunales “piensan que sucedieron”, sosteniendo sobre el razonamiento silogístico que la sentencia hace “aparecer a la decisión como si fuere el puro resultado del juego del discurso legal”, pero que una conversación honesta con los jueces revelaría que llegan “a su decisión antes de fundamentarla”²⁸. Por último, Llewellyn reafirmaría que “las reglas son predicciones generalizadas de lo que los tribunales harán”²⁹. Durante la era *Lochner* (1905-1937), las decisiones de la Corte

²⁶ HOLMES, Oliver W., *The Path of the Law*, en *Harvard Law Review* 10 (1897), pp. 461 y 465. Llewellyn ampliaría la fuente de origen del derecho, afirmando que “el centro del derecho no es solamente lo que los jueces hacen, sino lo que todo funcionario del Estado hace” [LLEWELLYN, Karl, *A Realistic Jurisprudenc. The Next Step*, en *Columbia Law Review* 30 (1930), p. 456].

²⁷ DICKINSON, John, *Legal Rules: Their Function in the Process of Decision*, en *University of Pennsylvania Law Review* 79 (1931), p. 835.

²⁸ FRANK, Jerome, *What Courts do in Fact*, en *Illinois Law Review* 26 (1932), pp. 645, 648, 649, 653.

²⁹ LLEWELLYN, Karl, *Some realism about realismo*, en *Harvard Law Review* 44 (1931), p. 1262. En este artículo Llewellyn definió al realismo como “un pensamiento y acción alrededor del derecho”, “una concepción del derecho en función y como medio para la consecución de los fines sociales, al que le importa la idea de que la sociedad cambia más rápidamente que el derecho” y el cual insiste acerca de la “evolución de todas las partes del derecho en función de su efecto”. Hasta aquí el realismo no pareciera distanciarse mucho de la teoría finalista de Ihering, sin em-

Suprema de Estados Unidos fueron vinculadas con un realismo exagerado y radical que volcaba en el juez todo el monopolio de creación jurídica, acusándose a la Corte de que su traducción “de la Política al Derecho estaba dominada por la imagen política idealizada que sus jueces hacían del orden social”³⁰. Aquí cabe recordarse que Holmes, realista de talla, servía en ese período en la Corte, y que se hizo conocer públicamente como el “gran disidente” por alusión a su postura frecuentemente divergente de la opinión mayoritaria de sus colegas.

d) La teoría pura. Pasado el período exegético, la reivindicación del positivismo jurídico vendría con la escuela de la teoría pura. Ya en 1916, al publicar sus *Problemas de interpretación*, Merkl había distinguido entre actos de voluntad y actos de conocimiento. Para 1934, año de la primera edición de la *Teoría pura del Derecho*, esta distinción ya figuraba en la teoría de Kelsen. A partir de ella, la teoría pura concebiría: i) que la interpretación es una actividad intelectual que acompaña el proceso de producción normativa, el mismo que se mueve desde los niveles superiores de la estructura jerárquica hacia sus niveles inferiores, aplicando la norma superior para crear la inferior, por lo que todas las normas son interpretadas en la medida que todas sean aplicadas (con esto superó el dualismo entre creación y aplicación del Derecho y extendió la labor de interpretación a las legislaturas); ii) que al regular la creación de las normas de rango inferior, la norma superior determina no sólo el proceso formal de creación, sino también, aunque esto es contingente, su contenido material, pero la determinación nunca puede ser completa, quedando siempre un margen de discreción, por lo que, en relación con el acto de aplicación, la norma superior tiene el carácter de un marco que deberá ser llenado con el acto que la aplica (tanto así esta conclusión es compartida dentro del positivismo, que para el propio Hart, conspicuo contestatario de la teoría pura, “en todo sistema jurídico un amplio e importante campo es dejado para el ejercicio de la discreción de los tribunales y de la Administración al determinar nociones inicialmente vagas, al resolver la incertidumbre de las leyes o al concretar amplias reglas contenidas en los precedentes”³¹); iii) que la indeterminación de una norma puede corresponder a su antecedente

bargo, la diferencia sustancial es que Ihering introdujo el finalismo como método de interpretación de las normas, mientras que para los realistas las normas propiamente no existían sino hasta su reconocimiento judicial y, una vez reconocidas, no lo eran como derecho, pues el derecho sólo era la sentencia y los actos de las legislaturas un elemento más para predecir el resultado judicial.

³⁰ FRANKFURTER, Felix, *Supreme Court, United States*, en *Encyclopedia of Social Science* (1934), XIV, p. 474.

³¹ HART, H.L.A., cit. (n. 20), p. 136.

de hecho o bien a su consecuencia de Derecho (luego se verá cómo esto constituye el punto de partida para definir los casos difíciles según sus premisas normativas), y puede ser intencionalmente querida por la autoridad normativa que la creó, de donde el establecimiento de una norma siempre es acompañado del supuesto de que su aplicación continuará determinándola; iv) que la indeterminación de una norma puede también no ser intencional, sino resultado de la ambigüedad de sus términos o de que sus términos son antinómicos con otra norma (de la misma opinión es Breyer, juez de la Corte Suprema de Estados Unidos: “las legislaturas americanas muchas veces delegan su poder a los tribunales escribiendo normas vagas, donde cada legislador espera una interpretación favorable”³²); v) que en todos los casos de indeterminación, intencional o no, el acto de aplicación de la norma puede corresponder con una u otra de las muchas interpretaciones posibles de la norma, pues en todos los casos la norma a aplicarse es simplemente un marco que puede ser llenado por varias interpretaciones, y donde son posibles todas las que estén dentro del marco de la norma; vi) que si se entiende la interpretación como el descubrimiento del significado de la norma a aplicarse, entonces el único resultado de la interpretación sólo puede ser el de descubrir el marco que representa la norma a interpretarse y, dentro de este marco, el conocimiento de las varias posibilidades de aplicación; vii) que, por tanto, la interpretación no conduce necesariamente a una única decisión correcta, sino a un número variado de posibles decisiones, siendo todas ellas del mismo rango, aun cuando una sola se convierta, vía la decisión judicial, en Derecho positivo; viii) que una sentencia se funde en el Derecho significa que la misma se sitúa dentro del marco que la norma aplicada representa, es decir, no significa que sea la única interpretación posible, sino que fue una de las muchas posibles interpretaciones dentro del marco de la norma; ix) que desde el punto de vista del Derecho positivo no hay un método base que sirva para preferir una de las interpretaciones posibles sobre otra, constituyendo los métodos de interpretación sólo una formulación del problema, mas no su solución, porque para el Derecho positivo no hay un solo método según el cual nada más que una de las posibles interpretaciones de una norma pueda ser considerada como la correcta, pues esta decisión le corresponde a un nuevo acto de creación del Derecho (verbigracia una sentencia); x) que la interpretación es un acto de voluntad, esencialmente el mismo tanto para los tribunales que interpretan una ley como para las legislaturas que interpretan la Constitución, puesto que depende de la voluntad del intérprete optar por una interpretación entre varias interpretaciones

³² BREYER, Stephen - BADINTER, Robert (editores), cit. (n. 22), p. 38.

posibles (desde luego tal voluntad responderá a un determinado elenco de convicciones), por lo que, en términos de aplicación del Derecho, no hay diferencia cualitativa entre juez y legislador, pues aunque la voluntad del legislador ciertamente goce de mayor rango de movimiento que la del juez, por igual la voluntad del juez también crea Derecho (este punto viene sobreentendido en el positivismo, así Raz: “es una percepción común que los tribunales tanto como aplican la ley la desarrollan”, “un juez puede crear una nueva regla aun cuando piense que su sentencia es una pura aplicación del Derecho vigente”³³; en la línea de lo dicho, las conclusiones de Kennedy resultan exageradas: “tan pronto como se entiende la aplicación del Derecho como interpretación, amenazamos con desestabilizar la estructura liberal que distingue tribunales de legislaturas, el Derecho de la política y el Estado de Derecho de la tiranía”³⁴); y xi) que como la interpretación no es un acto de conocimiento, la teoría pura tiene que redefinir la seguridad jurídica, en el sentido de que la certeza y previsibilidad a predicarse de un orden se contrae a que las normas se apliquen según una interpretación posible dentro de su propio marco, mas no así al Derecho como un supuesto orden capaz de gobernar cada aspecto de la realidad, al punto que siempre hubiese sólo una interpretación correcta de las normas³⁵ (esto tampoco es discutido, así Hart: “aquello de que el juez descubre el Derecho, pero que no lo crea no es más que tradición, lo que concilia [las varias interpretaciones posibles] con la presentación de sus sentencias como si fueran el resultado de pacíficas deducciones de reglas claras y preexistentes, hechas sin la intromisión de su voluntad”³⁶).

A partir de la escuela pura quedó claro que todos los métodos de interpretación estaban a un mismo nivel, pues no hay razón formal para que alguno de ellos tenga preeminencia si es que las interpretaciones posibles, que son resultado de su uso, compiten en pie de igualdad. Así, el direccionamiento exegético hacia la interpretación gramatical e histórica tradicional y el que defendió Ihering hacia la interpretación teleológica, quedaron de manifiesto como contingentes a particulares sistemas jurídicos, específicamente, a aquellos que obligan a sus intérpretes a seguir dichos métodos. Por lo dicho, para la Teoría del Derecho no existe método alguno de interpretación que pueda considerarse como un elemento formal, ergo general, inherente al fenómeno jurídico.

³³ RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* (2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 1980), p. 210.

³⁴ KENNEDY, Duncan, *A Critique of Adjudication* (1ª edición, Cambridge, Harvard University Press, 1997), p. 37.

³⁵ Cf. Kelsen, Hans, cit. (n. 18), pp. 77-89.

³⁶ HART, H.L.A., cit. (n. 20), p. 12.

e) Discreción e integridad. También positivista, aunque de los denominados suaves por adherir a la tesis de la separación contingente entre Derecho y Moral (versus la separación necesaria planteada por el positivismo duro), Hart mantuvo las líneas maestras de la escuela pura, bien que con los sesgos propios de un intelectual cultivado en la tradición del “Common Law”. Su obra llevó a un largo debate en la comunidad jurídica angloamericana, en que Dworkin fue su más renombrado oponente. Tal debate se sostuvo por más de tres décadas, pues se abrió en 1961 con la publicación de su *Concepto de Derecho*, y sólo cesaría en 1994 con la publicación póstuma de su “Postscriptum”.

En 1961 Hart presentó su teoría del Derecho acabada, para la cual: (i) el Derecho es un sistema de reglas identificable mediante una única regla de reconocimiento, por lo que todo el Derecho se agota en un sistema de reglas válidas según la última regla de reconocimiento; (ii) todos los sistemas concilian la necesidad de certeza de las reglas con la necesidad de dejarlas abiertas para su posterior determinación mediante una elección oficial informada sobre cuestiones que sólo pueden ser apreciadas y resueltas cuando existe un caso concreto; en estos casos, la autoridad con poder de decisión actúa discrecionalmente; (iii) un error propio del formalismo es creer que todos los actos de los tribunales están cubiertos de antemano por una regla que los autoriza, de tal manera que su capacidad creadora del Derecho se reconduzca siempre a una forma de delegación de poderes legislativos; y (iv) en esta línea, hablar de la corrección de las decisiones judiciales tiene sentido si es que pueden ser revocadas por decisiones de tribunales superiores, pero, una vez que las decisiones son definitivas, entonces debe de entenderse como infalibles³⁷. A esta teoría respondería Dworkin en 1967 con una tesis cercana al naturalismo: (i) no todo el Derecho es identificable según su origen (principio de las fuentes formales del positivismo), porque también existen en el Derecho principios que no pueden ser identificados mediante una regla de reconocimiento; y (ii) la existencia de los principios hace que en los casos de normas indeterminadas o de ausencia de norma los tribunales no recurran a la discreción judicial, sino a la aplicación de principios³⁸.

La respuesta de Hart vino en 1976 y consistía en que, aún asumiendo un método jurídico estricto, en los casos difíciles pueden sobrevenir dos interpretaciones basadas en principios contradictorios entre sí, entre las

³⁷ Cf. HART, H.L.A., cit. (n. 20), pp. 100-124.

³⁸ Cf. DWORKIN, Ronald, *The Model of Rules*, en *University of Chicago Law Review* 35 (1967), reimpresso en *Taking Rights Seriously* (1ª edición, Cambridge, Harvard University Press, 1977), pp. 39-45.

cuales los tribunales tendrían que escoger ejerciendo su discreción³⁹. En 1977 también hizo referencia al tema, al decir que los teóricos americanos ven al Derecho unos como la “pesadilla” de un conjunto de reglas caprichosamente impuestas por los jueces (a este bando pertenecerían los realistas) y otros como el “noble sueño” de un conjunto coherente de principios que proporcionan una respuesta correcta para todos los casos, siendo que de este grupo Dworkin sería el “soñador más noble de todos”⁴⁰. Dworkin volvió al ruedo el mismo 1977 al formular su tesis de la respuesta correcta, argumentando que las contradicciones entre principios son escasas y mucho más raras de lo que piensan los positivistas⁴¹; pero la versión acabada de su teoría del Derecho vendría recién en 1986, con la publicación del *Imperio de la ley*. Aquí terminó de formular una nueva concepción del Derecho, a saber, la del Derecho como integridad. En este sentido, sostuvo que el principio de integridad rige la adjudicación e instruye a los jueces a identificar derechos y obligaciones como si hubiesen sido creados por un único autor, expresando, así, una concepción coherente de la justicia, ya que las proposiciones jurídicas son verdaderas si fluyen de los principios de “justicia, equidad y debido proceso”, que son los que proveen la mejor construcción interpretativa de la práctica jurídica de una comunidad⁴². Con esto último redujo su tesis a una teoría interpretativa de la práctica judicial americana.

Por mucho tiempo Hart quiso aumentar un capítulo al *Concepto de Derecho*, de tal manera que se respondiese a las críticas hechas pero no se alterase el texto original del libro. Lamentablemente la muerte lo sorprendió en la tarea y quedó en manos de su discípulo, Raz, determinar si había alguna versión del capítulo proyectado que mereciese su publicación. Ya el propio Hart había decidido que sus respuestas a las críticas irían al final del libro (en un inicio pensó en un prefacio), y lo cierto es que dejó un plan de trabajo que incluía dos partes. La primera parte, en la que respondía a su principal contendor, se consideró publicable, mientras que la segunda

³⁹ Cf. HART, H.L.A., 1776-1976: *Law in the Perspective of Philosophy*, en *New York University Law Review* 51 (1976), reimpresso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (reimpresión, Nueva York, Clarendon Press, 2001), pp. 145-158.

⁴⁰ Cf. HART, H.L.A., *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, en *Georgia Law Review* 11 (1977), reimpresso en ob. cit. (n. 39), pp. 145-159, cita en p. 137.

⁴¹ Cf. DWORKIN, Ronald, *No Right Answer?*, en *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart* (1ª edición, Oxford, Oxford University Press, 1977), reimpresso en *A Matter of Principle* (1ª edición, Cambridge, Harvard University Press, 1985), pp. 119-145.

⁴² Cf. DWORKIN, Ronald, *Law's Empire* (1ª edición, Cambridge, Harvard University Press, 1986), pp. 225-276.

no, pues sólo había notas demasiado fragmentarias como para ver la luz. Así, en 1994 se añadió finalmente el “Postscriptum” a la obra de Hart, en que, por un lado, el autor hace una última apelación a distinguir entre el lenguaje usado por los practicantes del Derecho en los tribunales y sus reflexiones acerca de los procesos judiciales, insistiendo en que existen casos en los que, por su poca regulación, los tribunales no pueden escapar a crear Derecho, aunque intersticial y muy a pesar de cómo el lenguaje usado presente dicha decisión; y, por otro lado, recuerda que la suya es una Teoría general del Derecho, es decir, puramente descriptiva del fenómeno jurídico en general, no condicionada a un específico sistema de Derecho positivo, mientras que la de Dworkin es una teoría descriptiva a la vez que justificativa de lo que debiera ser el Derecho (su tesis del Derecho como integridad) y está estrechamente vinculada al sistema americano, lo que, al hacerla una teoría particular de la adjudicación⁴³, lleva a pensar que en realidad nunca hubo debate, pues cada quien defendía una cosa distinta. Hasta la fecha, Dworkin no ha producido su última respuesta.

2. *El Derecho como argumentación.*

Es sabido que el Derecho puede estudiarse desde distintas perspectivas; de hecho, está bastante arraigada la teoría propuesta por Reale que plantea estudiarlo como hecho, en cuyo caso el objeto de estudio está delimitado por la Sociología del Derecho, como valor, en cuyo caso lo está por la axiología jurídica, y como norma, que es el objeto propio de estudio de la Teoría general del Derecho. Pues bien, también puede examinarse el Derecho como argumentación, vale decir, según el discurso usado para poner en movimiento la maquinaria jurídica a fin de llegar a una decisión judicial. Aunque la justificación de las decisiones no es un elemento lógico formal del Derecho, ciertamente es necesaria en los sistemas jurídicos de corte democrático, pues, por un lado, es una condición necesaria para ejercer el derecho de apelar o impugnar una sentencia o para fundar un precedente, y, por otro lado, y aunque este es un argumento de teoría política, no hay más forma de hacer políticamente responsables a las judicaturas que por vía de la exigencia de justificar sus decisiones. En definitiva, es poco concebible un Estado de Derecho sin la obligación de los tribunales de justificar sus decisiones, pues el lema *non sub homine, sed sub lege* dice del sometimiento de la fuerza a la razón objetivada en la ley. Por lo mismo, fundamentar una sentencia no consiste en exponerla, lo cual es una labor meramente descriptiva, sino en justificarla, lo cual significa dar razones convincentes que sostengan el carácter correcto o aceptable de la decisión

⁴³ Cf. HART, H.L.A., *Postscript*, cit. (n. 20), pp. 238-276.

adoptada; por ello, la justificación conlleva formular juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el Derecho y los hechos *sub iudice*. De esto se desprende como regla natural que la argumentación se tornará tanto más compleja cuanto más complejidad adquieran los casos que la ocupen, y donde la solución no pasa por las sentencias largas, sino más bien por una rigurosa economía del raciocinio jurídico, bajo el principio de razón suficiente. Tratándose de la adjudicación de normas constitucionales, la labor argumentativa siempre será compleja, de un lado, porque los casos planteados en sede constitucional deben resolverse en el marco de la indeterminación propia de las constituciones, y de otro, porque quien esta vez toma la decisión es el intérprete definitivo de la Constitución, lo que significa que en cada sentencia lo que el juez tiene en cuestión es todo Estado de Derecho.

En este sentido, la argumentación jurídica significa: (i) distinguir entre casos fáciles y difíciles, admitiendo que hay casos, los fáciles, cuyas premisas normativas y fácticas no son controvertidas ni discutidas, y hay casos cuyas premisas no son convencionalmente aceptadas, que son los difíciles; (ii) que los casos difíciles pueden serlo por razón de sus premisas normativas, sea que se trate de problemas de relevancia, que suponen dudas sobre la determinación de la norma aplicable o sobre su existencia, o de problemas de interpretación, que suponen dudas sobre el significado jurídico de la norma aplicable (estos problemas dieron pie al escepticismo de los realistas en torno a las normas, dudando sobre su existencia y utilidad en la resolución de casos concretos); o por razón de sus premisas fácticas, sea que se trate de problemas de prueba, que suponen dudas sobre la existencia de los hechos requeridos para hacer operativa la hipótesis de la norma, o de problemas de calificación, que suponen dudas sobre si un hecho confirmado tiene un significado jurídico y cuál sería según la norma aplicable (estos son los problemas que dieron pie a que los realistas sean escépticos sobre los hechos, dudando sobre la posibilidad de conocer los hechos y sobre cómo serían tomados por los tribunales); (iii) que la justificación de las decisiones en los casos fáciles puede hacerse por un mero razonamiento deductivo, representado secularmente por el silogismo judicial, y al que le basta una justificación de primer nivel, vale decir, que la justificación de sus premisas normativas y fácticas no es convencionalmente controvertida; (iv) que, en cambio, en los casos difíciles las decisiones deben fundarse en justificaciones de segundo nivel, es decir, cada premisa problemática debe justificarse en razones que sostengan la corrección de la decisión tomada o su aceptabilidad, y donde en último término las justificaciones podrán ser respaldadas por razones formales, como lo hizo Marshall al justificar materialmente la supremacía de la Constitución americana en el contractualismo racionalista

(su apelación a la voluntad que emergió de la Convención Constituyente de Filadelfia), para luego refrendar su conclusión acudiendo a la cláusula de supremacía de la Constitución (justificación formal), o como lo hizo Barak al justificar en la “experiencia nacional” el carácter materialmente constitucional de algunas leyes del Parlamento israelí, a la vez que se apoyaba en el doble carácter de legislador constituyente y ordinario del Parlamento (justificación formal); y (v) que pueden ser justificaciones de segundo nivel la universalidad, que no es nueva en el Derecho, pues supone que si hay identidad de razón debe haber identidad de Derecho (“*ubi eadem ratio iuris, ibi eadem legis dispositio*”); la coherencia, que tratándose de las premisas normativas supone la conformidad de la justificación con las normas del sistema jurídico, y tratándose de las fácticas la conformidad con las leyes de la ciencia aplicables a los hechos en cuestión y con los datos convencionalmente aceptados de la experiencia; las consecuencias, que podrán determinarse según los valores promovidos por el orden jurídico, aunque esto ya importa salirse de la Teoría del Derecho e ingresar al terreno del análisis de la incidencia del Derecho en la sociedad y viceversa (Sociología del Derecho); y el consenso, que supone asumir como decisión justificada la tomada por vía del diálogo y la avenencia entre los interesados⁴⁴.

Pues bien, nótese que, al igual que las concepciones vigentes sobre interpretación, la teoría de la argumentación no induce a preferir ningún método interpretativo en particular, y nótese que semejante inducción resultaría antitética, pues supondría exonerar al intérprete de su tarea central en la justificación de su veredicto. En esta línea, no sería justo responsabilizar al silogismo judicial por decisiones fundadas en el abuso de la deducción. El silogismo no sólo describe los casos fáciles, sino también los difíciles, pues no hay caso en que la decisión judicial, desde que es aplicación del Derecho, no vaya de una norma general a una particular, como es la sentencia. El gran problema radica en determinar las premisas del silogismo; una vez justificadas, la decisión podrá describirse, no justificarse, como un proceso deductivo. Aquí tiene razón A. Nieto: “La solución se encuentra en la ley ciertamente, pero sólo como la estatua en el bloque de mármol de donde procede, del que puede surgir la figura de David o un obelisco, si es que no se le ha destrozado en el taller de cantería”⁴⁵. Así, que emerja una pieza de arte o una figura contrahecha,

⁴⁴ Sobre la teoría de la argumentación de N. MacCormick: cf. ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho* (2ª reimpresión, Barcelona, Ariel, 2004), pp. 251-267, también TALAVERA, Pedro, *Interpretación, integración y argumentación jurídica* (1ª edición, Santa Cruz, El País, 2008), pp. 205-269.

⁴⁵ NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica* (1ª edición, Madrid, Trotta, 2007), p. 158.

sólo depende del intérprete y de todo lo que tiene a mano por cincel: su capacidad argumentativa para ofrecer justificaciones que aparezcan racionalmente correctas y convincentes. Y donde ciertamente la construcción intencional de falacias o sofismas prolijamente elaborados, no hace más que evidenciar palmariamente la radical orfandad de capacidad argumentativa del fallido escultor de piezas jurídicas. Volviendo a la deducción, su abuso no es, pues, culpa del silogismo, sino del intérprete que no repara en que sus premisas no son convencionalmente aceptadas, y que, por tanto, es menester construirles una justificación de segundo nivel⁴⁶.

Retomando la cláusula de interpretación, las dos reglas defendidas como razones excluyentes para no interpretar la Constitución según la “voluntad del constituyente” y el “tenor literal del texto” (cfr. punto II, B, 2), son justificaciones de segundo nivel cuya razón práctica es la coherencia en sentido fáctico en lo que se refiere al agotamiento de los métodos, pues el argumento trabaja con sus propias premisas racionales, y la coherencia en sentido normativo en lo que se refiere a la unidad de la Constitución y el respeto a la estructura del sistema jurídico. De acusarse que estas dos últimas son justificaciones puramente formales, en la medida que no dirigen en absoluto a la interpretación de la Constitución en algún sentido determinado, sólo se estaría probando que el análisis ha sido enteramente fiel a la Teoría general del Derecho, pues si esta teoría quiere seguir siendo general, no puede pronunciarse más que sobre los aspectos formales del sistema jurídico, y que es lo único general que puede haber en el Derecho, ya que sobre su contenido no puede edificarse teoría general alguna: con mucho que en su prédica persistente el naturalismo venga desde tan atrás

⁴⁶ Dos casos de abuso de deducción fueron los revertidos por las STC 493/2000-RHC (22 de mayo) y 1846/2004-RAC (30 de noviembre), en los que el Tribunal Constitucional de Bolivia revocó resoluciones de las cortes inferiores alegando que se habían fundado exclusivamente en interpretaciones gramaticales, cuando en realidad se habían fundado en el sentido gramatical de las normas consideradas, llegando a concluir dos absurdos, pues, en un caso, resultaba que el beneficio de libertad provisional correspondía a quienes estaban juzgados por delitos graves en detrimento de quienes eran juzgados por delitos menores y, en el otro caso, resultaba que por la gestión de cobro de obligaciones pecuniarias debía pagarse al abogado una tasa fija más un porcentaje del monto adeudado, al margen de que la deuda hubiera sido o no recuperada, con lo cual, el litigante terminaba sin recuperar lo que le adeudaban y, además, quedaba como deudor de su abogado por un porcentaje del monto no recuperado. Una clásica acusación de abuso de deducción es la que hace a “*Griswold v. Connecticut*”, 381 U.S. 479 (1965), caso en el que la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que el derecho a la privacidad era de fuente constitucional porque se encontraba en la “penumbra” formada por las “emanaciones” de la declaración de derechos. En ambos casos el resultado final no es el problema, sino lo poco aceptable de sus premisas.

como la filosofía sofista, y a pesar de que semejante nudo gordiano sea tan antiguo e imposible de desatar, como que fue entre los propios sofistas que tuvo comienzo el desacuerdo sobre un contenido ideal del Derecho ⁴⁷.

IV. ESTADO DE DERECHO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lo que realmente está en juego en el problema de la justicia constitucional es la eficacia normativa de la propia Constitución. Cualquier forma de captura o inhabilitación de la justicia constitucional, importa la captura o la inhabilitación de la propia Constitución. Aún en un Estado autoritario técnicamente es posible la adjudicación constitucional, pues de todas maneras representa un sistema jurídico, y todo sistema jurídico se construye sobre alguna norma básica. Pero es en el Estado de Derecho que el control de la constitucionalidad es un elemento consustancial al mismo, desde que sólo en el Estado de Derecho la Constitución importa efectivamente la interdicción del acto arbitrario y una limitación real al poder, comenzando por frenar al poder con el poder, mediante el sistema de frenos y contrapesos. Por ello, no es exagerado decir que en un Estado de Derecho la Constitución existe, en términos de eficacia normativa, si existe un tribunal constitucional que la aplique.

No es casual que en Estados Unidos la Constitución haya sido vista desde sus orígenes como una norma jurídica vinculante por igual para los poderes públicos y los particulares, invocable ante los tribunales y aplicable autoritativamente por éstos, pues el constitucionalismo americano jamás se apartó del concepto original resumido en el hecho de denominar constituciones a las normas supremas de los sistemas jurídicos. Las constituciones surgieron como resultado del contractualismo racionalista. De ahí que fuesen concebidas como norma jurídica que representaba el contrato de los ciudadanos entre sí, y como norma jurídica con un contenido específico: los derechos liberales, en lo referente a la organización de la vida de los ciudadanos, y el principio democrático representativo, en lo referente a la organización de los poderes constituidos. En Estados Unidos jamás se

⁴⁷ El desacuerdo fue sobre la igualdad. Mírese en este sentido lo revelador de los diálogos de Platón, donde mientras que en *Protágoras* Hippias dice: “caballeros, considero a todos los aquí presentes como mis pares y ciudadanos por naturaleza, pero no por convención. Porque así como por naturaleza todos somos similares, por las convenciones que tiranizan la raza humana es que frecuentemente somos obligados a ir en contra de la naturaleza”, en *Georgias* Calicles afirma: “señores, tanto entre los animales como entre los hombres, como entre los pueblos y las razas entre sí, la naturaleza nos muestra que es una decisión de justicia que el superior mande al inferior” [PLATO, *Complete Works* (1ª edición, Cambridge, Hackett/Cooper, John, ed., 1997), pp. 770 y 828].

perdió el concepto original de las constituciones; antes bien, se reafirmó con la reivindicación de los tribunales del control de la constitucionalidad. Por ello que la suya sea la Constitución vigente más antigua: porque su vigencia ha resultado reafirmada cada vez que la Corte Suprema ha tenido que declarar la inconstitucionalidad de un determinado acto de los poderes constituidos. En Europa, en cambio, se perdió el concepto original, y a él se retornaría recién en el período de entreguerras. En este período fueron notables la *Constitución* de Weimar de 1919, que inauguró en Europa el constitucionalismo social que dos años antes México había introducido en América con la *Constitución* de Querétaro, y la *Constitución* de Austria de 1920, en que, bajo el título de “Garantías de la Constitución y la Administración” (título 6º), en términos de eficacia normativa, se devolvió finalmente a las constituciones su carácter jurídicamente vinculante, al introducir la figura del Tribunal Constitucional. Y donde el principio es que una norma requiere de alguien que la aplique en caso de ser transgredida, y que lo más indicado es recurrir a una corte de jueces especializados en la materia.

Ahora bien, es cierto que el Estado de Derecho es relativamente nuevo, pero el hombre ha venido construyéndolo desde que adquirió la certidumbre de que era necesario someterse a normas. En este marco, cierto como es que el contenido de las constituciones ha evolucionado y que hoy se habla del Estado Social y Democrático de Derecho, también lo es que ningún contenido pasaría de ser una mera declaración de intenciones si un órgano de la estructura formal del Estado de Derecho no estuviera encargado de velar por su cumplimiento. En este sentido, el sujeto de Derecho es la representación del ámbito de validez personal de las normas que le son imputables, el sujeto de Derecho y el orden jurídico que representa son lo mismo, el Estado es un sujeto de Derecho, con lo que Estado y Derecho son lo mismo; en consecuencia, no es que el Estado autolimite su poder para sujetarse al Derecho⁴⁸, sino que el poder público del Estado viene limitado por el Derecho, y todo cuanto exceda esa limitación es un acto arbitrario. Es cierto que un concepto formal de Estado de Derecho “neutraliza definitivamente” su contenido material⁴⁹, en cuanto no hay Estado que no sea de Derecho, en términos de que no hay Estado que

⁴⁸ La afirmación corresponde a la teoría de la autolimitación: cf. JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado* (reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002), pp. 346-352.

⁴⁹ Cf. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado* (1ª edición, Madrid, Alianza, 1999), pp. 157 ss. Para el razonamiento que M. García Pelayo acusa de “neutralizar definitivamente” el concepto de Estado de Derecho cf. KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado* (1ª edición, Granada, Comares, 2002), pp. 77-157.

no sea la representación de un orden jurídico. Pero el concepto material de Estado de Derecho sólo puede erigirse sobre un concepto formal del mismo, por lo siguiente: i) porque para que la libertad sea un *prius* y la prohibición un *posterius*, se necesita que el Estado actúe sólo en virtud de habilitaciones legales expresas o de poderes implícitos –concebidos éstos como medios constitucionalmente válidos para el cumplimiento de competencias expresas y limitados por la reserva material de competencias a favor de otros órganos del poder público y por la prohibición de alterar los principios, derechos y garantías constitucionales–, por cuanto afirmar que el principio de legalidad se satisface con la actuación conforme al Derecho del Estado, es redundante y peligroso para la libertad democrática: redundante, porque la prohibición de actuación contraria a normas es consecuencia de la propia existencia de éstas, por lo que la prohibición de actuación antijurídica es esencial a la existencia de un sistema de Derecho; y peligroso para la libertad democrática, porque puede prestarse a una lectura abusiva de la cláusula general excluyente (todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido, artículo 32 de la Constitución de Bolivia), que extienda indebidamente su ámbito de validez personal al Estado⁵⁰; ii) porque la precondition para que los

⁵⁰ Por eso el énfasis en las competencias expresas: “la autoridad administrativa no solamente debe abstenerse de actuar *contra legem*, sino que además está obligada a actuar solamente *secundum legem*, o sea en virtud de habilitaciones legales” [CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, reimpresión (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000), p. 449]. Respecto a los poderes implícitos, un buen antecedente de derecho comparado es la sentencia de Marshall en “*McCulloch c. Maryland*” (1819): “déjese que el fin sea legítimo, que esté dentro del ámbito de la Constitución, y todos los medios que le sean apropiados, que se adecuen plenamente a ese fin y que no estén prohibidos, sino que coincidan con la letra y espíritu de la Constitución, son constitucionales” (17 U.S., 4 Wheat, 316). En el Derecho internacional, la doctrina de los poderes implícitos también ha sido reconocida judicialmente en el asunto “*Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*” (*ICJ Reports-CIJ Recueil*, 1949), al declarar el derecho de las Naciones Unidas a reclamar la reparación por la muerte de su mediador en la guerra árabe israelí de 1948, Bernadotte. En el derecho boliviano el Tribunal Constitucional ha dicho que la competencia es conferida expresa o en “forma razonablemente implícita” por la Constitución y las leyes (STC 054/01-RDN, 16 de julio), donde lo reprochable es que no definir lo “razonablemente implícito” puede leerse como invitación a abusar de la norma general excluyente (artículo 32 de la Constitución) y extenderla a la actuación del Estado, por ello que en el texto principal se haya querido recordar que si hay poderes implícitos los mismos i) se conciben como medios constitucionalmente válidos para el cumplimiento de competencias expresas; y ii) están limitados por la reserva material de competencias a favor de otros órganos del poder público y por la prohibición de alterar los principios, derechos y garantías constitucionales.

podere públicos no actúen fuera del Derecho, es que la Constitución exista como norma jurídica que condiciona la validez formal de sus actos a través de un sistema de fuentes jerárquicamente estructurado y afinado por normas de competencia, y que la validez material de dichos actos esté atada a una declaración de derechos vinculante a los poderes públicos; y iii) porque en términos de eficacia del Derecho, la Constitución existe en la medida que el sistema de fuentes, su ordenación competencial y la declaración de derechos, puedan ser judicialmente oponibles a los poderes constituidos y a los particulares; siendo que nada de lo dicho es concebible si el poder del Estado no fuera igual al poder del Derecho. Y lo cierto es que toda la voluntad del Estado está determinada por las competencias que la Constitución le otorga. De manera que el tema del control de la constitucionalidad se traduce en que sólo hay Estado de Derecho ahí donde hay una Constitución con verdadera eficacia normativa, y sólo hay tal Constitución ahí donde hay un órgano especial atribuido de competencia para velar por su estricto cumplimiento. Con lo que, sustancialmente, la justicia constitucional no es problema alguno para el Estado de Derecho, siendo más bien parte de su mismidad. En cuanto a los desajustes provocados por eventuales excesos interpretativos, sería inconsistente con todo el esquema estatal de atribución de competencias recelar de la capacidad de disciplina de un órgano cualquiera para superar sus errores y deficiencias. Por lo demás, lo que la historia confirma en diversas latitudes, es que la justicia constitucional no ha sido insensible a los conflictos y las críticas como factores de moderación.

[Recibido el 22 de agosto y aprobado el 20 de octubre de 2008].

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho* (2ª reimpresión, Barcelona, Ariel, 2004).
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado* (reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000).
- DICEY, A.V., *The Law of the Constitution* (8ª edición, Indianapolis, Liberty Found, 1982).
- DORSEN, Norman - ROSENFELD, Michael - SAJÓ, András - BAER, Susanne, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials* (2ª edición, Nueva York, Thompson West, 2003).
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire* (1ª edición, Cambridge, Harvard University Press, 1986).
- DWORKIN, Ronald, *No Right Answer?* en *A Matter of Principle* (1ª edición, Cambridge, Harvard University Press, 1985).
- DWORKIN, Ronald, *The Model of Rules*, en *Taking Rights Seriously* (1ª edición, Cambridge, Harvard University Press, 1977).
- FRANK, Jerome, *What Courts do in Fact*, en *Illinois Law Review* 26 (1932).

- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado* (1ª edición, Madrid, Alianza, 1999).
- GRIMM, Dieter, *Judicial Activism*, en BREYER, Stephen - BADINTER, Robert (editores), *Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation* (1ª edición, Nueva York, New York University Press, 2004).
- HAINES, Charles Grove, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* (1ª edición, Nueva York, Russell & Russell, 1959).
- HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John, *The Federalist Papers* (1ª edición, Nueva York, Buccaneer Books, 1993).
- HART, H.L.A., *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (reimpresión, Nueva York, Clarendon Press, 2001).
- HART, H.L.A., *1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy*, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (reimpresión, Nueva York, Clarendon).
- HART, H.L.A., *The Concept of Law* (2ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1997).
- HOLMES, Oliver W., *The Path of the Law*, en *Harvard Law Review* 10 (1897).
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado* (reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002).
- KELLY, Alfred H. - HARRISON, Winfred A. - BELZ, Herman, *The American Constitution. Its Origins and Development* (7ª edición, Nueva York, W.W. Norton & Company, 1991), I.
- KELSEN, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory, a Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (1ª reimpresión, Nueva York, Clarendon Press, 2002).
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado* (1ª edición, Granada, Comares, 2002).
- KENNEDY, Duncan, *A Critique of Adjudication* (1ª edición, Cambridge, Harvard University Press, 1997).
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho* (3ª edición, Barcelona, Bosch, 1972).
- LLEWELLYN, Karl, *A Realistic Jurisprudenc. The Next Step*, en *Columbia Law Review* 30 (1930).
- LLEWELLYN, Karl, *Some Realism about Realism*, en *Harvard Law Review* 44 (1931).
- MAYER, Heinz, *La teoría de la construcción jurídica escalonada*, en WALTER, Robert, *Problemas centrales de la teoría pura del Derecho* (1ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001).
- MONTESQUIEU, Ch., *El espíritu de las leyes* (reimpresión, Madrid, Tecnos, 1987).
- NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica* (1ª edición, Madrid, Trotta, 2007).
- PLATO, *Complete Works* (1ª edición, Cambridge, Hackett/Cooper, John, ed., 1997).
- RAZ, Joseph, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en PAULSON, Stanley, *Normativity and Norms, Critical Perspectives of Kelsenian Themes* (1ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1988).
- RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* (2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 1980).
- REINSTEIN, Robert - RAHDERT, Mark, *Reconstructing Marbury*, en *Arkansas Law Review* 57 (2005).
- TALAVERA, Pedro, *Interpretación, integración y argumentación jurídica* (1ª edición, Santa Cruz, El País, 2008).
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *Democracy in America* (reimpresión, Nueva York, Mansfield & Winthrop, 2000).

