

**CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD
DE LA LEY: ACERCA DE LA LEGITIMIDAD
DEL JUEZ CONSTITUCIONAL. ALGUNOS
APORTES DESDE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA**
*MARCO ANTONIO MUÑOZ MERA**



**JUDICIAL CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF THE
LAW: ABOUT LEGITIMACY OF THE CONSTITUTIONAL
JUDGE. SOME CONTRIBUTIONS FROM LEGAL SOCIOLOGY**

RESUMEN

El artículo desarrolla el control de constitucionalidad judicial de la ley al cuestionar qué tan legítimo es el juez para realizarlo y cuáles alternativas permiten que tenga respaldo democrático. Para esto, se aborda el surgimiento del control de constitucionalidad en la historia norteamericana, luego, se estudia la dificultad contramayoritaria para en seguida analizar la legitimación del poder judicial frente a la facultad de invalidar una ley expedida por el Congreso, en íntima relación con la dificultad contramayoritaria. Además de la legitimación democrática frente a la necesidad de existencia de controles al poder mismo, las decisiones judiciales deben ser motivadas, se aborda la interpretación constitucional como un modo de permitir que la Constitución se mantenga adecuada a la realidad social. Para concluir, se res-

* Abogado de la Universidad de Nariño, Colombia, Especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Derecho Constitucional, Seguridad Social, Derecho de Familia e Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Estudiante regular de los cursos válidos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad Cooperativa de Colombia (1997 a 2008). Magistrado Tribunal Administrativo de Nariño (enero de 2014 a junio de 2015). Actualmente Juez Contencioso Administrativo Tercero Contencioso Administrativo del Circuito de Pasto; *e-mail*: [marcoanmunozmera@gmail.com].

paldan democráticamente las decisiones judiciales acudiendo a teorías como el originalismo, el textualismo o el minimalismo judicial, entre otras.

PALABRAS CLAVE: Revisión judicial; Legitimidad; Controles democráticos; Juez constitucional; Sociología jurídica.

ABSTRACT

The article develops judicial review by questioning how legitimate the judge is to do it and what alternatives allow it to have democratic support. For this, the judicial review in American history is discussed, then, the countermajoritarian difficulty is studied to immediately analyze the legitimacy of the judicial power against the power to invalidate a law issued by Congress, in close relationship with the countermajority difficulty. In addition to the democratic legitimacy against the need for existence of controls on the power itself, judicial decisions must be motivated, constitutional interpretation is addressed as a way to allow the Constitution to remain adequate to the social reality. To conclude, democratically support judicial decisions resorting to theories such as originalism, textualism or judicial minimalism, among others.

KEYWORDS: Judicial Review, Legitimacy, Democratic controls, Constitutional judge.

Fecha de presentación: 23 de enero de 2017. Revisión: 7 de febrero de 2017. Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2017.



I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata sobre algunos aspectos del sistema de control judicial de constitucionalidad. ¿Elemento estatal revestido de legitimidad democrática? En puridad de verdad, las constituciones actuales han venido estableciendo sistemas de control de constitucionalidad sobre la función legislativa en manos de jueces. En la gran mayoría de casos, el control de constitucionalidad se encuentra establecido en un tribunal constitucional, pero también hay otros sistemas que radican esa función en diferentes tribunales, determinando fueros de competencia entre unos y otros.

Sea cual fuere el tipo de control estatuido constitucionalmente, lo relevante de este trabajo consiste en indagar cuán legítimo es el juez frente a la potestad de controlar las decisiones que emanan del legislativo, cuando su designación no proviene en forma directa del pueblo. Ello en consonancia con el concepto de democracia.

La legitimidad de los actos que emanan de la soberanía del Estado a través de la historia de la humanidad, ha sido entendida bajo diferentes formas de aceptar los mandatos que emanan de la autoridad. En particular, la autoridad judicial también ha presentado resistencia social frente a los actos que expide.

En por ello que, como lo explica JUAN PABLO SARMIENTO ERAZO, en países como España “resulta ‘expresa’ la limitación a cualquier jurisdicción para cuestionar las leyes propiamente dichas”¹. La desconfianza en los jueces refleja entonces el miedo a que la voluntad del legislador se vea tergiversada, por el papel mediador de los jueces en la interpretación de las decisiones del órgano de representación.

Desde una óptica más concreta, cabe expresar que las sentencias de los jueces, no sólo deben estar sometidas al imperio de la ley, sino que desde la relación dominación-obediencia debe captar el mayor grado de consentimiento o aceptación. Sin embargo, ello no resulta tan fácil, pues, en aspectos tales como el control judicial de la ley (revisión judicial), aparece el problema de entender si la decisión de constitucionalidad del juez frente a la ley (acto del Congreso o Parlamento) es legítima o no.

Este trabajo discurre entre la legitimidad democrática del juez y el control judicial de la ley. La legitimidad o ilegitimidad judicial no puede ser entendida solo frente al mayor o menor respaldo popular en la designación del juez, porque desde ese punto de vista estaría en tela de juicio. A decir verdad, hoy por hoy, la designación de los jueces constitucionales no proviene de manera directa de la ciudadanía, pero ello no significa que surja *in limine* la ilegitimidad de sus decisiones frente al control de las leyes. En igual sentido no puede afirmarse que el legislador por el carácter democrático de su elección tenga legitimidad total en las decisiones legislativas.

El juez constitucional, a pesar de la dificultad democrática que su designación encarna, controla la constitucionalidad de la ley en es-

1 JUAN PABLO SARMIENTO ERAZO. “La restricción al derecho de indemnización del daño antijurídico, entre la legitimidad legislativa y el control judicial de la administración”, *Revista Prolegomenos-Derechos y Valores*, vol. XII, n.º 23, enero-junio de 2009, disponible en [<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617260011.pdf>].

trecha relación con la dificultad contramayoritaria que hemos venido insinuando y que se abordará más adelante.

La institucionalidad en los Estados actuales, como lo expresa ROBERTO GARGARELLA², pone en evidencia una tensión siempre que los jueces estudian la validez de una ley. Es por ello que la tensión siempre aparece cuando los jueces juzgan inválida una ley, porque en la práctica lo que ello significa es que el juez está desconociendo una decisión que ha tomado el legislador quien, dicho sea de paso, ha sido elegido por voto popular, es decir bajo amparo de legitimidad democrática.

JEREMY WALDRON³ critica el control judicial de constitucionalidad de las leyes de manera rotunda. Las razones que fundamentan la crítica que WALDRON hace al control de constitucionalidad de la ley, tienen que ver con el argumento democrático.

El argumento democrático se traduce en la confianza y el respeto merecido por los individuos que privilegie la voluntad de las mayorías y no un sistema que frustre las mayorías. El control judicial que critica WALDRON tiene que ver con la debilidad que puede llegar a tener una decisión tomada por la mayoría del Parlamento, cuando esa medida es desafiada e invalidada, porque la visión de los derechos no es la misma visión que los jueces tienen al respecto.

Del mismo modo, el autor neozelandés argumenta en contra del control judicial de la ley, el hecho que los jueces también toman decisiones mediante voto y aplicando la regla de mayoría. Es allí donde surgen los desacuerdos: que la decisión se toma por el instrumento del voto, apelando a las reglas de mayoría. Los jueces disienten entre ellos como lo hacen los ciudadanos y los legisladores.

De esa manera el control de constitucionalidad persigue desde sus inicios el establecimiento de un orden jurídico que permita mantener la superioridad normativa, bajo la consideración que la ley es

2 ROBERTO GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional –CEDEC–, 2012, disponible en [https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf].

3 JEREMY WALDRON. *Derecho y desacuerdos*, JOSÉ LUIS MARTÍ y Águeda Quiroga (trads.) Madrid, Marcial Pons, 2005.

válida en cuanto se ajuste a los presupuestos de la norma en que se funda, es decir la Constitución, institución que encuentra sus antecedentes históricos en el constitucionalismo americano como expone mos a continuación.

II. BREVE RESEÑA SOBRE EL ORIGEN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONAL DE LA LEY, TOMANDO SU SURGIMIENTO DEL ANTECEDENTE DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El origen del control de constitucionalidad tal y como lo conocemos hoy surgió en Estados Unidos de América cuando, a no dudarlo, se estableció una élite conservadora que privilegió los intereses de una clase que empezaba a surgir en esas tierras. Tal como lo expone ÁNGEL DOMINGO FERRÁS MORENO⁴:

... Cuando comenzó la lucha por la independencia, de las trece colonias había ocho denominadas colonias reales: Nueva Hampshire, Massachusetts, Nueva York, Nueva Jersey, Carolina del Norte, Virginia, Carolina del Sur y Georgia, en todas las cuales había un gobernador designado por el Rey; dos eran autónomas: Connecticut y Rhode Island, en los que los gobernadores eran elegidos por electores, y tres de propiedad privada: Delaware, Pennsylvania y Maryland, en las que los gobernadores eran propietarios. En las ocho colonias reales había otros funcionarios designados por la metrópoli, como los funcionarios de aduanas. Desde los primeros tiempos de la dominación inglesa, ciertas colonias tenían parlamentos y cartas constitucionales, veamos algunos ejemplos:

La primera colonia establecida fue Virginia, y, al mismo tiempo, la primera que en el año de 1619 tuvo una asamblea representativa. En ella se convocó a una asamblea general para formar un gobierno integrado por un gobernador, con su consejo o sus consejeros y una cámara de burgueses; integrada dicha cámara por dos representantes por cada distrito, cada representante debía ser elegido por el pueblo, por lo cual en el año 1619, algunos autores como HAROLD UNDERWOOD FAULKNER, le llama el venturoso año de la democracia representativa en angloamérica y el nuevo mundo.

4 ÁNGEL DOMINGO FERRÁS MORENO. *La bicentenario Constitución norteamericana. Reflexiones breves*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1990.

Al año siguiente, en 1620, llegaron en el barco *Mayflower* al Cabo Cod, del actual territorio de Massachusetts, unos cien peregrinos o colonos que habían abandonado Inglaterra por discrepancias religiosas. Para defender sus intereses estos peregrinos o colonos firmaron un pacto o convenio conocido como el *Pacto del Mayflower*. Con este pacto firmado por los varones mayores de edad, los firmantes, se comprometían a obedecer leyes justas e iguales. Este pacto, aunque no constituía una constitución verdadera o propiamente tal como se la entiende hoy, trataba de establecer una especie de democracia directa o pura, en la que las cuestiones de gobierno, serían discutidas por todos los firmantes. Cuando la pequeña comunidad convertida en colonia de Massachusetts creció lo suficiente para dificultar la reunión de todos los que tenían derecho al voto en un mismo lugar, ellos adoptaron la democracia representativa...”.

Para aquel entonces comenta FERRAS MORENO que cuando desapareció el Gobierno puritano, quedó establecido como práctica que para ejercer el derecho al voto era indispensable cumplir el requisito de ser propietario. No solo en Massachusetts, sino, además, en el resto de las colonias el derecho al voto estaba condicionado a la clase y cantidad de bienes que tuviera el votante. Para ocupar cargos públicos también había que ser propietario, de forma tal que cuanto más importante o elevado fuera el cargo, tanto más rico se requería ser. Según HAROLD UNDERWOOD FAULKNER, “durante el período de la Revolución, de cada 100 blancos de las colonias, sólo alrededor de seis tenían derecho a votar”⁵. En los antiguos pequeños Parlamentos de las colonias se desarrolló cierta lucha por la democracia, por ejemplo, THOMAS HOOKER⁶ confiaba en la democracia, ayudó a fundar Connecticut, sosteniendo que los fundamentos de la autoridad se debían basar ante todo en el libre consentimiento del pueblo. Otros eran contrarios a la democracia, el gobernador JOHN WINHTROP⁷, la consideraba como la peor de

5 HAROLD UNDERWOOD FAULKNER, TYLER KEPNER y HALL BARLETT. Vida del pueblo norteamericano, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1941.

6 Markfield, UK, 5 de julio de 1586-Hartford, Connecticut, 7 de julio de 1647, clérigo atacado por sus tendencias puritanas que lo llevaron a huir de Inglaterra y terminar en Massachusetts en 1633.

7 Edwardstone, Suffolk, Inglaterra, 12 de enero de 1587/8-Boston, Massachusetts, 26 de marzo de 1649, tercer gobernador de Massachusetts Bay Colony en cuatro períodos: de 1630 a 1634; de 1637 a 1640; de 1642 a 1644; y de 1646 a 1649.

las formas de Gobierno; en su opinión, el Gobierno debía estar siempre en pocas manos y solo escasas personas estaban facultadas para gobernar⁸. Así lo expresa este autor FERRÁS MORENO:

... En 1776 se produjo en Virginia un serio conflicto entre los partidarios de la democracia y sus contrarios. El gobernador [WILLIAM] BERKELEY⁹, que precedía la Cámara de los burgueses, odiaba profundamente la democracia, por lo que, aprovechándose de su influencia y poder, logró conseguir que se aprobaran ciertas leyes que reducían la cantidad de funcionarios nominados por elección y otras con nuevos impuestos para los agricultores pequeños...¹⁰.

Este profesor cubano anota que ante esos hechos, NATHANIEL BACON¹¹, al frente de un grupo de ciudadanos se apoderaron de la Asamblea y promulgaron nuevas leyes que daban a los pequeños agricultores y al hombre medio, mayor participación en las cuestiones del Gobierno.

En un principio y dentro de una Constitución republicana con raíz conservadora, según la cual no era necesario acudir a la ciudadanía para consultar su voluntad y por cuanto no todos los individuos estaban dotados de iguales capacidades para tomar decisiones justas, es como surge el control de constitucionalidad de la ley en Estados Unidos de América.

A la luz de tales situaciones, como lo estudia el profesor argentino GARGARELLA¹² se pone de manifiesto aquella dificultad que surge cuando un órgano con una legitimidad democrática menor llega a imponer su voluntad sobre los demás órganos del Estado.

Anota él que el crecimiento del poder de los jueces se presentó paralelamente con el poder ciudadano sobre las legislaturas locales,

8 FERRÁS MORENO. *La bicentenario Constitución norteamericana. Reflexiones breves*, cit.

9 Hanworth Manor, Middlesex, Inglaterra, 1605-Mayfair, Inglaterra, 9 de julio de 1677, dos veces gobernador de Virginia, de 1642 a 1652 y de 1660 a 1677 y uno de los lores propietarios de la Colonia de Carolina..

10 Ídem.

11 Suffolk, UK, 2 de enero de 1647-Virginia, 26 de octubre de 1676, prominente miembro de la colonia de Virginia, primo del gobernador BERKELEY, fustigó la llamada Rebelión de Bacon en 1676 que se extinguió al fallecer de disentería.

12 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit.

lo que motivó que esas asambleas legislativas imperiosamente tomaran medidas económicas perjudiciales para los sectores más acomodados. Surgen entonces los temores contra la legislatura. Los ciudadanos inmediatamente después de la Revolución norteamericana¹³ se organizaron para tratar los asuntos más importantes de la comunidad, con la advertencia que no participaban ni mujeres ni negros esclavos. Las asambleas comunales (*town meetings*) permitían la deliberación de los individuos de la comunidad cara a cara, y de allí su valor, lo que se traducía en una forma de presión frente a las legislaturas. Ello fue el origen de convenciones más amplias (*county conventions*) que permitieron mayores presiones sobre las asambleas legislativas de cada Estado.

La situación económica que se vivió en la época de la postrevolución llevó a que los deudores y acreedores se enfrentaran, sobre todo en las cortes de justicia, al punto que los juicios por deudas aumentaron en forma considerable. Los deudores (por lo general campesinos y pequeños propietarios, comerciantes) pedían a sus legislaturas que emitieran papel moneda ante la incapacidad de obtener moneda dura, que era lo que exigían los acreedores y grandes propietarios para solucionar los pagos en su favor. El incremento de los juicios ante las cortes llevó a las comunidades a manifestarse en gran número, impidiendo en muchos casos que los jueces se reunieran a deliberar, modelo que rápidamente se extendió por la mayoría de los nuevos territorios independientes.

Esta tendencia de manifestarse no solo sobre las legislaturas, sino sobre la justicia llevó a considerar que la Constitución tenía sesgos en favor de las minorías, en aquel momento llamadas facciones, lo que fácilmente se aprecia en una lectura detenida de *El Federalista*¹⁴, cuando el concepto de minoría atiende a un grupo menor en número pero aventajado en poder. No se hablaba de un grupo sin poder efectivo, sino de un grupo de los más favorecidos.

13 19 de abril de 1775-3 de septiembre de 1783.

14 Colección de 85 artículos y ensayos escritos por JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON (bajo el seudónimo *Publius*) y JOHN JAY, que buscaban la ratificación de la Constitución de Estados Unidos.

Bien, según GARGARELLA¹⁵ en procura de controlar e igualar las cargas y facultades de los poderes del Estado, se pensó en el sistema de frenos y contrapesos. Con la Convención Constituyente se planteó que las asambleas legislativas necesitaban con urgencia mecanismos de frenos y en segundo lugar que los miembros del poder judicial correspondieran a un grupo de élite, según sus estudios, el modelo de su elección, su estabilidad y la independencia respecto a procesos electorales.

Así mismo, agrega este autor en la obra citada, que el Plan de Virginia –Reforma Institucional– planteó fundamentalmente, entre otros aspectos, el control de los posibles excesos del legislativo a través de un consejo de revisión (conformado por miembros del Poder Ejecutivo y del poder judicial) y encargado de la revisión previa (*ex ante*) de las leyes. Y también un poder judicial nacional, elegido por la legislatura.

El consejo de revisión no tuvo acogida, fue poco a poco perdiendo apoyo de la convención, porque se temía la unión del Poder Judicial y del Ejecutivo en desmedro del Poder Legislativo. Entre el devenir de esa propuesta, que a la postre no recibió el apoyo que debía obtener, la Convención Nacional al igual que las convenciones de los Estados federados validaron la propuesta que el Poder Judicial controle al Legislativo. Por ejemplo, las convenciones de Pennsylvania, Connecticut o Virginia determinaron que la capacidad judicial debe oponerse a los actos inconstitucionales de la legislatura. JOHN MARSHALL¹⁶ –famoso juez del caso *Marbury vs. Madison*–, en ese momento participante activo de la convención de Virginia ratificó el rol de los jueces como guardianes de la Constitución. Así lo cita GARGARELLA “... que no existía, además, otro cuerpo capaz de asumir el rol protector de la Constitución...”¹⁷.

Con posterioridad el sistema instituido en Estados Unidos de América, *judicial review*, se propaga por buena parte del mundo, ha-

15 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit.

16 Germantown, Virginia, 24 de septiembre de 1755-Philadelphia, 6 de julio de 1835.

17 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit., p. 58.

ciéndose celebre con el famoso caso *Marbury vs. Madison*¹⁸, base de la revisión judicial en Estados Unidos.

Al respecto GARGARELLA¹⁹ se refiere tanto a la situación previa a la consolidación del control de constitucionalidad, como al caso *Marbury vs. Madison* ya mencionado. La revisión judicial de la ley aún no había consolidado su importancia, pero la propia práctica judicial y la expedición de leyes nuevas despejaron los interrogantes de tal control. El Congreso Nacional designó una comisión para redactar una ley acerca del poder judicial. Se crearon tribunales federales de instancia, impidiendo a los jueces de los Estados pronunciarse sobre asuntos nacionales. La Suprema Corte se constituyó para conocer de asuntos civiles del propio Estado nacional, sobre temas en los que estén involucrados agentes diplomáticos extranjeros, así mismo, sobre apelaciones de normas locales contrarias a la Constitución federal.

Marbury vs. Madison, sentencia del JUEZ MARSHALL quien de paso no tenía formación de abogado –según lo comenta también GARGARELLA– sino que fue un militar que participó en las reuniones de convalidación de la Constitución, entre los aspectos más importantes planteó que: “... hay sólo dos alternativas –demasiado claras para ser discutidas–: o la Constitución, controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria...”²⁰.

Hasta aquí, como se ha planteado, cabe apreciar sin duda alguna, que el control de constitucionalidad surge de la necesidad que tuvieron los americanos de encontrar un mecanismo que de alguna manera soporte en la aplicación diaria y práctica la superioridad constitucional, cambiando las costumbres que sobre la égida de la democracia permitía a las asambleas de los pequeños pueblos y después de los propios condados, encontrar en el aparato judicial el control a las decisiones que tomaban. Fueron muchos los obstáculos que hubo que

18 Ver el texto completo de la sentencia en [<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>].

19 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit.

20 MARSHALL citado por GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit., p. 63.

sortear hasta que finalmente en *Marbury vs. Madison* se afincó la revisión judicial de los actos del legislador, permitiendo entonces que los jueces interpreten la ley con apego a los parámetros constitucionales.

Sin embargo, hasta nuestros días pervive el cuestionamiento según el cual no se acepta con tanta facilidad desde el punto de vista político y bajo argumentos estrictamente democráticos –principio mayoritario–, que el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*) se ampare legítimo en sí mismo.

Por todo lo anterior, tanto bajo la ciencia política como bajo la teoría constitucional ha surgido la discusión sobre la dificultad contramayoritaria, la cual procederemos a exponer en el siguiente apartado.

III. LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

A partir de los textos constitucionales actuales, se entiende que el control de constitucionalidad de las leyes en cabeza de los jueces, es una atribución otorgada bajo procesos constituyentes a uno de los poderes estatales. Su origen como tal proviene de la historia de Estados Unidos de América y se “ha difundido prodigiosamente en las últimas tres décadas”²¹.

Pero al lado de la institución como tal, de su historia, evolución, formas y autoridades que la ejercen, se plantea la cuestión de cómo se debe entender la legitimidad de tal control en cabeza de los jueces, a partir de que no son electos y en tanto la autoridad legislativa sí deriva su elección del pueblo directamente, adquiriendo por esa razón legitimidad democrática.

De nuevo GARGARELLA²² se refiere no solo al origen histórico de la institución, sino también plantea la cuestión de la legitimidad de los jueces frente al control de las leyes, pasando por las posiciones más radicales como las soluciones intermedias y las críticas a las mismas.

21 SEBASTIÁN LINARES LEJARRAGA. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

22 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit.

La crítica planteada desde ALEXANDER HAMILTON en *El Federalista* y la defensa que hizo bajo una postura conservadora, la que tiempo después fue ratificada en el fallo *Marbury vs. Madison* por el juez MARSHALL, puso de manifiesto que la revisión judicial de la ley, ya sea en el sistema americano o en el europeo, ha de estar fiado como competencia judicial.

En ese sentido, en especial desde la filosofía política norteamericana, los tribunales resultan particularmente efectivos para corregir los extravíos de la democracia, como lo explica SARMIENTO ERAZO citando a HAMILTON:

HAMILTON explicará la funcionalidad constitucional del poder judicial, salvando cualquier intención de entender como superior el poder judicial de cualquier otro, sosteniendo que la revisión 'sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos [Judicial y Legislativo] y que donde la voluntad de la legislatura declarada en las leyes, entra en contradicción con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán conformarse a la última de las preferencias y no a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las leyes fundamentales y no por las que no tienen ese carácter fundamental'²³.

En este punto, la posición de WALDRON²⁴ es que los desacuerdos no hacen perder la fe en los derechos. Además dice que el primer derecho, el de la participación, nos ayuda a determinar colectivamente qué derechos tenemos cuando estamos en desacuerdo.

Por eso afirma LINARES LEJARRAGA estudiando a WALDRON:

Llevado al plano institucional, esto significa que el criterio último de legitimidad debe residir en el procedimiento que honra de mejor modo posible el derecho de participación en pie de igualdad. Ese procedimiento es *la regla de la mayoría* expresada en las elecciones y el procedimiento legislativo. La regla de la mayoría no solo es una solución pragmática a las circunstancias de la política. Es la única que impide que una minoría obstaculice la reforma del *statu quo*. Es decir, es la única que, vistos los desacuerdos, es neutral al cambio o a la conservación del estado de cosas²⁵.

23 "La restricción al derecho de indemnización del daño antijurídico, entre la legitimidad legislativa y el control judicial de la administración", cit.

24 Citado por LINARES LEJARRAGA. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit.

25 *Ibíd.*, p. 32.

En este punto, entonces, el procedimentalismo radical, amparado en el derecho de participación, como el sustantivismo radical, al amparo de la decisión política justa –corrección sustantiva de la decisión– según la tesis de LINARES LEJARRAGA, sucumben frente a frente ya que para la primera solo prima el procedimiento y a la segunda no le importa quién y cómo se toma la decisión, lo relevante es que las decisiones políticas se respalden con criterios determinados de justicia.

Para LINARES LEJARRAGA ni el procedimentalismo radical ni el sustantivismo radical se sostienen como criterios exclusivos de legitimidad política. En el mismo sentido:

Cualquier concepción plausible de la legitimidad ha de ser, pues, necesariamente mixta. Esta idea expresa de algún modo lo que [JÜRGEN] HABERMAS ha denominado la ‘tesis de la co-originalidad’. Es decir, sostener que ambas clases de consideraciones –las sustantivas y las procedimentales– son co-originales, es aceptar que ambas se presuponen mutuamente, que se entrecruzan, que ambas son en algún sentido irrenunciables²⁶.

IV. LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL

Tal y como se ha señalado hasta este momento, la teoría de la representación sigue siendo un criterio de legitimación de los poderes judicial y legislativo, y es que a decir verdad, el poder judicial carece del elemento de la representación, tal como lo expresa MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN frente a la carencia de dicho elemento:

Ciertamente, es a través del Poder Judicial como la sociedad da cumplimiento a la justicia, pero el Poder Judicial en sí mismo tampoco adquiere en esta funcionalidad su justificación²⁷.

26 *Ibíd.*, p. 35.

27 “Llama SOPER a los tribunales órganos de justificación del derecho, en cuanto instituciones cuya función primaria es asumir esta responsabilidad de justificar la forma en que se imponen las sanciones y se resuelven los litigios. PHILIP SOPER. *Una teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 174”. MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.

Es así como los tribunales asocian el derecho y la obligación, con el concepto de justicia, pues, el primero se justifica bajo la premisa del interés superior, que lo convierte en factor de legitimación al ser la ley redactada por el legislador quien ostenta legitimidad representativa, situación difícil de conciliar en el entendido que dicha legitimidad gira en torno al sometimiento del juez a la ley.

La legitimidad de los jueces en un sistema democrático debe observarse desde la perspectiva del control del poder, pues un sistema democrático debe estar compuesto no solo por instituciones representativas, sino también de control, de tal modo que el Poder Judicial en sede de constitucionalidad garantiza el pluralismo frente a las mayorías representativas.

En esa perspectiva, el proceso dialógico de los jueces con los demás poderes públicos en una democracia cobra suma importancia, porque significa un poder contramayoritario, tal como lo explica SARMIENTO ERAZO:

Una primera aproximación al tema desde la doctrina española, aparece cuando se postula la “contradicción contramayoritaria”, propuesta que reprocha toda decisión del juez más allá de la norma legislada, pues al intervenir en el conocimiento de constitucionalidad de una norma, “tuerce la voluntad de los representantes del pueblo”, de modo que ejerce el control no en nombre de la mayoría, sino en su contra. La réplica propuesta en este punto consistirá en presentar al control judicial como el mecanismo adecuado para la protección de libertades civiles y derechos fundamentales, manteniendo a los ciudadanos a salvo de toda intervención del poder apartada de los límites constitucionales, con el objetivo de defender la supremacía de la Constitución²⁸.

De esa manera, el poder judicial se estructura en la democracia como un instrumento crucial para enriquecer las deliberaciones públicas respecto a los derechos, como lo sugiere GARGARELLA.

En similar sentido, BALAGUER CALLEJÓN señala que “la legitimidad democrática no es ya sólo la del sometimiento a la ley, sino también el sometimiento a la Constitución”²⁹, bajo esta teoría, el juez

28 SARMIENTO ERAZO. “La restricción al derecho de indemnización del daño antijurídico, entre la legitimidad legislativa y el control judicial de la administración”, cit.

29 BALAGUER CALLEJÓN. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, cit., p. 53.

puede entonces dejar de inaplicar una ley, por ser está contraria a la Constitución o menos beneficiosa, es entonces como el control jurisdiccional se acerca más al modelo estadounidense.

Frente a la importancia de motivar las resoluciones judiciales en el citado texto se dice que en el Estado constitucional adquiere especial importancia en la legitimación del poder judicial la motivación de las resoluciones judiciales³⁰. De ahí que todas las providencias deban ser perfectamente argumentadas y más aún, cuando el juez decide dejar de aplicar una ley en aras de garantizar derechos transgredidos, cuando la norma es contraria a la Constitución.

Este preciso tópico, hace sacudir de manera incesante los más fuertes cimientos de la teoría de la democracia representativa, pues resulta desde el punto de vista del origen del poder muy difícil de entender que una autoridad que no deriva su elección directamente del pueblo, pueda invalidar una ley que fue expedida por el representante de la ciudadanía. En este punto, también es importante estudiar o al menos presentar de modo coherente, que el juez debe interpretar de la mejor manera el ordenamiento jurídico para no sacrificar la dificultad de legitimarse en un sistema que pregona la autenticidad democrática del legislador.

Por ello, considerando que desde una perspectiva de la sociología jurídica el derecho se convierte en últimas en las decisiones políticas que se toman, es relevante la introducción del concepto de la democracia deliberativa, entendiendo a la misma como aquella que no excluye la revisión judicial como posible arreglo institucional, sino que

30 Esta exigencia de motivaciones es un requisito que satisface la necesidad de tutela judicial, permitiendo al justiciable conocer las razones por las que se decide acerca de su derecho. Pero no solo se conceden derechos a través de las sentencias, sino que con mucha frecuencia las resoluciones judiciales a través de autos pueden traducir derechos, bien derivados de las sentencias, bien inadmitiendo demandas acerca de esos derechos. De ahí la exigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1.º de julio, *Boletín Oficial del Estado -BOE-*, n.º 157, de 2 de julio de 1985, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>]), de extender la motivación a los autos. El numeral 2 artículo 248 de esta ley establece la obligación de los jueces de motivar los autos así: “Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por ultimo, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten”.

pretende armonizar la voluntad legislativa y del juez constitucional en una misma estructura estatal que implica la aceptación de un orden de valores a proteger que están pactados en la Constitución, en cuanto fuente primaria de toda decisión de cualquier poder público, como lo afirma SARMIENTO ERAZO³¹.

V. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO PARA ADECUAR LA CONSTITUCIÓN A LA REALIDAD SOCIAL

El profesor RICARDO GUASTINI³² expone acerca de la interpretación del sistema jurídico y en especial sobre la interpretación constitucional que se radica en los tribunales y jueces.

GUASTINI, cuando habla del vocablo constitución, pone de manifiesto las normas que organizan el poder público y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, esto es lo que se llama Constitución en sentido material.

Además, este tipo de Constitución puede ser consuetudinaria, como el caso del Reino Unido, escrita tal como ocurre en casi la totalidad de los Estados contemporáneos. Junto a las Constituciones escritas como a las normas materialmente constitucionales, se presentan principios que determinan el contenido de la legislación futura.

La Constitución escrita es a su vez una Constitución formal. Por su lado, la interpretación de una Constitución escrita es notoriamente diferente a la interpretación de una constitución consuetudinaria. Por ello debe afirmarse que la interpretación de una Constitución consuetudinaria no atiende a una interpretación o análisis legislativo de un texto, sino al análisis sociológico de un comportamiento.

La pregunta según GUASTINI³³ es quiénes son los intérpretes de la Constitución. En ese sentido y desde un punto de vista kelseniano,

31 SARMIENTO ERAZO. "La restricción al derecho de indemnización del daño antijurídico, entre la legitimidad legislativa y el contro judicial de la administración", cit.

32 RICARDO GUASTINI. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM- y Editorial Trotta, 2008.

33 Ídem.

como intérpretes auténticos o privilegiados encontramos a los órganos competentes para aplicar cualquier texto normativo. De las leyes y reglamentos lo serán la administración y, en último análisis, por los jueces (civiles, penales, administrativos, etc.), pero en particular los jueces de última instancia.

En cuanto a la interpretación de la Constitución, depende ella de diferentes variables, tales como: i. La estructura de la Constitución; ii. La garantía jurisdiccional de Constitución; y iii. La concepción que se tenga de Constitución.

Hay Constituciones que se limitan a determinar la forma del Estado pero hay otras que contienen normas sustanciales. No es posible aplicar jurisdiccionalmente Constituciones que solo tienen normas organizativas, que son llamadas Constituciones “breves”. Sólo una Constitución larga, que contenga normas sustanciales, puede ser aplicada por los jueces en ciertas circunstancias.

La garantía jurisdiccional de la Constitución permite ejercer el control según sea ésta flexible o rígida y las Constituciones –necesariamente rígidas– que prevén propiamente el control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional. Así mismo, el control jurisdiccional de la legitimidad de la ley permite afirmar que según sea el control difuso o concentrado, les autoriza a todos los jueces o al tribunal constitucional, según sea el caso, interpretar con autenticidad la Constitución. Existen casos en que el órgano legislativo interpreta la Constitución cuando expide la ley, sin embargo esa es una interpretación política.

En otros casos, como sucede en Estados Unidos, bajo el control difuso, el principio de *common law*, del precedente vinculante (*stare decisis*), la Corte Suprema dispone del mismo poder que un tribunal constitucional.

Por ejemplo, aunque una de sus decisiones produce efectos *inter partes*, es al mismo tiempo vinculante para los jueces inferiores que estarán por ello obligados a considerar inconstitucional la ley declarada así por la Corte Suprema.

La interpretación constitucional permite aplicar de manera correcta el sentido de la norma superior sea cual fuere el régimen de control al que nos enfrentemos. Respecto del caso de tribunales constitucionales, como en el sistema europeo, este control permite vigilar

la validez de la ley, produciendo efectos *erga omnes*, a diferencia del sistema norteamericano en el cual el control muestra la incompatibilidad de la ley frente a la Constitución en un caso concreto, con la explicación adicional que los jueces inferiores tienen la obligación de aplicar la interpretación surgida en la Suprema Corte frente a casos similares. El sistema norteamericano se muestra como un mecanismo de control más moderado frente a las competencias democráticas del Congreso.

LINARES LEJARRAGA³⁴ expone aquellas teorías que considera soportan el debate al respecto: el originalismo, el textualismo, el minimalismo judicial, la teoría del refuerzo a la representación y la teoría deliberativa de la democracia, sostenida por los profesores argentinos CARLOS NINO y GARGARELLA.

Su trabajo en este punto no solo se refiere a describir cada una de las teorías mencionadas, sino a soportar el enfrentamiento y la contradicción que llega a surgir entre ellas. Da clara muestra de su inclinación frente a la teoría de la legitimación democrática deliberativa en punto de la justicia constitucional, aunque expone que los argumentos de esa teoría no son suficientes para “soslayar una realidad innegable: la adjudicación judicial también está atravesada por el desacuerdo”³⁵.

Concluye que “el originalismo [...] exhorta a que los jueces indaguen en las intenciones de los constituyentes y legisladores para despejar las dudas interpretativas que suscita la Constitución”³⁶. A su vez, respecto del textualismo indica que “los jueces sólo serán respetuosos de las credenciales democráticas del Congreso si toman como único parámetro del juicio de constitucionalidad el significado convencional del texto jurídico”³⁷. En seguida, se refiere a la lectura moral, según la cual “el juez constitucional debe intentar forjar una práctica jurídica coherente, apelando a la argumentación filosófica y moral”³⁸.

34 En el capítulo III “Los méritos democráticos de las decisiones judiciales”, LINARES LEJARRAGA. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit.

35 *Ibíd.*, p. 144.

36 *Ibíd.*, p. 143.

37 *Ídem.*

38 *Ídem.*

Según el minimalismo judicial el respaldo democrático de la decisión judicial se planea en “el uso del razonamiento analógico y desacredita el recurso a la grandes teorías abstractas”³⁹. Después, concluye en el pensamiento de ELY, “el juez constitucional, si quiere ser respetuoso de las credenciales democráticas del Congreso, debe convertirse en guardián de la los procedimientos y el defensor de las minorías”⁴⁰.

Cuando finalmente recapitula frente a NINO y GARGARELLA “autores que respaldan una teoría de la adjudicación constitucional basada en el ideal democrático-deliberativo”⁴¹, tal teoría persigue principalmente

por un lado, velar por las condiciones que hacen del procedimiento democrático un proceso con valor epistémico y, por el otro, vetar cualquier ley basada en razones perfeccionistas, esto es, cualquier ley cuya motivación principal consista en imponer un determinado plan de vida privado⁴².

Como se aprecia, la legitimidad democrática del control judicial de la ley, puede ser apreciada desde la óptica de la forma en que se interprete el ordenamiento, pues en palabras de este autor argentino la argumentación e interpretación constitucional, permite desde la óptica propia de cada una de las teorías referidas respaldar la invalidación de la ley con credenciales democráticas, en su gusto, unas que se avienen de mejor manera a la ciudadanía, como aquella que se plantea bajo la óptica deliberativa, la cual permite no solo entablar un diálogo frente a la ciudadanía mediante los medios de comunicación, sino también uno interorgánico que haría posible reforzar aún más la legitimación democrática de la invalidación judicial de la ley.

VI. APORTES DESDE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA AL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN

El problema de la interpretación jurídica adquiere relevancia, si se comprende que, como lo enseña la sociología jurídica “la sociedad

39 Ídem.

40 Ídem.

41 Ídem.

42 Ídem.

se encuentra conformada por subsistemas que de manera armónica cumplen funciones orientadas a preservar la estabilidad del sistema social⁴³ y que uno de esos sistemas, es el sistema judicial.

Como lo explica GERMÁN SILVA GARCÍA,

la naturaleza de la estructura organizativa de la administración de justicia es un aspecto macrosocial. Y si conforme a dicha estructura orgánica los jueces carecen de independencia interna o ella se encuentra amenazada, esto repercutirá sobre las prácticas de los operadores judiciales...⁴⁴.

La interpretación constitucional, tiene la bondad de permitir que el juez de constitucionalidad, de alguna forma, no invalide a raja tabla la ley cuando no se aviene al sentido estricto de la norma suprema. Ello potencializa de alguna forma el diálogo interorgánico entre el tribunal constitucional y el Parlamento, pues, permite que perviva en el ordenamiento jurídico la norma que resulta incompatible, sin ser castigada bajo la drasticidad de ser invalidada.

Ahora bien, la interpretación constitucional está definida en muchos sentidos por “los atributos de los operadores, que realizan tareas hipotéticas, de manufactura o simbólicas con el derecho, cuyo objeto principal son las normas jurídicas como instrumento de intervención política sobre los conflictos sociales”⁴⁵.

Es por ello que no puede pasarse por alto que en ese ejercicio de interpretación constitucional hay muchos factores sociales que inciden en las decisiones de los operadores jurídicos, aspecto que es estudiado desde la sociología jurídica y que resulta relevante para entender cómo la realidad incide en las decisiones jurídicas, en especial porque “los operadores jurídicos desarrollan su actividad en un medio cultural o visión del mundo que ya está definido de antemano”⁴⁶.

43 GERMÁN SILVA GARCÍA. “Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y administración de justicia”, en *Prolegómenos-Derechos y Valores*, vol. XII, n.º 23, enero-junio de 2009, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2496/2181>].

44 Ídem.

45 Ibíd.

46 ÓSCAR CORREAS. “La sociología jurídica: un ensayo de definición”, en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.º 12, 1993, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view-File/3076/2876>].

En este punto debe precisarse que si bien la sociología del derecho es vista como una ciencia que se ocupa en las causas y los efectos del discurso del derecho, no se preocupa en sí misma de la interpretación de las normas. No obstante, como lo plantea CORREAS,

es a través de la jurisprudencia que la sociología jurídica puede comprender la descripción de las normas validas que son aquellas cuyas causas y efectos busca el trabajo sociológico⁴⁷.

En ese panorama, la sociología jurídica tiene mucho que aportar, puesto que “el objeto propio de esta ciencia está constituido por los fenómenos relacionados causalmente con el derecho”⁴⁸. Por ello, si aceptamos la tesis de que “el derecho está construido por un conjunto de discursos prescriptivos dirigidos a determinar la conducta de los ciudadanos”⁴⁹ y que “las relaciones sociales deben ser vistas como la referencia del discurso jurídico”⁵⁰, entonces, se puede concluir que es fundamental comprender las relaciones sociales para explicar e interpretar el contenido de las normas jurídicas y a su vez, la eficacia del discurso jurídico en las relaciones sociales.

En suma, debe ponerse en consideración que en el ejercicio de la interpretación constitucional en la perspectiva del diálogo del poder judicial con los otros poderes públicos, el campo de la sociología jurídica aporta importantes elementos para la comprensión del fenómeno del derecho y su relación con los fenómenos sociales, en tanto, como lo señala JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ,

la sociología jurídica es una disciplina social que ha dado importantes aportes frente al papel del derecho en el comportamiento social, [fundamentalmente porque a partir de] la década de 1960-1970, la teoría de proveniente de la ciencia social crítica, cuestionó la idea de un derecho ligado al dogmatismo jurídico y abrió el camino para comprender el derecho como resultado de las relaciones sociales y de poder⁵¹.

47 Ídem.

48 Ídem.

49 Ídem.

50 Ídem.

51 JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ. “La sociología jurídica y el derecho”, *Prologómenos-Derechos y Valores*, vol. XIV, n.º 27, julio-diciembre de 2011, disponible en [<http://www.redalyc.org/pdf/876/87619038008.pdf>].

VII. COMENTARIO FINAL

En el artículo se presentó de manera general el control judicial de constitucionalidad de las leyes, haciendo referencia al surgimiento histórico, de tal manera que muestra cómo en Estados Unidos se dio la necesidad de plantear una forma de control para impedir que en su naciente nación se presentaran excesos por parte del Congreso, lo cual atiende a que en una democracia el sistema de controles legítimos democráticamente al juez, aunado al deber de motivar las decisiones judiciales, para que finalmente mediante diferentes teorías se explique que el juez obtiene legitimación democrática cuando se muestra frente al ciudadano como lo explica la teoría deliberativa de la democracia, interpretando correctamente la Constitución frente a la realidad social y permitiendo un diálogo de los jueces a través, por ejemplo, de los medios de comunicación e incluso un diálogo interorgánico del tribunal constitucional con el Congreso.

BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- CARVAJAL MARTÍNEZ, JORGE ENRIQUE. “La sociología jurídica y el derecho”, *Prologómenos-Derechos y Valores*, vol. XIV, n.º 27, julio-diciembre de 2011, disponible en [<http://www.redalyc.org/pdf/876/87619038008.pdf>].
- CORREAS, ÓSCAR. “La sociología jurídica: un ensayo de definición”, en *Crítica Jurídica*. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, n.º 12, 1993, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/viewFile/3076/2876>].
- FERRÁS MORENO, ÁNGEL DOMINGO. *La bicentenario Constitución norteamericana. Reflexiones breves*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1990.
- GARGARELLA, ROBERTO. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional –CEDEC–, 2012, disponible en [https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf].
- GUASTINI, RICARDO. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM– y Editorial Trotta, 2008.

Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1.º de julio, *Boletín Oficial del Estado -BOE-*, n.º 157, de 2 de julio de 1985, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>].

LINARES LEJARRAGA, SEBASTIÁN. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

Caso *Marbury vs. Madison*, 1803, disponible en [<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>].

SARMIENTO ERAZO, JUAN PABLO. "La restricción al derecho de indemnización del daño anti-jurídico, entre la legitimidad legislativa y el control judicial de la administración", *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*, vol. XII, n.º 23, enero-junio de 2009, disponible en [<http://www.redalyc.org/pdf/876/87617260011.pdf>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN. "Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y administración de justicia", en *Prolegómenos-Derechos y Valores*, vol. XII, n.º 23, enero-junio de 2009, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2496/2181>].

UNDERWOOD FAULKNER, HAROLD; TYLER KEPNER y HALL BARLETT. *Vida del pueblo norteamericano*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1941.

WALDRON, JEREMY. *Derecho y desacuerdos*, JOSÉ LUIS MARTÍ y ÁGUEDA QUIROGA (trads.) Madrid, Marcial Pons, 2005.

