

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

M.Sc. JUAN LUIS POLANCO SANTIZO

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2023

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el maestro

JUAN LUIS POLANCO SANTIZO

Tutor

DR. ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

DOCTOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Guatemala, octubre de 2023

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:		Vacante
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	MSc.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dra.	Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE:	Dr.	Saúl González Cabrera
VOCAL:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
SECRETARIO:	MSc.	Aníbal González Dubón

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de ciencias jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 05 de julio del año 2023.

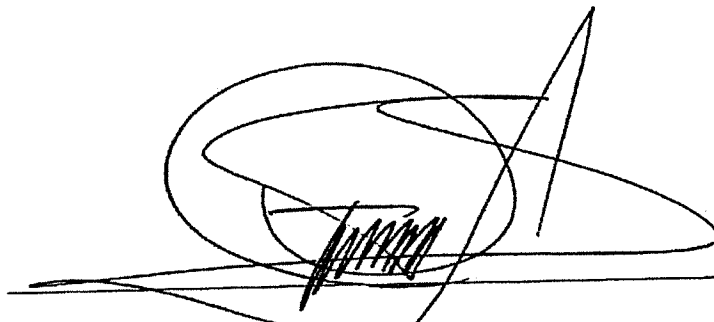
Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución **RES. D.E.E.P. D. E. D. C. 100-2022** de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, de fecha uno de agosto de dos mil veintidós, se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional del Maestro Juan Luis Polanco Santizo**, titulada ***“LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA”***. Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional del **Maestro Juan Luis Polanco Santizo** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'A' and 'G' that are intertwined. The signature is written over a horizontal line.

Doctor Anibal González Dubón

Guatemala, 6 de octubre de 2023

Doctor:
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha veintisiete de septiembre de dos mil veintitrés, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que el maestro: **JUAN LUIS POLANCO SANTIZO**, del programa de **Doctorado en Derecho Constitucional**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica; se presentan varios neologismos propios de la naturaleza del tema investigado y su vínculo con las teorías constitucionalistas, para cubrir las exigencias de la técnica jurídica, los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrados. De esta forma, el sustentante, ha referido con el modelo latino de citas y notas a pie de página, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

La metodología, técnicas y doctrinas que el estudiante y su parte tutora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron los enunciados del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Dr. William E. López Morataya
Cel. 6144



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 30 de octubre del año dos mil veintitrés.-----

En vista de que MSc. Juan Luis Polanco Santizo, aprobó el examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 77-2023 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA.** Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAR A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A DIOS:

Por permanecer y habitar siempre en mi corazón, por acompañarme en cada instante de mi vida, por ser la Luz que ilumina mis sentidos, por ser mi protector, la estrella permanente que erigió mi destino.

A MI ESPOSA:

Cándida Mercedes Morales Santos, por ser mi compañera de vida y mi complemento, por ser la persona que me dio ánimo y aliento para culminar mis estudios, pero sobre todo por ser el amor de mi vida y la otra mitad de mi alma.

A MI HIJO:

Luis Gabriel Polanco Morales, por ser el tesoro más bello que tengo en mi vida, por ser mi orgullo, mi felicidad, la razón de mi existir, y sobre todo por ser la verdadera fuente de mi inspiración que emana directamente de mi corazón.

A MI PADRE:

Luis Rodolfo Polanco Gil, por ser el verdadero artífice junto a mi madre de este triunfo, por confiar en mí en todo instante, por ser mi ángel guardián, la voz constante que orientó mi objetivo, la consciencia permanente que habita cada instante en mi mente. Gracias por tus conocimientos, enseñanzas y tu ejemplo.

A MI MADRE:

Blanca Luz Santizo Molina, por ser la mujer más bella, hermosa y maravillosa de este mundo, por llenarme de amor en cada instante y momento de mi vida, por ser la voz de ternura que llega directamente a mi corazón. Por orientarme con tus enseñanzas y filosofía de vida, por ser el respaldo en el que siempre encuentro descanso, paz y amor.

A MIS HERMANAS:

Gabriella Stephanie Malloy Santizo y Marcia Rocio Polanco Santizo, por ser mis ejemplos de esfuerzo, valor y lucha que tuve desde pequeño. Pero, sobre todo, les agradezco, por darle color, contenido y mucha felicidad a mi vida desde mi infancia.

A MIS SOBRINOS:

Por ser la nueva generación de mi familia junto a mi hijo, por ser un verdadero símbolo de inocencia, felicidad, amor y paz.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Por todo su cariño.

A MIS DOCENTES Y ASESOR:

Por transmitir sus conocimientos y sabiduría, con esmero y dedicación.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser la cuna del conocimiento para mí y para mis padres; institución noble y leal a la que le debo parte de mi formación y manutención. En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y

Sociales, por brindarme los años más felices de vida en sus aulas.

AL MINISTERIO PÚBLICO:

Por ser la institución que me ha brindado trabajo, con el cual he podido realizar este sueño.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
 CAPÍTULO I	
1. Génesis doctrinal del principio de separación de poderes	1
1.1. La teoría de John Locke	1
1.2. Los límites al poder político y la separación de poderes	5
 CAPÍTULO II	
2. La evolución teórica de la idea de separación a la idea de coordinación de poderes	25
2.1. La teoría de Montesquieu sobre la separación de poderes	25
2.2. La separación orgánica y la separación social en la teoría de Montesquieu	36
 CAPÍTULO III	
3. El control de la constitucionalidad de las leyes y el Poder Judicial	49
3.1. La Constitución como norma	49
3.2. Génesis y desarrollo del control de constitucionalidad de las leyes	50
3.3. El modelo estadounidense de control de constitucionalidad de las leyes	53
3.3.1. El modelo difuso de control	55
3.3.2. Objeto del modelo difuso de control	58
3.4. El modelo europeo de control	59
3.4.1. El modelo de control del siglo XIX en Europa	59
3.4.2. El modelo control en el siglo XX en Europa y la génesis de los tribunales constitucionales	62
3.5. El modelo de control propuesto por Hans Kelsen	63
3.6. El actual modelo europeo de control	67
3.7. El modelo iberoamericano de control	69
3.8. Génesis del modelo iberoamericano de control	70
3.9. Particularidades del modelo iberoamericano de control	71



Pág.

CAPÍTULO IV

4. Democracia y control de constitucionalidad de las leyes	73
4.1. El sistema de la democracia constitucional	73
4.1.1. La seguridad jurídica	80
4.1.2. El derecho de acceso a la justicia	85
4.1.3. La exigencia de imparcialidad	89
4.1.4. La exigencia de independencia judicial	90
4.1.5. El sistema de frenos y contrapesos	93
4.1.6. La exigencia de racionalidad	94
4.1.7. Las cortes de superior jerarquía y la legitimidad de la función judicial	96
4.2. La visión constitucional sobre la interpretación judicial de las leyes	103
4.2.1. Los problemas interpretativos en la función judicial	103
4.2.2. Hermenéutica normativa y su judicialización	108
4.2.3. La jurisprudencia constitucional y la garantía de los derechos fundamentales	129

CAPÍTULO V

5. La separación de poderes y el valor de la Constitución como obstáculos a la politización de la justicia y a la judicialización de la política	139
5.1. La separación de poderes como garantía de la república	139
5.2. El valor de la Constitución como sometimiento al imperio de la ley	146
CONCLUSIÓN	153
BIBLIOGRAFÍA	157



INTRODUCCIÓN

Como afirmación inicial de este exordio, se tiene que, en las democracias contemporáneas, se ha observado frecuentemente el problema de la invasión de poderes, que puede resumirse como la *politización de la justicia y la judicialización de la política*.

Este fenómeno se atribuye a la influencia que muchas decisiones políticas tienen en las decisiones judiciales y, a la inversa, a la influencia que muchas decisiones judiciales tienen en las decisiones políticas. La invasión de poderes, es un problema frecuente en aquellas democracias insipientes como las latinoamericanas, insertas en sociedades todavía tribales, desordenadas y con escasa valoración de la Constitución y de sus ordenamientos jurídicos.

Las barreras a las incidencias que provocan la invasión de los poderes constituidos, las constituyen algunas consideraciones valorativas de las instituciones constitucionales, que no han logrado asentarse en la actuación de los órganos de poder. Instituciones como la separación de poderes, la sujeción de los funcionarios públicos a la ley, el respeto al principio democrático, el respeto al principio de la alternabilidad del poder, han sido de difícil aceptación, especialmente en los Estados latinoamericanos, lo que



provoca consecuencias funestas, no solo a las democracias en sí mismas, sino a la función judicial como garante de la justicia.

Uno de los principios esenciales para evitar la invasión de poderes es el principio de la separación de poderes, mismo que constituye un aspecto fundamental de la Constitución. Este principio nació en el siglo XVII, alcanzó su formulación más conocida en el siglo XVIII, y tanto se unió al acervo constitucional liberal que vino a quedar indisolublemente unido a la idea misma de Constitución. Así, la Declaración Francesa de los Derechos de 1789, consagra en su Artículo 16 lo siguiente: “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, y la separación de poderes determinada, carece de Constitución”.

La primera Constitución escrita y rígida de la historia, el *instrument of government* cromwelliano de 1653, ya incorporó el mecanismo de separación de poderes, aunque solo dos, Ejecutivo y Legislativo. También lo hicieron así las Constituciones coloniales británicas en Norteamérica y la estadounidense de 1787, con los tres poderes.

La Revolución Francesa, fecunda en retórica, la elevó a la categoría de dogma constitucional y la difundió por todo el siglo XIX. Los siglos han pasado, las circunstancias han cambiado, pero las novísimas constituciones del siglo XXI siguen fieles a ese principio.



Ningún político osaría atacar la separación de poderes en público, aunque la ignore o vulnere a diario en privado. Sin embargo, como decía Loewenstein hace ya más de medio siglo, la separación de poderes, tan firmemente arraigada en el corazón del constitucionalismo clásico, está completamente sobrepasada por la actual dinámica política.

Pero la separación de poderes sigue siendo imprescindible. Con una y otra formulación, siempre será necesario algún mecanismo para impedir la concentración del poder. Cuando mayor sea el poder, y más tareas ejerza, y mayor el territorio sobre el que gobierna, más necesidad se tendrá de dividirlo y de tenerlo. Lo que está en crisis no es la idea de la división de poderes ni su necesidad, sino, su formulación tradicional y su ejecución práctica.

En sentido técnico, la separación de poderes es un mecanismo constitucional destinado a impedir la concentración del poder y la libertad de los ciudadanos. Esta institución opera atribuyendo las tres principales funciones políticas a otros tantos titulares distintos, que han de permanecer separados y fiscalizarse mutuamente de modo que *el poder frene al poder* como decía Montesquieu.

Entendida en sentido estricto, la división de poderes sería una expresión impropia que designaría algo imposible de realizar, pues el poder no es divisible, como ya señalaron



Bodino y Hobbes a propósito de la soberanía. Pero Locke, padre de esta teoría, no pretendió dividir el poder en sentido literal e imposible. No es el poder, sino las funciones, las que han de resultar separadas y atribuidas a diferentes órganos, ese es el principio fundamental a obedecer para evitar precisamente la politización de la justicia y la judicialización de la política.

Así, la teoría de la separación de poderes resulta compatible con la unidad de poder de una comunidad política, aunque ninguno de sus órganos, considerado aisladamente, disponga de todo ese poder. La expresión *separación de poderes*, en vez de *división de poderes*, es más corriente entre los anglosajones y también es algo más modesta y realista.

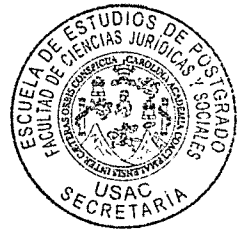
El poder puro y desnudo es una realidad cruda que consiste en la probabilidad de imponer a otros la propia voluntad, cualquiera que sea la resistencia que se oponga y cualquiera que sea el fundamento de dicha resistencia, como expresaba Max Webber. Por tanto, el puro poder (en el sentido de Macht, palabra alemana que alude al poder como *fuerza*) convive mal con frenos, decisiones y límites. Un poder que no sea un simple acto de fuerza, sino que esté reconocido y configurado como un conjunto ordenado de potestades y funciones, presupone ya un mínimo de normas y límites, aunque no se excluya toda posibilidad de que en alguna ocasión salte los límites y despliegue toda su fuerza.



De los dos componentes del constitucionalismo -la democracia y el liberalismo-, la separación de poderes pertenece al segundo, pues la democracia no necesariamente es incompatible con la acumulación del poder, siempre que sea con el consentimiento del pueblo.

El problema investigado en esta tesis se formuló de la manera siguiente: ¿la politización de la justicia y la judicialización de la política son fenómenos negativos o positivos para la consolidación del Estado constitucional de derecho?; ¿la politización de la justicia es una situación negativa para la independencia judicial?

La hipótesis se planteó de la siguiente forma: «la politización de la justicia y la judicialización de la política son fenómenos negativos para la consolidación del Estado constitucional de derecho, toda vez que en la interpretación constitucional de las leyes debe observarse el respeto a los derechos humanos y derechos fundamentales del hombre a la luz de la Constitución, y como consecuencia cualquier injerencia en las decisiones judiciales que no sea la irrestricta observancia de los derechos constitucionales de los ciudadanos, deviene espuria y constituye un atentado contra el Estado constitucional de derecho, por lo que la elección de magistrados por un órgano eminentemente político como el Congreso de la República, compromete la observancia irrestricta de la ley y sobre todo la interpretación constitucional en pro del derecho y la justicia. Por ello, la politización de la justicia es una situación negativa que compromete la independencia judicial, derivado de la rigidez constitucional en cuanto al tiempo de



permanencia de los jueces y magistrados en los cargos para los que fueron electos y nombrados, situación que hace imposible la observancia de la Constitución y el deber de ingratitud al órgano político que los designó, derivado del ámbito temporal de permanencia en los cargos y la necesidad de exigir su continuidad».

El presente informe de investigación consta de cinco capítulos. En el capítulo uno, se trató el tema de la génesis doctrinaria del principio de separación de poderes; en el capítulo dos, se desarrolló el tópico del tránsito de este principio a la idea de coordinación de poderes; en el capítulo tres, se desarrolló el tema del control de constitucionalidad de las leyes y los sistemas de control; en el capítulo cuatro, se abordó el tópico de la democracia y el control de constitucionalidad; y, en el capítulo cinco, se analizaron los obstáculos constitucionales a la politización de la justicia y a la judicialización de la política. Por último, se arriba a una conclusión que pudiera verificar la verosimilitud de la hipótesis formulada en el diseño de investigación.



CAPÍTULO I

1. Génesis doctrinal del principio de separación de poderes

1.1. La teoría de John Locke

La aportación de John Locke en relación con la problemática del control y la limitación del poder del Estado, es mucho más significativa de lo que a primera vista pudiera parecer, tras una lectura aislada de su obra teórica fundamental: *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, en la cual el filósofo de Wrington aborda sistemática, por más que muy sintéticamente, la cuestión de la división de poderes.

Ello resulta, por lo demás, perfectamente coherente con la propia significación de la personalidad de John Locke en el contexto histórico de la Inglaterra de su tiempo (1632-1704) y con la importancia de su teoría política, que lo convierten indiscutiblemente en el filósofo político *por excelencia* de la Revolución inglesa de 1688. "Locke fue el filósofo de la Revolución: sus teorías definieron los contornos esenciales de la doctrina liberal por cerca de dos centurias".¹

¹ Laski, Harold J. *El liberalismo europeo*. Pág. 91.



Ciertamente, la aportación lockiana coincidirá en lo esencial con aquella otra que, según Laski, constituirá la principal contribución del constitucionalismo inglés del siglo XVII al acervo común de la ideología liberal: “Por una parte, trata de establecer reglas que deben guiar el carácter de la autoridad, por la otra, trata de imbuir estas reglas en la idea de que su fin es la protección del ciudadano contra injerencias extrañas al curso de la ley”.²

<<<<<<<<

Una y otra finalidad resultaban claramente prioritarias para el movimiento liberal en Inglaterra en los momentos previos a la Revolución Gloriosa, es decir, en una nación que, después de sucesivas convulsiones políticas-cambios de régimen y de dinastía, revoluciones, golpes de Estado, estaba asistiendo a los intentos de la dinastía Estuardo por restablecer la monarquía absoluta que Oliver Cromwell había eliminado tras la proclamación de la República en 1649.

Transcurrido el largo proceso de acumulación de recursos de poder dirigido entre finales del siglo XVI y principios del XVII por la dinastía Tudor, cuyo mayor triunfo iba a consistir en “asegurarse definitivamente el monopolio regio de la violencia pública y privada, logro que alteró profundamente no solo la naturaleza de la política, sino también la calidad de la vida diaria”,³ los monarcas Estuardo lo continuarán, “lo que acabará por conducir a un creciente enfrentamiento entre Corona y Parlamento,

² **Ibid.** Pág. 89.

³ Stone, Laurence. **La crisis de la aristocracia. 1558-1641.** Pág. 108.



antecedente inmediato de la guerra civil y de la proclamación de la República tras la ejecución de Carlos I y la abolición de la monarquía en 1649”.⁴

Con la restauración de los Estuardo, en 1660, se retomarían las bases de la *Constitución mixta* inglesa, es decir, la precedente situación de equilibrio inestable entre monarca y Parlamento. Como ha apuntado Trevelyan al respecto, “el provisional apaciguamiento de los partidos y el restablecimiento del gobierno de la ley fueron conseguidos por los únicos medios posibles en 1660, o sea estableciendo un equilibrio entre la Corona y el Parlamento que aplazó la decisión definitiva por el recurso a la fuerza entre el principio monárquico y el principio representativo”.⁵ Este compromiso acabaría, sin embargo, por romperse en los años finales del reinado de Jacobo II, quien, en el otoño de 1685 “había concentrado en sus manos todos los elementos de poder de la Gran Bretaña.

A partir de noviembre de ese año, fecha en que se celebra la segunda y última reunión del único Parlamento convocado por Jacobo II, el monarca prescinde de las instituciones representativas. El mismo Trevelyan expone con rotunda claridad las consecuencias del, finalmente frustrado, pulso absolutista de la Corona: “En suma, Jacobo, en su deseo de restaurar el romanismo en Inglaterra, creyó necesario convertirse en un monarca absoluto, como lo eran los otros príncipes de Europa. Las absurdas trabas medievales al poder real, peculiares de nuestra atrasada isla, debían

⁴ Hill, Christofer. **De la reforma a la revolución industrial 1530-1780**. Pág. 134.

⁵ Trevelyan, G. M. **Historia política de Inglaterra**. Pág. 18.



ser eliminadas. Esta política identificó la causa del catolicismo romano con la causa del despotismo a los ojos de un pueblo dominado por fuertes prejuicios contra ambos. Tal alianza fue ruinosa en Inglaterra tanto para el romanismo como para el poder real”.⁶ Y así, la aprobación del *Bill of Rights* en 1689 significará la definitiva instauración de la monarquía constitucional en Inglaterra y, con ella, el establecimiento del principio político-constitucional de la separación de poderes.

No puede resultar extraño que en la época en que John Locke publica su *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil* (1690) la teoría del gobierno mixto gozara en Inglaterra de un notable arraigo. En tal sentido, mediado el siglo XVII la teoría del gobierno mixto llegará a convertirse en un lugar común entre los escritores. Sin embargo, y pese a ello, la doctrina de la separación de poderes será formulada por primera vez durante la Guerra Civil y la República inglesa por los opositores a la teoría de la monarquía mixta.

Tanto el *Agreement of the People*, elaborado por los *Niveladores* en mayo de 1649, que fijaba una estructura constitucional en que se reflejaba claramente la separación entre Poder Legislativo y ejecutivo, como, posteriormente, el *Instrument of Government*, de 16 de diciembre de 1653, que iba a suponer la primera Constitución escrita de Inglaterra, significaron el establecimiento del principio de la separación de poderes al margen del esquema constitucional del gobierno mixto.

⁶ *Ibid.* Págs. 43 y 51.



La distinta funcionalidad de uno y otro esquema político, es decir, poniendo de relieve cómo, lejos de toda voluntad de reparto del poder, el esquema político de la Constitución mixta no había nacido de la exigencia de dividir el poder unitario del Estado sino, precisamente, de la idea opuesta, de la exigencia de componer una unidad política de los diversos estamentos y órdenes que servían de base a las monarquías feudo-estamentales. La obra de John Locke, y su enunciación primigenia del principio de separación de poderes, supondrá la culminación de este proceso de disociación entre aquel principio y esquemas políticos que eran deudores de las necesidades del pasado.

1.2. Los límites al poder político y la separación de poderes

John Locke comienza, a ese respecto, por aclarar su punto de partida, que no es otro que el consistente en sostener la directa relación existente entre la forma de gobierno de un Estado y la titularidad del Poder Legislativo: cómo la forma de gobierno depende de dónde se deposite el poder supremo, que es el Legislativo (pues es imposible afirmar que un poder inferior prescriba lo que debe hacer otro superior, y no hay poder más alto que el de dictar leyes), el tipo de Estado dependerá de dónde se deposite el poder de legislar.



Esa afirmación de la superioridad del Poder Legislativo, que como acertadamente ha sido sostenido por Gaetano Silvestri: “no es reconducible a la prioridad lógica de la norma respecto de los actos de aplicación, sino a la supraordenación política del órgano del Estado directamente investido del consenso popular”,⁷ no impedirá, en todo caso a Locke, la afirmación de la existencia de auténticas limitaciones en el ejercicio de tal poder supremo.

Locke se centra en el análisis de tales limitaciones que, en su propia formulación, se concretan en torno a cuatro elementos esenciales. En primer lugar, el Poder Legislativo “no puede ser ejercido absoluta y arbitrariamente sobre las fortunas y las vidas del pueblo, pues, siendo un poder limitado a procurar el bien público de la sociedad, jamás puede tener el derecho de destruir, esclavizar o empobrecer premeditadamente a los súbditos”.⁸

Esta primera limitación, surgida de la afirmación fundamental de que la ley de la naturaleza es superior a las leyes sociales de tal forma que las leyes dictadas por los legisladores deben estar de acuerdo con la ley de la naturaleza, es decir, con la voluntad de Dios, de la cual la ley de la naturaleza es manifestación, afirmación de superioridad que estará llamada a tener en el futuro importantes consecuencias, al constituirse en una de las bases filosófico-políticas sobre las que se construirá el sistema norteamericano de la *judicial review*, se traduce en la necesidad de que el

⁷ Locke, John. **Segundo tratado sobre el gobierno civil**. Pág. 140.

⁸ *Ibid.* Pág. 141.



Poder Legislativo actúe guiándose “por leyes promulgadas y establecidas, que no han de variarse en casos particulares”.⁹

Es decir, por leyes públicas, generales y abstractas, garantías estas fundamentales, según antes se observaba, de la libertad y propiedad, y límite básico, por tanto, de un poder político estatal que ha de tener por primordial finalidad la conservación de ambos derechos.

Una segunda limitación viene dada por el hecho de que “la autoridad legislativa o suprema no puede atribuirse el poder de gobernar mediante decretos extemporáneos y arbitrarios, sino que está obligada a administrar justicia y a decidir cuáles son los derechos de un súbdito, guiándose por leyes promulgadas y establecidas y sirviéndose de jueces autorizados”.¹⁰

Si este límite significa, por tanto, la afirmación del principio de legalidad, el tercero de los expuestos por John Locke se concretará en el principio de la libertad económica, según el cual “el poder supremo no puede apoderarse de parte alguna de la propiedad de un hombre. Sin el consentimiento de este; pues como el fin del gobierno es la preservación de la propiedad, y ésta es la razón por la que los hombres entran en sociedad, ello implica necesariamente que al pueblo ha de permitírsele tener

⁹ *Ibid.* Pág. 142.

¹⁰ *Ibid.* Pág. 143.



propiedades; y nadie tiene el derecho de quitárselas ni total ni parcialmente, sin que ellos den su consentimiento”.¹¹

Por último, en cuarto lugar, Locke cierra su caracterización limitadora, sosteniendo que “la legislatura no puede transferir a nadie el poder de hacer las leyes; pues como ese poder le ha sido delegado por el pueblo no puede dárselo a otro”¹² es decir, concluye afirmando la naturaleza indelegable del Poder Legislativo.

Dicha enumeración de las limitaciones al poder supremo, tal y como aparece formulada por John Locke, prefigura ya, de alguna manera, la posterior exigencia de la doctrina lockiana de la separación de poderes. Ciertamente, la prohibición del ejercicio absoluto y arbitrario del Poder Legislativo, la afirmación de los principios de legalidad y libertad económica, en los términos expuestos, o, finalmente, la postulación de la indelegabilidad del Poder Legislativo, apuntan en un mismo sentido, es decir, van dirigidas hacia la necesidad de establecer algún mecanismo estructural que posibilite la efectividad de las limitaciones planteadas. Por todo ello, resulta perfectamente coherente que, una vez delimitados los caracteres fundamentales del supremo Poder Legislativo, Locke proceda a enunciar su doctrina de la separación de poderes.

¹¹ **Ibid.** Pág. 146.

¹² **Ibid.** Pág. 148.



La justificación de la necesidad de separar los poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado, núcleo central de la construcción lockiana, va a proceder del mismo pesimismo antropológico que había servido a Locke para justificar el tránsito del estado de naturaleza al de sociedad: "(...) debido a la fragilidad de los hombres, los cuales tienden a acumular poder, estos podrían ser tentados a tener en sus manos el poder de hacer leyes y el de ejecutarlas para así eximirse de obedecer las leyes que ellos mismos hacen".¹³

Pesimismo que, al poner en primer plano las posibilidades de abuso del poder por parte de sus titulares, acabará por postular, consecuentemente, la necesidad de separación entre legislación y ejecución no solo desde un punto de vista abstractamente *funcional*, sino desde una perspectiva *orgánica*, de tal forma que sea posible construir un sistema de garantías no solo morales, sino también jurídicas, que sirva para salvaguardar el cumplimiento de las finalidades del poder político estatal: la conservación de la libertad y de la propiedad.

En tal sentido, Locke insistirá en la necesidad de mantener al Poder Legislativo en su ámbito funcional impidiéndole acometer la ejecución de la leyes: "(...) y como los hombres podrían tener tentaciones de hacer las leyes a su medida y de ejecutarlas para beneficio propio, llegando así a crearse intereses distintos de los del resto de la comunidad y contrarios a los fines de la sociedad y del gobierno, es práctica común en

¹³ *Ibid.* Pág. 150.



los Estados bien organizados (donde el bien de todos es debidamente considerado) que el Poder Legislativo sea puesto en manos de diversas personas”.¹⁴

Será la centralidad de la ley en el pensamiento lockiano, centralidad directamente vinculada a su funcionalidad en el cumplimiento de los fines del Estado y, muy especialmente, en el mantenimiento de la libertad, la que exigirá también la existencia de un Poder Ejecutivo, funcionalmente definido por su misión de ejecución, separado del poder de legislar: “Pero como esas leyes que son hechas de una vez y en poco tiempo tienen, sin embargo, constante y duradera vigencia y necesitan ser ejecutadas y respetadas sin interrupción, es necesario que haya un poder que esté siempre en activo y que vigile la puesta en práctica de esas leyes y la aplicación de las mismas. De ahí que los poderes legislativo y ejecutivo suelen estar separados”.¹⁵

La construcción lockiana presenta el extraordinario interés de que, por primera vez, la separación de los poderes viene conectada al principio de legalidad y asume una función principalmente garantista. Vinculación esta que habrá de condicionar con claridad muchas de las aportaciones de la teoría del Estado posterior. En todo caso, para Locke, la arquitectura del Estado no se agota en la dicotomía entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, pues a uno y otro, añadirá el que él mismo llamará Poder

¹⁴ *Ibid.* Pág. 150.

¹⁵ *Ibid.* Pág. 151.



Federativo: "un poder de hacer la guerra y la paz, de establecer ligas y alianzas, y de realizar tratos con todas las personas y comunidades fuera del Estado".¹⁶

En contraste con la necesaria separación orgánica entre Ejecutivo y Legislativo, sostenida con los argumentos que acaban de exponerse, Locke defenderá que el Poder Ejecutivo y el Poder Federativo, por más que funcionalmente diferentes, deben atribuirse a un órgano común: "Estos dos poderes, el ejecutivo y el federativo, aunque en realidad son distintos el uno del otro, pues el primero se refiere a la ejecución de las leyes municipales de la comunidad, dentro de ella y en referencia a las partes que la componen, y el segundo atañe a la seguridad y al interés en asuntos exteriores con respecto a los beneficios o daños que la comunidad pueda recibir desde fuera, ambos están siempre unidos".¹⁷

En resumen, la diferenciación entre los poderes Ejecutivo y Federativo es meramente funcional, no tratándose a la postre más que de dos manifestaciones diferentes, interna y externa, del poder de ejecución.

Así las cosas, una vez delimitados los poderes del Estado definidos por Locke, y antes de pasar a definir las líneas generales de las relaciones que, según él, aquellos deberían mantener entre sí, no se puede dejar de mencionar uno de los más peculiares

¹⁶ *Ibid.* Pág. 152.

¹⁷ *Ibid.*



caracteres de la doctrina lockiana de la separación de poderes: la ausencia del Poder Judicial dentro de su definición de los poderes del Estado.

Tal ausencia, que ha inducido a ciertos sectores doctrinales a subrayar los límites conceptuales y estructurales de su doctrina, ha sido interpretada, de forma sugerente, por Norberto Bobbio, aduciendo que “en el pensamiento de Locke la función judicial viene desenvuelta en la sociedad política por aquellos que hacen las leyes, de tal forma que no existirían razones sustantivas que justificasen la diferenciación del Poder Judicial. Según la interpretación de Bobbio, legisladores y jueces tienen funciones similares, es decir, la de establecer el derecho, siendo irrelevante que los primeros lo hagan de forma abstracta y los últimos en casos particulares y determinados. La diferencia no sería cualitativa: para Locke, legislativo y judicial representarían dos aspectos diversos del mismo poder”.¹⁸

Al referirse Locke al tránsito del estado de naturaleza al estado de sociedad, afirma que: “lo que saca a los hombres del estado de naturaleza y los pone en un Estado, es el establecimiento de un juez terrenal con autoridad para decidir todas las controversias y castigar las injurias que puedan afectar a cualquier miembro del Estado; y dicho juez es la legislatura, o el magistrado nombrado por ella”.¹⁹

¹⁸ Bobbio, Norberto. **Locke y el derecho natural**. Pág. 266.

¹⁹ Locke, John. **Op. Cit.** Pág. 104.



Sea como fuere, es innegable que la ausencia en la construcción lockiana de un Poder Judicial dotado de propia sustantividad orgánica elimina de su horizonte conceptual una problemática que, en el futuro, es decir en el ámbito del Estado liberal, estará llamada a tener una importancia decisiva: la relativa a cuál debería ser la función constitucional del Poder Judicial.

En tal debate llegarán a confrontarse dos modelos claramente contrapuestos: por un lado, el basado en la concepción de Montesquieu, para quien el juez no debería ser otra cosa que *la boca que pronuncia las palabras de la ley*, y, de otro, el que, tras una peculiarísima evolución histórica, acabará por desembocar en el que Jeremy Waldron ha llamado *gobierno de los jueces*.

En todo caso, se debe analizar cómo aborda Locke la cuestión relativa a la subordinación de los poderes del Estado, es decir, a las relaciones que los mismos deberían mantener en un Estado constituido con arreglo al principio de la separación de poderes. A ese respecto, Locke retomará su declaración fundamental sobre la superioridad del Poder Legislativo, y afirmará que “mientras el gobierno subsista, el poder supremo será el legislativo; y todos los demás poderes que residan en cualquier parte o miembro de la sociedad, derivan de él y están subordinados a él”.²⁰

²⁰ Ibid. Pág. 106.



Sin embargo, de la misma forma que Locke había matizado anteriormente aquella declaración de superioridad, poniendo de relieve el alcance, es decir, las *limitaciones*, del Poder Legislativo, también ahora la determinación de las relaciones entre este y los otros poderes del Estado pondrá de manifiesto las restricciones que, en la construcción lockiana, presenta esa reafirmada superioridad.

En efecto, “aunque la supremacía del Poder Legislativo se va a traducir, en la teoría de Locke, en la posibilidad de que el mismo pueda controlar a los poderes ejecutivo y federativo”,²¹ control que para Locke debe ser, por la propia naturaleza de uno y otro, “muy superior en relación con el ejecutivo (interno) que con el federativo (exterior)”,²² lo cierto es que, más allá de una declaración general en ese sentido, no se contiene en la obra de Locke ninguna referencia pormenorizada a las consecuencias estructurales que habrán de derivarse de tal poder genérico de control. Al contrario, cuando Locke pasa a concretar los diferentes elementos de relación entre los poderes del Estado, se detiene en algunos que, lejos de fortalecer la supremacía del Legislativo, contribuyen a la limitación de su poder.

Locke destaca, en esa línea, dos facultades del Poder Ejecutivo en su relación con el Poder Legislativo que, ciertamente, suponen un fortalecimiento del primero y un paralelo debilitamiento del segundo: las de convocar la legislatura (parlamento) y determinar la proporción territorial de la representación parlamentaria.

²¹ *Ibid.* Pág. 157.

²² *Ibid.* Pág. 152.



Por lo que se refiere a la primera verdadera *clave de arco* de las relaciones entre el parlamento y la Corona, como demuestra la historia del Estado liberal, parte Locke de “los peligros de una constante *reunión* del parlamento”²³ para pasar a afirmar, seguidamente, la conveniencia de que la legislatura se reúna tan solo de forma ocasional, bien con carácter automático, como consecuencia de las propias previsiones legislativas, bien tras un llamamiento efectuado a tal efecto por el Poder Ejecutivo.

“Así, suponiendo que las fechas de las convocatorias y asambleas legislativas no hayan sido ya establecidas por la Constitución original, el poder de convocar ha de recaer naturalmente en el ejecutivo, no como facultad que pueda ejercerse arbitrariamente y a capricho suyo, sino en conformidad con el bien público y cuando las circunstancias y los cambios en los asuntos de Estado lo requieran”.²⁴

Plenamente consciente de la importancia política de tal atribución, antes de referirse a la segunda de las facultades antes apuntadas, John Locke insiste en aclarar que “este poder de convocatoria tiene un carácter temporal y no supone conceder primacía alguna al Poder Ejecutivo”.²⁵ Con menor relevancia y significación, la facultad de determinar la proporción territorial de la representación parlamentaria es concebida por Locke “como un poder de adaptación a las cambiantes circunstancias de la sociedad”.²⁶

²³ *Ibid.* Pág. 160.

²⁴ *Ibid.* Pág. 158.

²⁵ *Ibid.* Pág. 159.

²⁶ *Ibid.* Pág. 158.



Interesa, sin embargo, destacar en relación con ella, cómo Locke, ya antes de abordar sustantivamente la problemática de *la prerrogativa*, considera a esta facultad del Poder Ejecutivo como una de tales prerrogativas, es decir, como uno de los poderes “que el príncipe tiene para procurar el bien del pueblo, en aquellos casos en los que, debido a sucesos imprevisibles, las leyes inalterables no pueden proporcionar una dirección segura”.²⁷

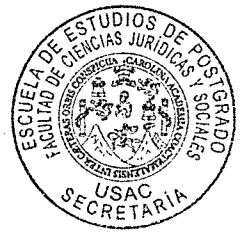
Interesa destacarlo, porque tal referencia pone de manifiesto claramente la funcionalidad que en la construcción lockiana se atribuye al poder de prerrogativa, como otro -sin duda alguna el primordial- de los elementos correctores de la supremacía del Poder Legislativo.

En efecto, las diversas definiciones que John Locke aporta a lo largo de su *Segundo Tratado*, de “la denominada *prerrogativa*”²⁸ ponen de relieve que se trata de un poder atribuido al rey con la finalidad de que este actúe, en todos aquellos supuestos que las leyes no pueden prever, al margen de la ley, e incluso, llegado el caso de necesidad, en contra de la ley.

Este poder de actuar a discreción para el bien público, sin hacerlo conforme a lo prescrito por la ley, y aun contra ella en ciertos casos, es lo que se llama *prerrogativa*,

²⁷ *Ibid.* Pág. 162.

²⁸ *Ibid.* Pág. 160.



afirma Locke, para añadir más adelante que: “la prerrogativa no es otra cosa que el poder de hacer un bien público sin regla alguna, poder que debe pertenecer al titular del ejecutivo, es decir, al monarca: la prerrogativa es un poder arbitrario que se ha dejado en manos del príncipe para ciertas cosas y que está dirigido a procurar el bien, y no el mal, del pueblo”.²⁹

Se trata, en suma, de un poder que, situado al margen de la ley, y solo limitado por el fin genérico de todo poder estatal -la preservación de la libertad y de la propiedad-, trata de compensar la generalidad, el silencio o la rigidez de las normas emanadas del Poder Legislativo.

La inserción de la prerrogativa en el esquema general de relación entre poderes construido por John Locke presenta una extraordinaria importancia, pues va a ser precisamente en este contexto teórico en donde por primera vez el autor establecerá una vinculación entre su construcción orgánico-funcional y las fuerzas políticas existentes en su tiempo. Ciertamente, ello no puede resultar extraño, dada la importancia de este instituto, situado en el centro de las polémicas políticas en la época en que Locke elabora su *Segundo Tratado*.

²⁹ Ibid.



El propio Locke descende a la realidad histórica al poner de relieve cómo los malentendidos respecto de este punto, son la raíz y la fuente de la que surgen casi todos los males y enfermedades que tienen lugar en los gobiernos monárquicos y al considerar, como había hecho anteriormente en relación con la facultad de distribución de los distritos electorales, el poder de convocatoria del parlamento por parte del ejecutivo como otra emanación de la prerrogativa regia: “En Inglaterra, el poder de reunir el parlamento en lo que se refiere a la fecha, al lugar y la duración, es ciertamente una prerrogativa del rey..”.³⁰

Con todas sus limitaciones, el esquema de relación entre poderes establecido por John Locke supone un avance sustancial respecto de las reflexiones que le habían precedido. Pese a sus vacilaciones, confusiones y lagunas, perceptibles sobre todo en el terreno de la vinculación entre separación funcional y separación orgánica, y pese a la ausencia de un esquema de resolución de los conflictos que pudieran plantearse entre órganos (poderes) del Estado, la contribución de Locke aporta también en este ámbito elementos de teoría política que habrán de centrar en el futuro.

Una buena parte de las polémicas que la progresiva construcción del Estado liberal generará, entre otros, y como más fundamentales, por un lado, “todos los que se derivan de su consideración del Poder Legislativo como poder supremo del Estado y de su doble reflexión sobre la propia posibilidad de que tal poder pudiese devenir en

³⁰ *Ibid.* Pág. 163.



tiranía”,³¹ lo que habría de exigir el establecimiento de restricciones en su ámbito material de facultades, y sobre la necesidad de que el mismo mantuviese la facultad de controlar al Poder Ejecutivo.

Por otro lado, y por contraste, los derivados de la necesidad política de mantener un fuerte Poder Ejecutivo, dotado de un amplio margen de autonomía funcional (la prerrogativa) para el cumplimiento de sus funciones estatales, por más que sometido mucho más en su esfera interna de actuaciones (ejecutivo) que en su esfera de actuaciones exteriores (federativo) a un genérico control parlamentario.

La construcción lockiana incorpora, en suma, una doble contribución fundamental a la teoría política del Estado constitucional. En primer lugar, la explicitación de la incompatibilidad entre la concentración *absoluta* del poder y la Constitución de la *sociedad política* o, lo que es lo mismo, la afirmación radical de la consustancialidad existente entre separación de poderes y Estado liberal.

Si ello puede apreciarse con claridad en múltiples pasajes de su *Segundo Tratado*, los centrados en la crítica a las monarquías absolutas, pasajes en donde Locke deja constancia indiscutible de esa necesidad de dividir el poder para conservar el binomio libertad y propiedad, son especialmente significativos al respecto.

³¹ *Ibíd.* Pág. 198.



Para Locke, a diferencia de las monarquías moderadas y de los gobiernos bien estructurados, en donde el Poder Legislativo y el Ejecutivo residen en manos distintas, en las monarquías absolutas el príncipe absoluto es el único que tiene en sí mismo el Poder Legislativo y el Ejecutivo, concentración de poderes que elimina cualquier garantía tanto para la libertad como para la propiedad, y convierte a la monarquía absoluta en un tipo de gobierno por naturaleza incompatible con una sociedad civil constituida: "De aquí resulta evidente que la monarquía absoluta considerada por algunos como el único tipo de gobierno que puede haber en el mundo, es, ciertamente, incompatible con la sociedad civil y excluye todo tipo de gobierno civil".³²

Y, en segundo lugar, la puesta de relieve de la *tensión* inevitable que tiende a manifestarse en el Estado entre sus dos poderes esenciales: la legislatura y el poder de ejecución. Ciertamente, en toda la reflexión lockiana sobre la separación de los poderes estará presente, por más que esté sin resolver, la afirmación de esa tensión orgánica entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, pese a lo cual, será en este ámbito, sin duda, donde su teoría presentará más insuficiencias.

Locke plantea, sin ningún género de ambages, la posibilidad de que en el Estado se produzca la tensión entre poderes. No solo de forma tangencial, al referirse a la eventualidad de que el monarca se niegue a convocar el Poder Legislativo haciendo

³² Ibid. Pág. 164.



uso de la prerrogativa que le ha sido atribuida, sino también sustancialmente, como colofón de su tratamiento de la problemática de la relación entre poderes.

“La vieja pregunta acerca de este asunto de la prerrogativa vuelve a plantearse: ¿Quién podrá juzgar si se ha hecho recto uso de este poder? Y respondo: No puede haber juez sobre la tierra entre un Poder Ejecutivo en activo, y un Poder Legislativo que depende de aquél para reunirse; y tampoco puede haberlo entre el Poder Legislativo y el pueblo, caso de que el ejecutivo o el legislativo, con el poder ya en sus manos, se propongan esclavizarlo o destruirlo”.³³ Como puede apreciarse, Locke plantea una doble hipótesis de conflicto político: entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo y entre poder estatal (legislativo y/o ejecutivo) y pueblo.

¿Cuál es, en cualquiera de ambos casos, la vía de solución al conflicto planteado? La respuesta de Locke resulta tan clara como insatisfactoria: “al pueblo no le queda otro remedio que apelar a los cielos”.³⁴ Es decir, “el pueblo no tiene otra salida, frente a la eventualidad de que el ejecutivo atente contra el poder de representación, o uno y otro intenten conjuntamente abusar de su poder sobre el propio pueblo, que recurrir al derecho a la resistencia o a la insurrección”.³⁵

³³ **Ibid.** Pág. 170.

³⁴ **Ibid.**

³⁵ **Ibid.** Pág. 171.



Esta respuesta, por más que coherente con su afirmación fundamental sobre “el carácter en última instancia fiduciario del supremo Poder Legislativo”³⁶ supondrá, entre otras cosas, que Locke no llegue a preguntarse sobre la legitimidad de las tentativas concretas del parlamento de ejercer una autoridad sobre la dirección de la política real, generalizando el procedimiento del *impeachment* a los casos en que los ministros del rey no han, técnicamente hablando, infringido la ley. A este respecto, Locke se situará incluso en retraso con su *tiempo*.

Es probable que la perspectiva contractual de la potestad estatal, que está en la base de la construcción lockiana, explique que en la misma acaben por tener más relevancia los límites *internos* al poder del Estado -es decir, los derivados de la barrera infranqueable que suponen los derechos de propiedad y libertad- que los básicamente instrumentales, y por tanto de naturaleza *externa*, que se derivan de la división del poder en una pluralidad de órganos.

En todo caso, y esto es lo primordial a los efectos de esta línea argumental, las ideas del necesario *equilibrio*, y no mera *separación*, entre poderes y de la consecuente exigencia de un sistema de frenos y contrapesos entre ellos, son extrañas a la formulación lockiana que, en sus aspectos esenciales, se acaba de exponer. Tales ideas harán su aparición, en el ámbito de la teoría del Estado, a lo largo del siglo XVIII de la mano, de manera muy fundamental, de Montesquieu.

³⁶ Cruz Villalón, Pedro. *El estado de sitio y la Constitución*. Pág. 191.



De estas consideraciones, de las que se ha guiado Montesquieu, se podría deducir claramente que al decir: *no puede haber libertad donde los poderes legislativo y ejecutivo se hallan unidos en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados, o si el poder de juzgar no está separado de los poderes Legislativo y Ejecutivo*, no pretendía decir que los diversos órganos no deberían tener una *participación parcial*, o un cierto *control*, sobre los actos de los otros.

Lo que pretendía decir, como se deduce de sus propias palabras, y como resulta todavía más claro a partir de los ejemplos que él tenía presentes, no era otra cosa que cuando *todos* los poderes de un órgano son ejercidos por las mismas manos que poseen *todos* los poderes de otro órgano, quedan subvertidos los principios fundamentales de una Constitución libre.





CAPÍTULO II

2. La evolución teórica de la idea de separación a la idea de coordinación de poderes

2.1. La teoría de Montesquieu sobre la separación de poderes

Como ha sido señalado, “uno de los intereses centrales, que vertebraba de principio a fin la obra de Montesquieu, es la crítica al despotismo”³⁷ no puede resultar extraño que, desde el momento mismo de la publicación de la obra, haya sido de mayor relevancia e influencia y se ubique, justamente, en el contexto de un tema cuyo objeto es analizar las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la Constitución. Ello pone de relieve, ya desde el inicio, la íntima vinculación que para el publicista francés existirá entre separación de los poderes y mantenimiento de la libertad.

Porque, en efecto, es la idea de libertad uno de los puntos de partida de la exposición de Montesquieu. Una idea, muy cercana a la de Locke, que le lleva a enlazar íntimamente legalidad y libertad: “la libertad política no consiste en hacer lo que uno quiera. La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que,

³⁷ Ferscher, Iring. **La ilustración en Francia: la enciclopedia, Montesquieu, Rousseau**. En: **Historia de la teoría política**. Vol. III. Pág. 102.



si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad”.³⁸ La libertad, por lo tanto, consiste en la obediencia a la ley y en la obediencia solo a la ley, de tal forma que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas.

Será, justamente, esa precisa conexión entre ley y libertad la que llevará a Montesquieu a prescribir la necesidad de un sistema en que la última no sea solo abstractamente proclamada, sino efectivamente garantizada a través de un mecanismo de distribución de los poderes. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene el poder.

Ello, porque la moderación de un Estado no es, por sí misma, garantía suficiente. Montesquieu retoma aquí aquel pesimismo antropológico, que ya habíamos apreciado en la reflexión lockiana, con un sentido similar al de Locke. La libertad política no se encuentra más que en los Estados moderados.

Ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino solo cuando no se abusa del poder. “Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. La misma virtud necesita

³⁸ Montesquieu, Charles de Secondat. **El espíritu de las leyes**. Pag. 150.



límites".³⁹ En resumen, el concepto de *límite* es, por tanto, esencial en una construcción teórica que quiera asegurar la tutela de la libertad mediante el mantenimiento de la legalidad.

A todos los efectos, verdadero colofón de las precedentes reflexiones, pone de inmediato de relieve, precisamente, la construcción que Montesquieu propondrá a partir del análisis de la Constitución de Inglaterra: "Existe también una nación en el mundo cuya Constitución tiene como objeto directo la libertad política. Vamos a examinar los principios en que se funda: si son buenos, la libertad se reflejará en ellos como en un espejo".⁴⁰

¿Cuáles son esos principios? En primer lugar, el que podría denominarse, principio de la tripartición funcional de los poderes del Estado. "Hay en cada Estado tres clases de poderes: "el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el Poder Ejecutivo de los que dependen del derecho civil".⁴¹

Cada uno de estos poderes se caracterizará por la función que se le asigna, lo que significa que los términos utilizados aquí lo son ahora en el sentido de *funciones*: "Por el Poder Legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o

³⁹ *Ibid.* Pág. 150.

⁴⁰ *Ibid.* Pág. 151.

⁴¹ *Ibid.*



para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este Poder Judicial, y al otro, simplemente, Poder Ejecutivo del Estado".⁴²

La significación de la afirmación hecha por Montesquieu de este principio de especialización funcional de los poderes, en cuya virtud cada uno de los mismos se caracterizaría por el tipo de función estatal a la que tendría que hacer frente, ha sido objeto de críticas doctrinales diversas, algunas de las cuales son especialmente relevantes, por cuanto conectan tal cuestión con la concepción general del publicista francés sobre la división de los poderes del Estado.

Entre ellas merece destacarse la realizada en su día por Charles Eisenmann, en la medida en que incorpora una reflexión de auténtico calado sobre la interpretación de la obra del francés. Según el constitucionalista de Estrasburgo, el análisis conjunto del capítulo dedicado a la Constitución de Inglaterra no permite concluir, en caso alguno, que Montesquieu hubiera creído necesario especializar funcionalmente los órganos del Estado.

⁴² Ibid.



Para Eisenmann, las proposiciones en las que tradicionalmente se ha querido ver esta especialización funcional no significan en absoluto que una misma autoridad -individuo o cuerpo- no deba participar más que en una sola función, tener atribuciones más que de una sola clase, no deba ser miembro de dos órganos u órgano de dos funciones, y, consecuentemente, que los órganos de dos de las funciones o de las tres no deban tener ningún elemento común, sino simplemente y mucho más modestamente, que no es adecuado que dos cualesquiera de las tres funciones estén íntegramente reunidas en las mismas manos; fórmula de no acumulación mucho más limitada, como puede verse, que la primera; tal fórmula no postula-concluye Eisenmann- “la especialización o separación funcional de las diversas autoridades, sino simplemente la no identificación del órgano de las tres o de dos de las tres funciones”.⁴³

Sin embargo, esa idea de la *especialización* y de su corolario, “la *separación* funcional y orgánica que están en la base del justamente llamado *mito de la separación de poderes* imperante durante el último tercio del XIX y primero del XX entre los más destacados juristas europeos”,⁴⁴ contribuyó la exposición del propio Montesquieu cuando, tras plantear el principio de la especialización funcional en los términos apuntados más arriba, formula el de la separación de poderes o, por expresarlo en términos más descriptivos, lo que podríamos llamar el principio de la prohibición de aquellas uniones orgánicas que atentarían al mantenimiento de la libertad: “la del Poder

⁴³ Eisenman, Charles. **El espíritu de las leyes y la separación de poderes**. Pág. 177.

⁴⁴ Althusser, Louis. **Montesquieu, la política y la historia**. Pág. 120.



Ejecutivo y el Poder Legislativo, la del Poder Judicial y el legislativo o el ejecutivo y la de los tres poderes conjuntamente”.⁴⁵

Estrictamente, aquí se acaba la descripción de la teoría de la *separación* -apenas seis párrafos de los setenta y uno de que consta el Capítulo VI- y comienza la de la *coordinación* de los poderes, es decir, la que se plasma en el establecimiento de todo un preciso sistema de frenos y contrapesos. Comienza, en suma, la *verdadera* doctrina constitucional de Montesquieu.

Si la finalidad que este perseguía era la que se concretaba en su formulación inicial de “que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”,⁴⁶ parece difícilmente discutible que “entre la idea de especialización funcional, *a fortiori* de separación funcional, y la idea de mutuo control, hay una incompatibilidad lógica absoluta”.⁴⁷

De este modo, la separación orgánico-funcional que preconiza Montesquieu, en los términos que acaban de apuntarse, no opera sino en su construcción como una condición previa para el equilibrio de poderes que habrá de conseguirse a través de su recíproco control, mediante la disposición de toda una serie de mecanismos de coordinación, o lo que es lo mismo, de frenos y contrapesos entre ellos. En tal sentido,

⁴⁵ Montesquieu, Charles de Secondat. **Op. Cit.** Pág. 151.

⁴⁶ **Ibid.** Pág. 150.

⁴⁷ Eisenmann, Charles. **Op. Cit.** Pág. 175.



la separación orgánico-funcional es simplemente un presupuesto de la balanza de poderes.

Resultan ya esquemáticamente conocidas las *combinaciones* que propone Montesquieu. Desde un punto de vista general, el filósofo francés plantea la fórmula de un poder positivo activo de cada uno de los órganos supremos (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo) en su propia esfera de competencia, y de un poder de control sobre la esfera recíproca del otro.

En la propia exposición, Montesquieu, en primer lugar, el Poder Legislativo depende, en su propia existencia material (fáctica), del Poder Ejecutivo: “El cuerpo legislativo no debe reunirse a instancia propia, pues se supone que un cuerpo no tiene voluntad más que cuando está reunido en asamblea; si no se reuniera unánimemente, no podría saberse qué parte es verdaderamente el cuerpo legislativo, si la que está reunida o la que no lo está. Si tuviera derecho a prorrogarse a sí mismo, podría ocurrir que no se prorrogase nunca, lo cual sería peligroso en el caso de que quisiera atentar contra el Poder Ejecutivo. Por otra parte, hay momentos más convenientes que otros para la asamblea del cuerpo legislativo; *así pues*, es preciso que el Poder Ejecutivo regule el momento de la celebración y la duración de dichas asambleas, según las circunstancias que él conoce”.⁴⁸

⁴⁸ Montesquieu, Charles de Secondat. **Op. Cit.** Pág. 155.



No terminan ahí las interferencias entre los dos supremos poderes del Estado. En segundo lugar, el ejecutivo dispone de derecho de veto sobre las normas emanadas del legislativo.

Si el Poder Ejecutivo, afirma Montesquieu, no posee el derecho de frenar las aspiraciones del cuerpo legislativo, este será despótico, pues, como podrá atribuirse todo el poder imaginable, aniquilará a los demás poderes, para añadir, más adelante: “El Poder Ejecutivo, como hemos dicho, debe participar en la legislación en virtud de su facultad de impedir, sin lo cual pronto se vería despojado de sus prerrogativas”.⁴⁹

En este terreno, será la distinción, acuñada por el filósofo francés, entre facultad de estatuir y facultad de impedir, la que le permitirá aquilatar las relaciones que, en el ámbito de la función legislativa, deben existir entre los dos poderes estatales: “Llamo *facultad de estatuir* al derecho de ordenar por sí mismo o de corregir lo que ha sido ordenado por otro, y llamo *facultad de impedir* al derecho de anular una resolución tomada por otro. Aunque aquel que tiene la facultad de impedir tenga también el derecho de aprobar, esta aprobación no es, en este caso, más que la declaración de que no hace uso de su facultad de impedir, y se deriva de esta misma facultad”.⁵⁰

⁴⁹ *Ibid.* Pág. 156.

⁵⁰ *Ibid.* Pág. 154.



Como más adelante se va a especificar, tal diferenciación delimita claramente el papel del titular del Poder Ejecutivo respecto de la facultad legislativa: “Si el monarca participara en la legislación en virtud de su facultad de estatuir, tampoco habría libertad. Pero como le es necesario, sin embargo, participar en la legislación para defenderse, tendrá que hacerlo en virtud de su facultad de impedir”.⁵¹ Sin embargo, todas estas prevenciones hacia el Poder Legislativo no se corresponden con reservas paralelas hacia el Poder Ejecutivo.

Ciertamente, Montesquieu se adelanta a plantear que el derecho de veto no debe llevar aparejada una correlativa intromisión del legislativo en el gobierno. Recíprocamente el Poder Legislativo no tiene que disponer de la facultad de contener al Poder Ejecutivo, pues es inútil limitar la ejecución, que tiene sus límites por naturaleza.

Todo lo más, a aquel le corresponderá una facultad de genérico control, pero si en un Estado libre el Poder Legislativo no debe tener derecho a frenar al Poder Ejecutivo, tiene, sin embargo, el derecho y debe tener la facultad de examinar cómo son cumplidas las leyes que ha promulgado.

Aunque la mencionada facultad excluye cualquier responsabilidad del titular del Poder Ejecutivo (el monarca), por naturaleza irresponsable, no obsta, sin embargo, la

⁵¹ Ibid. Pág. 157.



eventual responsabilidad de sus ministros: “Como el que ejecuta no puede ejecutar mal sin tener malos consejeros que odien las leyes como ministros, aunque éstas les favorezcan como hombres, se les puede buscar y castigar”.⁵²

Tal afirmación de Montesquieu no puede, en todo caso, conducir a engaño sobre un eventual planteamiento por su parte de la cuestión de la responsabilidad ministerial ante el parlamento, pues en su construcción se produce una condena explícita del parlamentarismo, fenómeno incipiente, como vimos más arriba, en el sistema político británico: “Si no hubiera monarca, y se confiara el Poder Ejecutivo a cierto número de personas del cuerpo legislativo, la libertad no existiría, pues los dos poderes estarían unidos, ya que las mismas personas participarían en uno y otros”.⁵³

Las interferencias entre Poder Judicial y Poder Legislativo completan el sistema de frenos y contrapesos que constituyen la construcción central de Montesquieu. Aunque, en general afirma el publicista francés, el Poder Judicial no debe estar unido a ninguna parte del legislativo, hay, sin embargo, tres excepciones, basadas en el interés particular del que ha de ser juzgado.

“Tales excepciones no son otras que las referidas al establecimiento de un fuero especial para los nobles, a la concesión al Poder Legislativo de un poder para

⁵² Ibid. Pág. 156.

⁵³ Ibid. Pág. 157.



atemperar el rigor y la rigidez de las leyes por medio de una especie de derecho de indulto o de amnistía y, finalmente, a la facultad para conocer de los delitos políticos, que debería ser distribuida entre las dos Cámaras, popular y nobiliaria, que habrán de componer el parlamento".⁵⁴

Todo este sistema de coordinación y de equilibrio orgánico, de frenos y de contrapesos, concebido con la finalidad de mantener la libertad, y de evitar, a través de la propia disposición de las cosas, el abuso de poder, por medio de un sistema en que el poder frene al poder puede encontrarse en Montesquieu, de la forma siguiente: "He aquí, pues, la Constitución fundamental del gobierno al que nos referimos: el cuerpo legislativo está compuesto de dos partes, cada una de las cuales tendrá sujeta a la otra por su mutua facultad de impedir, y ambas estarán frenadas por el Poder Ejecutivo que lo estará a su vez por el legislativo. Los tres poderes permanecerían así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo".⁵⁵

El análisis realizado hasta el momento no es suficiente, sin embargo, para captar, en toda su profundidad política, la construcción constitucional de Montesquieu. Y ello por una razón fundamental: porque el sistema de distribución (coordinación orgánica) va acompañado de una propuesta paralela de distribución, equilibrio *social*, que, para

⁵⁴ *Ibid.* Pág. 156.

⁵⁵ *Ibid.* Pág. 157.



muchos, constituye la verdadera esencia material, el auténtico espíritu de la ley de la separación de poderes formulada por el barón de Montesquieu.

2.2. La separación orgánica y la separación social en la teoría de Montesquieu

Una parte de la teoría de Montesquieu está centrada en explicar cómo deben atribuirse socialmente los poderes del Estado, es decir, cómo se coordinan y distribuyen las funciones del Estado (legislativa, ejecutiva y judicial) entre los órganos del mismo (parlamento, Corona y jueces) y cómo se atribuyen estos últimos a los poderes estatales (pueblo, nobleza y rey).

El punto de partida consistirá en negar el carácter de auténtico poder al judicial o, por expresarlo en términos precisos, en rechazar que la función judicial tenga que ser constitutiva de un auténtico poder: "El Poder Judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que solo dure el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados".⁵⁶

⁵⁶ Ibid. Pág. 152.



El Judicial queda, por tanto, fuera de la separación *social* de los poderes, desaparece como *poder político*, limitándose los jueces, en plástica expresión del propio Montesquieu, a ser “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley”⁵⁷ y asumiendo, por lo tanto, la función de mantener la objetividad de aquélla incluso en los supuestos de aplicación de la ley a casos particulares: “Pero si los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos por ella”.⁵⁸

Frente a la no adscripción estamental de la función judicial, el filósofo francés mantiene el principio opuesto para los otros dos poderes, que “podrían darse a magistrados o a cuerpos permanentes porque no se ejercen sobre ningún particular, y son, el uno, la voluntad general del Estado, y el otro, la ejecución de dicha voluntad general”.⁵⁹

Si la cuestión resulta de extraordinaria sencillez en lo relativo al Poder Ejecutivo, poder que debe estar en manos de un monarca, porque esta parte del gobierno, que necesita casi siempre de una acción rápida, está mejor administrada por una sola persona que por varias, aparecerá extraordinariamente más compleja en lo que hace al Poder

⁵⁷ *Ibid.* Pág. 156.

⁵⁸ *Ibid.* Pág. 153.

⁵⁹ *Ibid.* Pág. 152.



Legislativo, porque “las cosas concernientes al Poder Legislativo se ordenan mejor por varios que por uno solo”.⁶⁰

Es aquí, precisamente, en el ámbito interno del Poder Legislativo, donde Montesquieu va a proponer un auténtico reparto social de, según expresión del propio autor, la *voluntad general del Estado*, de tal manera que el órgano legislativo se configurará como un lugar de equilibrio entre pueblo y nobleza, equilibrio derivado de la eventual oposición de intereses entre ambos estamentos. Porque *estamentos*, y no otra cosa, resultan ser el pueblo y la nobleza en su participación en la función legislativa, siendo así como en el fondo se descubre la profundidad decisivamente política de la que se ha llamado *propuesta constitucional de Montesquieu*.

La separación de poderes no solo consiste en la no identificación del órgano de las tres o de dos de las tres funciones, sino también, y de forma muy fundamental, en la no atribución a ningún estamento por sí solo del ejercicio aislado o simultáneo, sino combinado y coordinado, de las funciones legislativa y ejecutiva del Estado.

Montesquieu lo deja perfectamente claro en lo relativo al ejercicio de la primera de las dos. En tal sentido parte el publicista francés de la atribución al pueblo del Poder Legislativo, por medio de la construcción del principio de la representación: “Puesto que

⁶⁰ Ibid. Pág. 154.



en un Estado libre todo hombre considerado como poseedor de un alma libre, debe gobernarse por sí mismo, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el Poder Legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados, y como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo.⁶¹

La defensa del principio de la representación en los términos que acaban de señalarse corre pareja en Montesquieu con una condena de la democracia directa, a la que el filósofo francés identifica *in toto* con la propia democracia: “La gran ventaja de los representantes es que tienen capacidad para discutir los asuntos. El pueblo en cambio no está preparado para esto, lo que constituye uno de los grandes inconvenientes de la democracia”.⁶²

¿No resulta contradictorio afirmar en los representantes una capacidad política que se niega a los representados? La aparente paradoja se desvela a la vista de la constatación de la falta de coincidencia entre los primeros y los últimos, es decir, a la vista de la consideración estamental del pueblo más arriba señalada, *pueblo* en el que no están incluidos, en la construcción de Montesquieu, ni los nobles, ni tampoco “aquellos que se encuentran en tan bajo estado que se les considere carentes de

⁶¹ *Ibid.* Pág.153.

⁶² *Ibid.* Pág. 154.



voluntad propia y a los que, por tanto, se les niega el derecho de todos los ciudadanos de los diversos distritos, a dar su voto para elegir al representante”.⁶³

Junto a esta defensa del sufragio restringido, la construcción de la representación se cierra en Montesquieu con una defensa paralela del carácter territorial y no nacional de la elección y con un consecuente postulado de la naturaleza *representativa* y no *imperativa* del mandato electoral: “Cuando los representantes han recibido de quienes los eligieron unas instrucciones generales, no es necesario que reciban instrucciones particulares sobre cada asunto. Verdad es que, de esta manera, la palabra de los diputados sería más propiamente la expresión de la voz de la nación, pero esta práctica llevaría a infinitas dilaciones, haría a cada diputado dueño de los demás y, en los momentos más apremiantes, toda la fuerza de la nación podría ser detenida por un capricho”.⁶⁴

Es cierto que, hasta aquí, nada haría sospechar que haya algo más en Montesquieu que la defensa de una construcción de la representación que, en sus líneas esenciales, será retomada años más tarde por un cierto sector del liberalismo europeo que se acantonará políticamente en todos y cada uno de los elementos mencionados hasta el momento: sufragio restringido, carácter territorial de la elección y mandato representativo.

⁶³ *Ibid.* Pág. 153.

⁶⁴ *Ibid.*



Sin embargo, hay algo peculiar en la propuesta del filósofo francés: el pueblo no es concebido como el conjunto de los ciudadanos -por más que tal conjunto pueda verse reducido por el carácter restringido del derecho de sufragio-, sino solo como un estamento frente al estamento nobiliario. El Poder Legislativo, afirma Montesquieu, se confiará al cuerpo de nobles y al cuerpo que se escoja para representar al pueblo; cada uno de ellos se reunirá en asambleas y deliberará con independencia del otro, y ambos tendrán miras e intereses separados.

No se trata sencillamente, por lo tanto, de la mera postulación del bicameralismo con una finalidad conservadora -elemento también presente en la ideología liberal referida anteriormente-, sino de la defensa de la participación en el ámbito de la función legislativa del estamento nobiliario en salvaguardia de su propia posición estamental.

“Hay siempre en los Estados personas distinguidas por su nacimiento, sus riquezas o sus honores que, si estuvieran confundidas con el pueblo y no tuvieran más que un voto como los demás, la libertad común sería esclavitud para ellas y no tendrían ningún interés en defenderla, ya que la mayor parte de las resoluciones irían en contra suya. La parte que tomen en la legislación debe ser, pues, proporcionada a las demás ventajas que poseen en el Estado, lo cual ocurrirá si forman un cuerpo que tenga



derecho a oponerse a las tendencias del pueblo, de igual forma que el pueblo tiene derecho a oponerse a las suyas”.⁶⁵

La contraposición social entre estamentos, nobleza y estado llano, perfectamente perceptible en la coyuntura histórica en que escribe Montesquieu, debe tener, por tanto, una traducción orgánica en la Constitución estatal, a través de la participación combinada de uno y otro en la función legislativa, es decir, en la determinación de la voluntad general del Estado. Y así, si el poder de juzgar es, en cierto modo, nulo, el filósofo francés afirma que no quedan más que dos que necesiten de un poder regulador para atemperarlos y que la parte del cuerpo legislativo compuesta por nobles es muy propia para ello.

En efecto, un cuerpo de naturaleza hereditaria aparece, a la postre, como la mejor garantía del equilibrio social de los poderes, equilibrio que ha de producirse por la facultad de *estatuir* y, en casos excepcionales, por la facultad nobiliaria de *impedir*, “Pero un poder hereditario podría inclinarse a cuidar de sus intereses y a olvidar los del pueblo; y así en cosas susceptibles de fácil soborno, como las leyes concernientes a la recaudación del dinero, es necesario que dicho poder participe en la legislación en razón de su facultad de impedir, pero no por su facultad de estatuir”.⁶⁶

⁶⁵ *Ibid.* Pág. 154.

⁶⁶ *Ibid.*



Es a la vista de todo lo analizado hasta el momento, como resulta posible captar la verdadera dimensión política de la aportación constitucional de Montesquieu. La pregunta que cabría hacerse, como colofón, sería la siguiente: ¿quién se beneficia, en última instancia, del reparto de poderes que propone Montesquieu a través de su descripción de la Constitución de Inglaterra?

La respuesta a esta cuestión, y en la que se mezclan necesariamente consideraciones relativas a los dos planos diferentes (orgánico y social), en que el filósofo francés aborda la problemática de la separación de los poderes, llevaría mucho más allá de una discusión bastante ligera.

La idea del análisis de la propuesta del filósofo francés, sería la de explicar por qué la doctrina de Montesquieu, constitutiva en principio tan solo de una generalización teórica, llevada a cabo a partir de una descripción conscientemente deformada de la Constitución inglesa de su tiempo, había gozado, desde el momento mismo de su formulación, de un tan alto grado de influencia teórica y política.

La respuesta a esa cuestión exige poner en claro cómo en *Del espíritu de las leyes* se concretará una reflexión que va a conectar, en términos precisos, la defensa de un esquema de separación de los poderes con la preexistencia de una Constitución social (una Constitución de los poderes de la sociedad), de tal forma que el concreto



esquema de separación-coordinación que en cada caso se construya debe de tener la virtualidad de garantizar la defensa paralela de un sistema de gobierno que, a la vista del reparto social del poder estatal, sirva para mantener la libertad *en* el Estado y la libertad *frente* al Estado. La verosimilitud de esta explicación no resulta difícil de captar a la vista del sistema de gobierno que Montesquieu parece defender: la monarquía moderada.

Ciertamente, tras sostener que la Constitución inglesa tiene por objeto directo la libertad política, Montesquieu pone de relieve que no por ello tal Constitución debe ser considerada con ventaja respecto de la de la monarquía moderada: “No pretendo con esto rebajar a los demás Gobiernos, ni decir que esta suma libertad política deba mortificar a los que solo la tienen moderada. ¿Cómo lo iba a decir yo que creo que el exceso de razón no es siempre, deseable y que los hombres se adaptan mejor a los medios que a los extremos?”⁶⁷

Esta monarquía, caracterizada por la existencia de poderes intermedios, subordinados y dependientes, no existía ya, en el momento en que escribe Montesquieu, ni en Francia, ni en Inglaterra, pues mientras en el primero de esos países había ido siendo progresivamente derruida por el proceso de concentración de recursos de poder en manos del monarca, determinado históricamente por el ascenso del absolutismo; en el

⁶⁷ Ibid. Pág. 158.



segundo había sido eliminada por una Revolución, que significará el triunfo del Estado liberal.

Es, sin embargo, y pese a todo, en esa monarquía moderada, donde existiría un verdadero equilibrio social de los poderes, en la que está pensando Montesquieu como su ideal sistema de gobierno. La monarquía pre-absolutista francesa y la monarquía constitucional inglesa, pese a ser estructuralmente muy diferentes entre sí, presentan trazos característicos de una monarquía mixta, aunque Montesquieu evite tal designación: las diversas fuerzas políticas ejercen conjunta y compatibilizadamente el poder.

Es por ello, precisamente, por lo que Montesquieu se verá forzado a llevar a cabo una lectura conscientemente deformada de la Constitución inglesa de su tiempo. Deformación que el propio Montesquieu reconoce en una frase final, casi enigmática, que, solo a la vista de estas consideraciones, cobra todo su sentido: "No soy quién para examinar si los ingleses gozan ahora de libertad o no. Me basta decir que está establecida por las leyes, y no busco más".⁶⁸ En efecto, el barón de Montesquieu no está describiendo la Constitución real de los ingleses -aquella que caminaba hacia la progresiva construcción del parlamentarismo- sino, tan solo, su Constitución nominal, es decir, la de la monarquía equilibrada que inicialmente había generado, antes de producir sus frutos inmediatos, la Revolución.

⁶⁸ Ibid.



Montesquieu solo se refiere a la *verdadera* Constitución de Inglaterra con anterioridad, cuando afirma con rotundidad que, “los ingleses han suprimido todas las potencias intermediarias que formaban su Monarquía”.⁶⁹ Con ello los ingleses la habrían eliminado auténticamente, convirtiéndose en “una nación en que la República se oculta bajo la forma de una monarquía”.⁷⁰

Por eso resulta necesario, a la hora de proponer un modelo ideal de separación de los poderes, describir la *utopía* inglesa, es decir, un sistema que, tal y como lo presenta Montesquieu, sigue basándose en una Constitución estamental -por más que en la realidad los estamentos hayan sido históricamente suprimidos- y en un equilibrio social de los poderes, por más que tal equilibrio estuviera desapareciendo en beneficio de un Poder Legislativo crecientemente fortalecido en su papel de órgano central del Estado liberal.

Ello no resta ningún mérito, no obstante, a la propuesta constitucional de Montesquieu. Pura y simplemente pone de relieve sus limitaciones, unas limitaciones que constituyen, al tiempo, una buena parte de su extraordinario valor para el futuro. Montesquieu se limitó, en última instancia, a establecer una precisa conexión entre la mecánica política de la separación de los poderes y la Constitución social que en cada momento histórico estaba en la base de esa mecánica política: en su caso, la monarquía moderada.

⁶⁹ Ibid. Pág. 61

⁷⁰ Ibid. Pág. 96.



El desajuste entre su propuesta y su contexto social y político histórico, no eliminan la gran verdad política que estaba en la base de su razonamiento y que, muy pronto, la historia del Estado liberal vendría a demostrar: la de que el problema de la separación de los poderes no era un problema lógico-jurídico, sino un problema político-práctico, es decir, un problema consistente en dividir entre sujetos políticos concretos y preexistentes -fueren los que fueren en cada coyuntura- las diversas funciones del Estado con la finalidad de lograr un equilibrio en la construcción general de la dominación política estatal.

Ello explica, en suma, que la propuesta constitucional de Montesquieu, pese a todas sus limitaciones, deviniera, desde su formulación, en básica para la configuración del moderno Estado constitucional.

A la vista de su definición de las leyes como “las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas”⁷¹ -definición que se constituye en auténtico frontispicio teórico *Del espíritu de las leyes*- no puede dejar de llamar la atención que al referirse a las que dan origen a la libertad política en su relación con la Constitución, Montesquieu sentase una estrecha conexión entre leyes y naturaleza de las cosas, es decir, *ahora*, entre la separación de los poderes y la Constitución social que, en su propuesta, habría de servirle de soporte.

⁷¹ Althusser, Louis. **Op. Cit.** Pág. 33.





CAPÍTULO III

3. El control de la constitucionalidad de las leyes y el Poder Judicial

3.1. La Constitución como norma

El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, así como los métodos y los modelos que el constitucionalismo ha elaborado para garantizarla, pueden considerarse *hitos* del constitucionalismo contemporáneo. Puede decirse que tales *hitos* reflejan la idea de la supremacía de la Constitución y sus implicaciones sobre el ordenamiento jurídico.

Como consecuencia de ello, surge la afirmación de que no es posible reconocer tal carácter a la Constitución, si no se establece la existencia de controles que permitan adecuar al Derecho de la Constitución todas las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos con poder normativo. Pero el reconocimiento de la Constitución como norma no se produjo en forma espontánea o de manera inmediata, sino que es el resultado de un complejo desarrollo histórico en el cual, sin duda, son relevantes los aportes efectuados (a grandes rasgos) por el constitucionalismo norteamericano y luego por el europeo.



Aunque tales nociones de la Constitución hoy casi no admiten mayor discusión, en realidad suponen una conquista histórica de los individuos frente a los abusos por acción u omisión de los poderes públicos, primordialmente el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

3.2. Génesis y desarrollo del control de constitucionalidad de las leyes

“La Constitución solo cobra sentido en cuanto norma con pretensión de validez y eficacia, si cuenta con una garantía, es decir un mecanismo que asegure una reacción en caso de incumplimiento, defendiendo la efectividad de los mandatos contenidos en el texto constitucional”.⁷² Con el propósito anterior, en alguna ocasión se defendió la tesis que dicho control fuera realizado por el jefe de Estado, como encargado de la defensa de la Constitución.

En este orden de ideas, Carl Schmitt indicaba que no podía haber una justicia constitucional verdadera, pues un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no derivaría en una juridificación de la política, sino al contrario en la politización de la justicia. Para él, “los términos de justicia constitucional son contradictorios pues un tribunal constitucional no conoce jamás conflictos jurídicos, sino solamente

⁷² López Guerra, L. **Introducción al derecho constitucional**. Pág. 193.



conflictos políticos, de tal suerte que el defensor de la Constitución no puede ser un tribunal constitucional, sino únicamente el Presidente de la República".⁷³

En concreto, Schmitt manifestó: "solo mediante el cotejo de tales disposiciones se puede percibir la posición característica del Presidente del Reich según la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich se halla en el centro de todo un sistema – construido sobre fundamentos plebiscitarios– de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aun llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado Legislativo. Antes de instruir un Tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como protector de la Constitución, antes de gravar y poner en peligro la justicia con estas contaminaciones políticas, mejor sería recordar, en primer término, el contenido positivo de la Constitución de Weimar y de su sistema de preceptos. Según el contenido positivo de la Constitución de Weimar, existe ya un protector de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich".⁷⁴ (sic)

Carl Schmitt sostuvo una fuerte polémica con Hans Kelsen, quien defendió la idea que el control de constitucional debía ser realizado por los tribunales constitucionales. Pero la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo supremo y superior, judicialmente tutelado (*judicial review*) es el aporte más importante del

⁷³ Schmitt, Carl. Citado por: Tócora, L. F. **Control constitucional y derechos humanos**. Pág. 49.

⁷⁴ Schmitt, Carl. **La defensa de la Constitución**. Pág. 249



constitucionalismo norteamericano, la cual sin embargo, no surge definitivamente con la Constitución de 1787, sino que fue necesario un desarrollo posterior (sobre todo en *El federalista* de Hamilton, quien aboga por el tratamiento de la Constitución como “Ley Fundamental”; que impone a los jueces una vinculación más fuerte que la debida a las leyes, razón por la cual los tribunales tienen la facultad de inaplicar las leyes del Congreso que la contradigan), el cual culminó, en palabras del profesor García de Enterría, con “la capital Sentencia de 1803 en el asunto Marbury vs. Madison, obra del gran juez Marshall, que concreta definitivamente, en los términos de la Sentencia, que “la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura”,⁷⁵ con lo que se reconoció el poder de los órganos jurisdiccionales de declarar la nulidad de las normas que violan el derecho de la Constitución y se implementó el modelo norteamericano de control de constitucionalidad y su método difuso.

Tales ideas no fueron recibidas por el sistema continental europeo sino hasta después de la Primera Guerra Mundial, aunque con diferencias fundamentales respecto del desarrollo norteamericano, mediante dos vías; “la primera, que se produjo por la articulación del Imperio Alemán y la Monarquía Austro-Húngara, que dio lugar a la Constitución Alemana de Weimar, en la cual se instauró un tribunal con competencia para resolver los conflictos entre ‘los poderes constitucionales’ y, la segunda, representada en la Constitución austriaca de 1920, que recibió los aportes de Hans Kelsen”.⁷⁶

⁷⁵ García de Enterría, E. **La Constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional**. Pág. 55.

⁷⁶ Patiño Curz, S. & Orozco Solano, V. **La inconstitucionalidad por omisión**. Pág. 34.



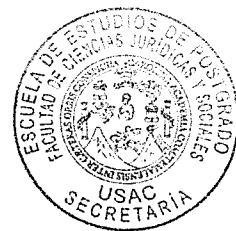
Sobre el particular, hay que destacar la Constitución alemana de 1871 no contemplara ningún órgano que controlara la inconstitucionalidad de los actos y de las omisiones del imperio alemán. “De ahí precisamente que el principio de rigidez constitucional resultara insuficiente para evitar que este instrumento normativo materialmente fuera reformado mediante la emisión de simples leyes ordinarias (como es el caso de las conocidas cláusulas de *Frankenstein*, que eran leyes ordinarias que contradijeron abiertamente disposiciones constitucionales en materia aduanera), en los procesos que Laband y Jellinek denominaron *mutación constitucional (die verfassungswandlung)*”.⁷⁷

3.3. El modelo estadounidense de control de constitucionalidad de las leyes

Fue en la sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison*, en la que se afirma por primera ocasión el alcance normativo de la Constitución y el control de constitucionalidad. El razonamiento desarrollado por el juez Marshall en esta sentencia, se puede exponer de la siguiente forma:

- Una afirmación de principio: “La Constitución escrita ha sido considerada desde siempre como la Ley fundamental y superior de la Nación, y consecuentemente la

⁷⁷ Jellinek, G. *Teoría general del Estado*. Pág. 438.



teoría de tales Gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo”.⁷⁸

- La necesidad de optar por una de las dos normas (Constitución/Ley) en conflicto: “si una ley está en oposición a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución son aplicables al caso particular; el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso”.⁷⁹
- La lógica preeminencia de la Constitución: “si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier otro acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas”.⁸⁰

Tales ideas luego fueron reiteradas en el asunto *Martin versus Hunter's Lesse*, en cuya virtud los jueces norteamericanos valoran la adecuación de las leyes a la Constitución en cualquier caso que ha sido sometido a su conocimiento, manifestándose entonces el método difuso de control de constitucionalidad.

⁷⁸ González-Trejiviano Sánchez, P. J. **El tribunal constitucional**. Pág. 24.

⁷⁹ **Ibid.**

⁸⁰ **Ibid.**



Sobre el particular, Tocqueville manifestó: “los americanos habrían reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes (con la consiguiente) no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales”.⁸¹

De igual modo, dado el procedimiento agravado de reforma de la Constitución que establece el Artículo V, en el sistema de justicia constitucional norteamericano se ha sostenido “al contrario, la impresión que prevalece es que es casi imposible reformar tal gran instrumento, excepto por medio de una revolución”.⁸²

3.3.1. El modelo difuso de control

“La primera de característica es que corresponde a todos los órganos jurisdiccionales la potestad y el deber de determinar si las leyes se adecuan o no al Derecho de la Constitución; la segunda es que el control de constitucionalidad de las leyes se produce en el ámbito de la actividad jurisdiccional; la tercera es que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no trascienden del caso concreto que ha sido sometido a conocimiento de los órganos jurisdiccionales y, la última es la naturaleza declarativa, no constitutiva de tales decisiones, de modo que no aplica la norma

⁸¹ Tocqueville, A. **La democracia en América. Tomo I.** Pág. 93.

⁸² Marbury, W. L. **The limitation upon the amending power.** En: **Harvard Law Review. Vol. XXXIII.** Pág. 223.



inconstitucional porque así la considera *ab initio*".⁸³ De ahí que el modelo norteamericano, siguiendo a Dominique Rousseau, se distingue "por sus característica difusa o descentralizada, en el caso concreto, principalmente incidental y a posteriori".⁸⁴

En el método difuso de control de constitucionalidad todos los órganos jurisdiccionales, al determinar cuál es la norma aplicable al caso concreto, deben valorar si se adecua o no al derecho de la Constitución y, si es del caso, declarar su inconstitucionalidad y su inaplicación, interpretándose directamente la Norma Fundamental.

De igual forma, en este método de control de constitucionalidad únicamente le corresponde a los órganos jurisdiccionales, no así a los funcionarios administrativos u otros, realizar esa función, de modo que los funcionarios administrativos siempre permanecen vinculados por la ley.

A diferencia del método concentrado de control de constitucionalidad, las decisiones de los órganos jurisdiccionales únicamente producen efectos para el caso concreto, es decir "*inter partes*", de modo que no trascienden del asunto que ha sido sometido ante ellos.

⁸³ Jurado Fernández, J. **Jueces y Constitución**. Pág. 25.

⁸⁴ Rousseau, D. **La justicia constitucional en Europa**. Pág. 16.



La naturaleza declarativa de las decisiones de los órganos jurisdiccionales en el modelo norteamericano de control de constitucionalidad, alude a que posee efectos “*ex tunc*” (declarativos y retroactivos), de tal manera que se limita a constatar una inconstitucionalidad ya existente, pero no a constituir una nueva situación a partir de esa declaratoria. “A este modelo de control de constitucionalidad se le ha criticado la incertidumbre y la inseguridad jurídica que se puede producir, si un tribunal desaplica por inconstitucionalidad una norma, mientras que otro estima lo contrario”.⁸⁵ (sic)

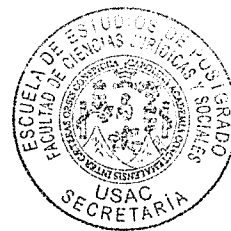
Al respecto, Mauro Cappelletti agrega: “además, podría suceder que el mismo órgano judicial, que ayer no había aplicado una ley dada, la aplica por el contrario hoy, habiendo cambiado opinión sobre el problema de su legitimidad constitucional. Podrían formarse importantes contrastes de tendencia entre órganos judiciales de diferente jerarquía, materia, o entre jueces de más o menos experiencia o edad”.⁸⁶

Dichos problemas, sin embargo, son resueltos en alguna medida mediante el principio del *stare decisis*, el cual es el fundamento anglosajón de los precedentes jurisdiccionales. “Este principio impone en el sistema de los Estados Unidos de América la obligación de aplicar los precedentes jurisprudenciales de tribunales de mayor jerarquía, lo que resulta muy útil para evitar la dispersión jurisprudencial”.⁸⁷

⁸⁵ Solís Fallas, A. **La dimensión política de la justicia constitucional. Impresiones.** Pág. 41.

⁸⁶ Cappelletti, Mauro. **La justicia constitucional (estudios de derecho comparado).** Pág. 68.

⁸⁷ Tócora, L. F. **Op. Cit.** Pág. 53.



3.3.2. Objeto del modelo difuso de control

En lo que respecta al objeto del método difuso de control de constitucionalidad, la doctrina es conteste al señalar que está rigurosamente limitado a los asuntos propios de la competencia jurisdiccional común (es decir, los conflictos de intereses o controversias entre estos y el Estado), de modo que no son susceptibles de control los actos de gobierno (o sea, los actos dictados con motivo de las relaciones entre órganos constitucionales y los internacionales). De lo anterior se deduce que el método difuso es menor proclive a la *“juridificación de la política”*, en los términos de Carl Schmitt.

En síntesis, los principios generales del sistema constitucional de los Estados Unidos sobre los que descansa el *judicial review*, son los siguientes:

- “Que la Constitución vincula a los órganos estatales;
- Que la Constitución es Derecho en el sentido que debe ser aplicado por los jueces;



- Que la función de interpretar el Derecho vigente es exclusiva del Poder Judicial, de tal manera que la interpretación de la Constitución, realizada por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, es vinculante *—authorative—*.⁸⁸

3.4. El modelo europeo de control

En principio, dicho modelo de control de constitucionalidad no fue desarrollado, sino hasta el período entre guerras, teniendo en cuenta el contenido de las constituciones de Weimar, Austria, Checoslovaquia y España. De modo que durante el siglo XIX, en Europa no fueron bien recibidas las ideas relativas al carácter normativo de la Constitución y el principio de supremacía. Por el contrario, imperó el principio de primacía de la ley como “criterio para solucionar los problemas sobre la división de poderes, lo que corresponde al período histórico que dio origen al Estado Liberal en Francia”.⁸⁹

3.4.1. El modelo de control del siglo XIX en Europa

En esta época se produjo la supeditación de los jueces al imperio de la ley, dada la desconfianza existente hacía ellos, y la consideración de la jurisdicción como una

⁸⁸ Jurado Fernández, J. *Op. Cit.* Pág. 32.

⁸⁹ *Ibid.* Pág. 34.



concepción como producto de la razón y expresión de la voluntad soberana, no así de un poder del Estado. En este sentido, es claro que las constituciones francesas del siglo XIX son expresiones de un Constitucionalismo sin Constitución (lo cual se extendió a la mayor parte del Continente Europeo). De acuerdo con Acosta Sánchez, ello corresponde a:

- “Un proceso de implantación en Europa del Estado Liberal durante el siglo XIX, el cual se desenvuelve a través de una serie de compromisos entre la aristocracia y la burguesía en torno a la monarquía;
- El proceso histórico que culminó con la implantación en Inglaterra del régimen parlamentario, pudiéndose concluir entonces que el siglo XIX corresponde a la implementación del parlamentarismo en Europa, pero no el de la normatividad de la Constitución;
- La hegemonía británica durante el siglo XIX, que impide la recepción de las ideas norteamericanas relativas al control de constitucionalidad;
- El reconocimiento de la imposibilidad de las Constituciones normativas de limitar la actividad del legislador”.⁹⁰

⁹⁰ Acosta Sánchez, J. **Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional**. Págs. 149-150.



De lo anterior, se deduce que durante el siglo XIX la mayoría de las Constituciones eran de carácter material y flexible, de tal forma que podían ser reformadas mediante el mismo procedimiento de emisión de una ley.

Este fenómeno de supremacía de la ley en el continente europeo durante el siglo XIX, fue explicado por el profesor García de Enterría de la siguiente forma: “debe notarse todavía que el largo reflejo histórico de la lucha de los Parlamentos con los monarcas había sensibilizado el sistema hacia el dogma de la soberanía parlamentaria, que implicaba la superioridad absoluta de las leyes y su correlativa inmunidad judicial, lo que aún se reforzaba por el temor hacia la formación conservadora de los jueces y a su carácter profesional y no electivo, a los cuales, por tanto, no resultaba fácil confiar un control de la voluntad popular expresada en la ley por los representantes parlamentarios”.⁹¹

Desde esta perspectiva, “el control judicial en la historia francesa se circunscribe a la supervisión de los actos ilegales del Gobierno y la Administración, por medio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que ostentaba el Consejo de Estado, no así, en la verificación jurisdiccional de la adecuación a las leyes a la Constitución”⁹², la cual, como ya se indicó, no tenía ninguna garantía jurisdiccional y, por ende, estaba desprovista de un contenido normativo propio y superior a las demás normas del ordenamiento jurídico.

⁹¹ García de Enterría, Eduardo. **Op. Cit.** Pág. 56.

⁹² González-Trejiño Sánchez, P. J. **Op. Cit.** Pág. 25.



3.4.2. El modelo control en el siglo XX en Europa y la génesis de los tribunales constitucionales

Las ideas norteamericanas relativas al reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, el principio de supremacía, así como el establecimiento de controles respecto de las actuaciones y las omisiones de las autoridades públicas con poder normativo, fueron recibidas en el continente europeo mediante dos vías: “la primera, el proceso que dio origen a la Constitución de Weimar y, la segunda, los aportes de Hans Kelsen, que dieron origen a uno de los acontecimientos institucionales más importantes del siglo XX: la aparición y el desarrollo del control jurisdiccional de constitucionalidad (y la justicia constitucional) a través de órganos específicos, que han sido denominados en los distintos países: Tribunales Constitucionales, Consejos Constitucionales, Tribunales Supremos Constitucionales, Salas Constitucionales, etc.”.⁹³

El desarrollo del modelo europeo de control de constitucionalidad y su método concentrado se puede ejemplificar de la siguiente manera:

- Una primera etapa, bajo la inspiración de Hans Kelsen en el proyecto de Constitución austríaca de 1920, que da origen al Tribunal Constitucional Checoslovaco y al Alto Tribunal Constitucional de Austria (Constitución del 1º de

⁹³ Haro, R. **El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales**. Pág. 57.



octubre de 1920), como una década después en la Escuela Republicana, el Tribunal de Garantías Constitucionales (Constitución de 1931).

- Una segunda etapa, que se verifica después de la Segunda Guerra Mundial, en la cual el constitucionalismo da origen al Tribunal Constitucional Italiano de la Constitución de 1948, el Tribunal Constitucional Alemán de la Ley Federal de Bonn de 1949, el Consejo Constitucional Francés de la Constitución de 1958, el Tribunal Constitucional Turco de 1961 y el Tribunal Constitucional Yugoslavo de la Constitución de 1963.
- Y una tercera etapa, en la cual fueron implementados el Tribunal Constitucional Portugués, fruto de la Constitución de 1976 con las modificaciones de 1982, el Tribunal Constitucional Español de la Constitución de 1978, el Tribunal Especial Superior Griego en 1975, el Tribunal de Arbitraje en Bélgica de 1983, y los tribunales establecidos en sus constituciones por Polonia en 1985, Hungría en 1989, Checoslovaquia, Rumania y Bulgaria en 1991.⁹⁴

3.5. El modelo de control propuesto por Hans Kelsen

De lo que se ha venido hablando, se tiene que el modelo europeo de control de constitucionalidad, que inicialmente ponía el acento en el imperio de la ley como

⁹⁴ *Ibid.* Págs. 57-58.



expresión de la voluntad popular, no era compatible con un control de las leyes por parte del Poder Judicial.

Por esa razón, Hans Kelsen propone la creación de un órgano especializado, a quien se atribuye la función de verificar la regularidad constitucional del ordenamiento jurídico. En suma, “un Tribunal Constitucional separado e independiente, tanto del Poder Legislativo, como del ejecutivo y judicial, quien hacía las veces de un legislador negativo”.⁹⁵

En este orden, las ideas de Kelsen parten de la necesidad de garantizar la regularidad de todas las normas a la Constitución; y dentro de este marco, “resulta trascendental el sentido jerárquico piramidal de la estructura del ordenamiento jurídico, en la cual la Constitución está en el vértice de la pirámide por ser la *norma normarum*, mientras que las demás disposiciones están subordinadas a ella”.⁹⁶

Para Kelsen, la Constitución no contiene normas directamente aplicables por el juez sino mandatos o prohibiciones al Legislador; de tal forma que la Constitución es ejecutada por la ley y, ésta, por la sentencia del juez. Por ese motivo, “el juez al ser ejecutor de la ley no puede inaplicar la ley, razón por la que es necesaria la existencia de un órgano inserto en el Poder Judicial, a fin de controlar la constitucionalidad de las

⁹⁵ López Guerra, L. **Op. Cit.** Pág. 201.

⁹⁶ Jurado Fernández, J. **Op. Cit.** Pág. 39.



leyes e invalidarlas si fuera el caso. Dicho órgano, el Tribunal Constitucional, aunque de naturaleza jurisdiccional, tiene una función de legislador negativo cuando expulsa del ordenamiento jurídico las leyes cuyo contenido no se ajuste al contenido de la Constitución".⁹⁷

De esta forma, el modelo kelseniano de control de constitucionalidad configura el "método concentrado, en el cual el Tribunal Constitucional es el único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una Ley y, al cual, habrán de dirigirse los Tribunales cuando estimen que una determinada disposición vulnera la Norma Fundamental, pues carecen del poder de inaplicar tales leyes por sí mismos".⁹⁸

Por otro lado, en lo que atañe a la afirmación realizada por Hans Kelsen, en el sentido de calificar la actividad desplegada por los Tribunales Constitucionales, únicamente como de *legislador negativo*, se debe manifestar lo siguiente:

- a) En primer lugar, esta idea fue justificada en tanto "el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular (...) sino solo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica (*Vereinbarkeit*) entre el pronunciamiento, también abstracto, de una Ley y la norma (abstracta) de la Constitución. Por eso sostiene Kelsen que no hay en ese juicio puramente lógico una verdadera

⁹⁷ Torres Del Moral, A. **Introducción al derecho constitucional**. Pág. 121.

⁹⁸ García de Enterría, E. **Op. Cit.** Pág. 57.



aplicación de la Ley a un caso concreto y, por tanto, no se estaría en presencia de una actividad judicial, que supone una decisión singular”.⁹⁹

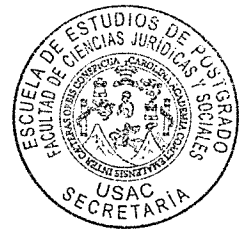
- b) En segundo lugar, que tal enunciado, hoy, aparece completamente superado, pues la actividad realizada por los Tribunales Constitucionales sin duda es una actividad jurisdiccional, teniendo en consideración que esta función actualmente comprende (sin que realice una enumeración exhaustiva), “en primer lugar, la facultad de declarar la nulidad con efectos *erga omnes* y *ex tunc* de las normas jurídicas que vulneran el Derecho de la Constitución; en segundo lugar, la tutela ineludible de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes en el país; en tercer lugar, el control sobre las omisiones de las autoridades públicas que violan la Constitución Política; y en cuarto lugar, la interpretación de las normas jurídicas de conformidad con el Derecho de la Constitución”.¹⁰⁰

Pero también se puede afirmar el carácter jurisdiccional de la función realizada por los Tribunales Constitucionales, en razón de lo siguiente:

- “La sujeción de su función a un método jurídico de interpretación;

⁹⁹ *Ibid.* Pág. 57.

¹⁰⁰ Patiño Cruz, S. & Orozco Solano, V. *Op. Cit.* Págs. 38-39.



- El carácter reglado de la acción del Tribunal Constitucional; la actividad de conocimiento jurídico y no de oportunidad política;
- Su actuación que solo opera a instancia de parte;
- La vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial y contradictorio;
- Los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta la actividad jurisdiccional;
- La posición del Tribunal Constitucional como tercero súper partes".¹⁰¹

3.6. El actual modelo europeo de control

"En la actualidad, el modelo europeo continental de control de constitucionalidad se caracteriza mayoritariamente por la existencia de un único y específico órgano

¹⁰¹ Martínez Sospedra, M. **El Tribunal Constitucional como órgano político**. En: **Dirección General de lo Contencioso del Estado, el Tribunal Constitucional**. Vol. II. Pág. 1794.



jurisdiccional, independiente y separado de los demás órganos jurisdiccionales, que monopoliza la revisión judicial de la ley".¹⁰²

Es decir, por un Tribunal Constitucional, que posee de la competencia para determinar la regularidad constitucional, así como la nulidad de las actuaciones y las omisiones de las autoridades públicas con poder normativo que violan el derecho de la Constitución. También se caracteriza por la existencia de procedimientos específicos para garantizar la supremacía constitucional, a diferencia del método difuso.

De este modo, en este modelo se realiza el examen de constitucionalidad mediante un proceso autónomo y abstracto, al margen de cualquier proceso de aplicación de la Constitución o la ley al caso concreto, lo cual lo diferencia de manera radical del método de control difuso. De igual forma, por los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, los cuales son de alcance general, *erga omnes*, y *ex tunc*, es decir, retroactivos a la entrada en vigencia de la norma impugnada.

Además, en este modelo de control de constitucionalidad, "el juez ordinario se encuentra fuertemente vinculado a la legislación, de modo que no tiene la potestad

¹⁰² Aguiar de Luque, L. **El control de constitucional de normas en el modelo europeo de justicia constitucional**. Pág. 26.



para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas, particularmente de la ley, pues ello queda reservado al Tribunal Constitucional”.¹⁰³

Por último, este modelo de control de constitucionalidad se caracteriza por el hecho que “a los Tribunales Constitucionales, además de haberse encomendado las funciones relativas al control propiamente dicho, también realizan la tutela de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo y la resolución de los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales del Estado”.¹⁰⁴

3.7. El modelo iberoamericano de control

Además del modelo norteamericano y el europeo de control de constitucionalidad, algunos constitucionalistas latinoamericanos han insistido en la existencia de un modelo iberoamericano de Justicia Constitucional, en el cual ciertamente (y en la mayoría de los países que comprende) coexisten el método difuso y el concentrado. Es decir, se trata de un método mixto, el cual tiene como antecedentes inmediatos los sistemas de justicia constitucional de Venezuela y Colombia. Luego se ha instaurado en todos los países de la región aunque no de la misma manera.

¹⁰³ Jurado Fernández, J. **Op. Cit.** Pág. 46.

¹⁰⁴ Monroy Cabra, M. G. **Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de derecho.** Pág. 21.



En este sentido, don Rodolfo Piza Escalante insistió “que no es correcto, ni justo reducir los modelos de Justicia Constitucional a los dos paradigmas a los que se ha hecho costumbre referir, con simplismo, todos los sistemas conocidos: el norteamericano o ‘difuso’ y el europeo o ‘concentrado’, cuyas categorías o criterios, aun combinados, no alcanzan para explicar el que, con perfiles y caracteres propios, no reductibles a los otros dos –además, anterior al nacimiento del segundo y hasta de que ilustre creador– puede bautizarse de ‘iberoamericano’ –para incluir al Brasil y no hacerlo con Haití, que no tienen nada que decir en esta materia–”.¹⁰⁵

3.8. Génesis del modelo iberoamericano de control

Este modelo tiene como sus representantes más antiguos los sistemas de justicia constitucional de Colombia y Venezuela, en los cuales se configura un método mixto de control de constitucionalidad, que, en el supuesto del concentrado, incluso es anterior a las ideas de Hans Kelsen y a su implantación en el modelo continental europeo. “Este sistema también funciona con rasgos muy similares en Guatemala, Perú, Brasil y El Salvador”.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Piza Escalante, R. *La justicia constitucional en Costa Rica*. Pág. 66.

¹⁰⁶ Brewer Carias, A. R. *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I. Pág. 163.



En efecto, en el Artículo 113.8 de la Constitución de Venezolana de 1858, se atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para: “declarar la nulidad de los actos legisladores sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución”. Además, de este control concentrado de constitucionalidad, se estableció uno difuso, de tal manera que todos los jueces gozaban también de la competencia para inaplicar una norma jurídica que no se adecue al derecho de la Constitución.

3.9. Particularidades del modelo iberoamericano de control

Entre las características de este modelo iberoamericano o integral de justicia constitucional se pueden señalar, “en primer lugar, la existencia de una acción popular de inconstitucionalidad, que faculta a cualquier ciudadano para impugnar la constitucionalidad de una ley, por el mero interés de hacer valer el Derecho de la Constitución, en segundo lugar, la combinación de ambos métodos de control de constitucionalidad, el concentrado y el difuso, y el establecimiento de un recurso directo, no subsidiario, de naturaleza sumaria e interdictal, para la defensa de los derechos fundamentales”,¹⁰⁷ tal y como es exigido por el Artículo 25 de la Convención Americano sobre Derechos Humanos.

¹⁰⁷ Tócora, L. F. **Op. Cit.** Pág. 56.





CAPÍTULO IV

4. Democracia y control de constitucionalidad de las leyes

4.1. El sistema de la democracia constitucional

La democracia es producto del desarrollo cultural de las sociedades, no solamente parece haberse arraigado como un modelo de forma de Estado o de forma de gobierno en los países occidentales, sino que los métodos democráticos se han afianzado en diversos aspectos de la vida social. "Se estima que a mediados de la década de los años setenta del siglo XX, dos tercios de los Estados del mundo eran autoritarios, mientras que en los últimos años menos de un tercio de los países tienen un régimen autoritario y el número de países considerados democráticos se ha incrementado considerablemente. La democracia se ha convertido en el elemento fundamental de la legitimidad política".¹⁰⁸

En los últimos años se han registrado importantes avances en la democratización de la mayor parte de los países del mundo. Se han ampliado las libertades públicas, se avanza en la consolidación de un sistema competitivo y plural de partidos políticos (condición necesaria de un Estado democrático), se renuevan periódicamente los

¹⁰⁸ Held, David. **Modelos de democracia**. Pág. 13.



órganos legislativos y ejecutivos mediante elecciones libres y auténticas, y se fortalece la división de poderes, con jueces y tribunales más independientes. Ello, ha traído como consecuencia el fortalecimiento de las instituciones republicanas y una expansión de los derechos fundamentales.

También existe una vocación clara y decidida de los ciudadanos por la democracia. Al lado de la multiplicación de los regímenes democráticos, cabe advertir —como lo ha puesto de relieve Bovero— que se ha extendido la influencia de lo que el mismo profesor italiano denomina el “modelo uniforme de democracia degenerada”¹⁰⁹ que tiene como elementos básicos: el patrimonialismo, la creación mediática de los actores políticos —incluidos los candidatos electorales— y la personificación del enfrentamiento político, entre otros.

En esta forma degenerada de democracia, los aparentemente más aptos son los peores. De ahí que Bovero haya forjado el término “*kakistocracia*” para referirse al gobierno de los peores. Es pertinente destacar que el Derecho puede constituir un valladar contra este hecho definido por Bovero, en tanto que los jueces y tribunales, conforme con sus atribuciones, han de sancionar el desvío de poder; en particular, deben evitar que las autoridades sujetas al control se desborden de los cauces constitucionales y legales en perjuicio de los derechos fundamentales.

¹⁰⁹ Bovero, Michelangelo. **Globalización, democracia. Derechos.** En: *Revista “Este país”*. Págs. 5-6.



Ahora bien, fuera de algunas ideas generales y vagas, como que la democracia es el gobierno cuyo titular es el *demos*, no parece haber un acuerdo unánime entre juristas, politólogos y filósofos acerca del significado de “democracia”, siendo que, además, es un término de los denominados prestigiosos que todo régimen político pretende asumir y prácticamente nadie estaría dispuesto a repudiar.

Aun así, toda concepción adecuada de la democracia debe dar cuenta tanto de una dimensión formal como de una dimensión sustancial. La democracia no es simplemente una cuestión de reglas o procedimientos (“el cómo” tomar ciertas decisiones), sino centralmente tiene que ver con “el qué” de las decisiones, lo que supone no solo un respeto irrestricto y una expansión de los derechos fundamentales, sino también una cabal observancia de los otros principios básicos del modelo de Estado constitucional de derecho, como el principio de legalidad (que abarca también el principio de constitucionalidad), la separación de poderes, la independencia de la jurisdicción y un sistema de frenos y contrapesos.

Esto es lo que Ferrajoli denomina el paradigma de la “democracia constitucional”¹¹⁰ que, además, es pluridimensional, ya que articula diversas dimensiones de la democracia: la democracia política, la democracia liberal, la democracia civil y la democracia social.

¹¹⁰ Ferrajoli, Luigi. **Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero.** En: **Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas.** Pág. 15.



La separación de poderes y la independencia judicial son claves en una democracia constitucional, toda vez que constituyen el prerequisite de un adecuado control de la constitucionalidad del ejercicio de los poderes. Someter al imperio del derecho a quienes ejercen el poder político y garantizar, así, los derechos fundamentales, constituye uno de los principales objetivos del Estado constitucional de derecho.

Es bien sabido que en el Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada en París el 26 de agosto de 1789, se estableció: "Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución". Ello implica que, no puede haber Constitución sin control de la constitucionalidad, ya que la justicia constitucional garantiza los derechos fundamentales previstos, en la mayoría de los casos, en normas de rango constitucional.

Esto es, no hay derechos fundamentales sin la garantía de la supremacía constitucional y esta solo puede ser garantizada efectivamente por un tribunal de constitucionalidad. Este es el significado de una Constitución rígida. Así, Constitución, justicia constitucional, separación de poderes y un sistema de frenos y contrapesos, constituyen un todo articulado.



De este modo, contrariamente a lo que algunos teóricos sostienen, existe una conexión estrecha e importante entre jueces constitucionales y democracia. Algunos teóricos argumentan que no hay conexión alguna o solo hay una conexión indirecta, ya que se afirma que los jueces tienen una función eminentemente técnica, no política. “Hay una distinción tajante entre gobernar y juzgar, entre *gubernaculum* y *iurisdictio*. Mientras que las instancias de conducción política tienen que negociar intereses muchas veces contrapuestos, hacer compromisos, buscar consensos legítimos, por ejemplo, para implementar política, los tribunales, por su parte, tienen la función de aplicar desinteresadamente –de forma no comprometida– el Derecho tal y como es”.¹¹¹

La mejor garantía para los justiciables es que los jueces desarrollen óptimamente esta función y, además, en forma exclusiva. Por lo tanto, de acuerdo con dicha interpretación tradicional de la doctrina de la división de poderes, no corresponde a los jueces intervenir activamente en el equilibrio del poder. Pero esta no es la única interpretación de dicha doctrina.

Si bien la distinción entre *gubernaculum* y *iurisdictio* es correcta, e igualmente es correcta la idea de que los jueces han de “aplicar” el derecho en forma desinteresada, tal como es, en tanto que el juez no puede decidir con base en sus convicciones personales, morales, políticas o de otro tipo, por más plausibles que pudieran ser; el principio de separación de poderes (o, según algunos autores, “distribución de

¹¹¹ Tamayo y Salmorán, Rolando. **La división de poderes y los tribunales. Una desmitificación**. Pág. 241.



funciones”) puede tener una lectura distinta, bajo la cual la función de los jueces puede enfocarse desde una perspectiva diferente.

Bajo este enfoque, en tanto que los jueces son garantes de los derechos fundamentales y, en esa medida, de que los órganos del poder público en el ejercicio de sus atribuciones se ajusten a sus respectivos límites, es claro que en dicha tarea no son simples ejecutores mecánicos, aun cuando tampoco han de ejercer un activismo desbordado en detrimento de la seguridad jurídica. Entre estos extremos hay un amplio espectro de actuación judicial plausible.

Como ha señalado Archibald Cox, la doctrina de la separación de poderes no significa simplemente oponer un poder a otro sino también “multiplicar los lugares a los cuales un ciudadano puede recurrir en busca de desagravio a las ofensas que le fueron inferidas”.¹¹²

Observa, además, que, “dado el volumen y el quehacer de las ramas políticas de gobierno, el Poder Judicial es con frecuencia y en forma cada vez más creciente el único sitio donde puede lograrse el desagravio; la multiplicación de los centros a los cuales los ciudadanos pueden recurrir para lograr un remedio jurisdiccional a tales agravios, una vez que se aplica en casos concretos la ley creada por la mayoría y se

¹¹² Cox, Archibald. **El rol de la Suprema Corte en el gobierno americano**. Pág. 137



aprecian de mejor manera sus efectos nocivos sobre ciertos sectores de la sociedad, contribuye a la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos de las minorías”¹¹³ la salvaguarda de la supremacía de la Constitución y la consolidación de la democracia constitucional. Al respecto, cabe recordar, con Kelsen, que “la justicia constitucional es un medio eficaz de protección de las minorías contra los abusos de la mayoría”.¹¹⁴

Si la separación de poderes tiende a garantizar la democracia y si un efectivo Poder Judicial tiende a garantizar la separación de poderes, entonces, un efectivo Poder Judicial tiende a garantizar la democracia.

Por supuesto, no se pretende sostener en forma alguna que la seguridad sea un valor jurídico absoluto, ya que en ciertos casos la seguridad jurídica debe ceder frente a otros valores también previstos constitucionalmente, como la dignidad de la persona, en el entendido de que la ponderación de los valores jurídicos encontrados no debe reducirse al caso concreto, sino a la de las circunstancias generales de ese tipo de casos. En tanto que la seguridad jurídica, si bien no es una condición suficiente, si es una condición necesaria del imperio del derecho, no puede haber Estados constitucionales democráticos de derecho sin seguridad jurídica.

¹¹³ *Ibid.* Pág. 137.

¹¹⁴ Kelsen, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)**. En: **Escritos sobre la democracia y el socialismo**. Pág. 152.



4.1.1. La seguridad jurídica

Una exigencia básica del modelo de Estado constitucional democrático de derecho es que los ciudadanos gocen de un alto grado de seguridad jurídica, es decir, que el ejercicio del poder público esté restringido por reglas jurídicas.

Algunos autores piensan que una atención desmedida o un interés exclusivo sobre la seguridad jurídica, como si fuera el único valor fundamental del derecho, es peculiar del “formalismo jurídico”. Sin embargo, no hay que ser formalistas en este sentido para reconocer la importancia de la seguridad jurídica; se la puede reconocer sin que ello implique negar la importancia de otros valores que el orden jurídico generalmente tutela.

Con independencia de estimar que la seguridad está enraizada en una necesidad básica humana consistente en contar con una guía confiable, cabe afirmar que “la seguridad, como valor jurídico, ha sido un motor incesante de la evolución jurídica; un motor de la lucha por el Derecho”¹¹⁵ como diría Rudolf von Ihering. Así, como ha mostrado Pérez Luño, “desde la Ley de las XII Tablas hasta idea del tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil en la tradición contractualista, pasando por la Carta

¹¹⁵ Von Ihering, Rudolf. **La lucha por el derecho**. Pág. 15.



Magna de 1215, un Estado de seguridad jurídica ha presupuesto la superación de la incertidumbre en cuanto a cuál es el Derecho”.¹¹⁶

“Tradicionalmente, la seguridad jurídica se consideró que se integraba con dos aspectos estrechamente relacionados, aunque distintos: la ‘seguridad de orientación’, o certeza del orden, y la ‘seguridad de realización’, o confianza en el orden”.¹¹⁷ La seguridad de orientación concierne al “qué” de las disposiciones jurídicas, es decir, entraña que los destinatarios tengan un conocimiento razonable de las reglas jurídicas y, por ende, estén en condiciones de guiar su conducta con arreglo a las mismas, mientras que la seguridad de realización atañe a la eficacia de tales disposiciones o del sistema en su conjunto.

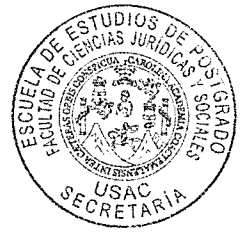
Sin embargo, como lo puso de relieve el profesor Eduardo García Máynez, “puede haber órdenes jurídicos inicuos y eficaces, en los que los destinatarios saben cuáles son las disposiciones aplicables, pero ese conocimiento y eficacia, lejos de inspirar confianza, generan temor e inseguridad”.¹¹⁸

No se soslaya que con frecuencia la seguridad ha sido, y puede ser, objeto de manipulación ideológica. Así, en los Estados totalitarios, una supuesta seguridad

¹¹⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique. **La seguridad jurídica**. En: Garzón Valdés, Ernesto; Laporta, Francisco. **El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II**. Pág. 481.

¹¹⁷ García Máynez, Eduardo. **Filosofía del derecho**. Pág. 478.

¹¹⁸ *Ibid.* Pág. 479.



jurídica con frecuencia ha encubierto la aplicación inexorable de leyes injustas. Por ejemplo, los judíos alemanes bajo el régimen nazi tenían la posibilidad de predecir con facilidad que podían ser objeto de discriminación sobre la base de las reglas jurídicas vigentes. Pero una noción de seguridad jurídica que se reduzca a este tipo de predictibilidad tiene que estar equivocada.

Una genuina seguridad jurídica, como un componente necesario del imperio del Derecho, es la antítesis de la arbitrariedad. En todo caso, la seguridad jurídica cabe ser compatible con el Estado constitucional democrático de derecho; en particular, debe garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, lo que significa que estos han de poder ser ampliados, pero están sustraídos del poder mayoritario, incluso unánime —esto es, de las legislaturas—, con el objeto de que no sean indebidamente reducidos o suprimidos.

Por ello, parece necesario distinguir —como lo hace Alexander Peczenik— entre un concepto formal de seguridad jurídica y un concepto material o sustancial de seguridad jurídica. “Una noción meramente formal de seguridad jurídica es compatible con prácticas violatorias de los derechos fundamentales, por lo que debe ser sustituida por una noción material o sustancial de seguridad jurídica, consustancial de la democracia.



En este segundo sentido, la seguridad jurídica no equivale, ni implica, una defensa del *statu quo* o un conservadurismo".¹¹⁹

Así como "no todo Estado es Estado de derecho", en sentido técnico, según la opinión de Elías Díaz, "no cualquier orden jurídico constituye un sistema de seguridad jurídica".¹²⁰ La eficacia de un sistema jurídico no se traduce necesariamente en seguridad jurídica. La seguridad jurídica no es un simple hecho, sino más bien un valor; un valor jurídico fundamental. Como dice Antonio-Enrique Pérez Luño, la "seguridad jurídica es un valor que el Derecho debe garantizar".¹²¹

La seguridad jurídica es, básicamente, un tipo de certidumbre especial que no se agota en la simple existencia de reglas jurídicas que poseen ciertos rasgos. En efecto, para que haya seguridad jurídica, si bien es necesario que las reglas sean públicas, generales, abstractas, relativamente estables, claras, no contradictorias, entre otros rasgos, ello no es suficiente.

Tampoco es suficiente la mera existencia de un sistema de órganos jurisdiccionales, que aplique reglas preexistentes con tales características a casos particulares porque

¹¹⁹ Peczenik, Alexander. **Estado de derecho, seguridad jurídica y legitimidad del derecho**. En: **Derecho y razón**. Pág. 135.

¹²⁰ Díaz, Elías. **Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales**. En: **Revista Sistema**. P. 6.

¹²¹ Pérez Luño, Antonio Enrique. **La seguridad jurídica**. Pág. 58.



aun cuando la existencia de ciertos órganos que aplican normas para sancionar conductas desviantes puede generar un cierto grado de certidumbre, ello resulta insuficiente.

Como dice Francisco Laporta: “Cuando se habla de seguridad jurídica no se hace referencia a la mera existencia, por ejemplo, de jueces y tribunales, sino a esa certidumbre cualificada que se obtiene cuando, al lado de ello, se satisfacen ciertas exigencias tanto en los órganos como en el procedimiento mediante el que se dirimen las controversias”.¹²²

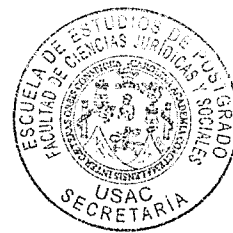
Cuando hay certeza jurídica —como manifiesta Comanducci— cada gobernado está en posibilidad “de prever cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus propias acciones y cuáles serán las decisiones de los órganos de aplicación en el caso en que su comportamiento deba ser juzgado conforme al Derecho”.¹²³

Francisco Laporta señala tres elementos principales de la seguridad jurídica: “accesibilidad, imparcialidad y racionalidad”.¹²⁴ Existen dos componentes más que, aunque están de algún modo presentes en el planteamiento de Laporta, es necesario

¹²² Laporta, Francisco. **Imperio de la ley y seguridad jurídica**. En: Díaz, Eías; Colomer, José Luis. **Estado, justicia, derechos**. Pág. 116.

¹²³ Comanducci, Paolo. **Razonamiento jurídico. elementos para un modelo**. Pág. 98.

¹²⁴ Laporta, Francisco. **Op. Cit.** Pág. 120.



desarrollar más: uno relativo a la independencia judicial y otro concerniente al sistema de frenos y contrapesos.

4.1.2. El derecho de acceso a la justicia

El acceso a la justicia no consiste simplemente en la posibilidad de que los justiciables tengan acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que entraña un acceso efectivo que implica la remoción de cualquier obstáculo formal o material que impida tal acceso, como las carencias del sistema de administración de justicia o de los justiciables, por ejemplo, la falta de una representación técnica suficiente o de asistencia jurídica adecuada que impida superar los complejos y oscuros formalismos.

En el ámbito de procesos constitucionales, en una interpretación garantista y antiformalista del acceso a la justicia, se pueden amalgamar algunos principios que han surgido de la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales en el conocimiento de acciones constitucionales en diversas materias:

- a) Basta que el actor exprese en su demanda con claridad la *causa pretendi*, precisando la lesión o agravio que le causa el acto o resolución impugnado y su pretensión, para que el Tribunal se ocupe de su estudio, sin necesidad de sujetarse a determinados formalismos o solemnidades; incluso, los agravios pueden



encontrarse en cualquier parte del escrito de demanda y no necesariamente en algún capítulo particular, además de que el juez debe interpretar el acto por el cual se interpone un medio de impugnación para determinar la verdadera intención del actor.

- b) El error en la elección o designación de la vía impugnativa no determina necesariamente su improcedencia, debiéndosele dar a la impugnación el trámite que corresponde si es manifiesta la voluntad del inconforme de oponerse a determinado acto.
- c) Las normas procesales, especialmente aquellas por las que se imponen cargas, deben interpretarse de la forma que resulten más favorables para los pueblos o comunidades indígenas, atendiendo al carácter tuitivo o tutelar de los medios procesales encaminados a la protección de los derechos del ciudadano y para garantizarles a tales pueblos o comunidades el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado.
- d) Asimismo, como una manifestación de la idea de la totalidad, efectividad o integralidad de la tutela jurisdiccional o acceso total a la justicia, para tener por satisfecho el correspondiente requisito de procedencia de la acción para la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, basta que quien



promueve aduzca que con el acto o resolución impugnado se cometieron en su perjuicio presuntas violaciones a cualquiera de los derechos fundamentales, independientemente de que en el fallo que se llegue a emitir se puedan estimar fundadas o infundadas tales alegaciones; se trata, pues, de un elemento de carácter formal.

Igualmente, algunas acciones en materia constitucional se han considerado procedentes no solo cuando se alegan violaciones directas a derecho fundamentales, sino cuando se aducen presuntas violaciones a otros derechos fundamentales que se encuentren estrechamente vinculados a los denunciados como violados, cuya protección sea indispensable para no hacer nugatorios aquellos.

De manera similar, cuando en una acción constitucional se establece que solo procederá contra actos o resoluciones que violen algún precepto de la Constitución, ello debe entenderse en un sentido formal, relativo a su establecimiento como requisito de procedencia.

- a) En algunos procesos constitucionales, se contempla la suplencia de la deficiencia de la queja o la omisión de los agravios, siempre que estos puedan deducirse claramente de los hechos expuestos en la demanda, en beneficio del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, en el entendido de que sería conveniente que



dicha institución legalmente se ampliara a la totalidad de los respectivos procesos constitucionales o medios de impugnación, teniendo en cuenta que su objetivo es salvaguardar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones, así como la naturaleza del orden público de las normas que tutela.

- b) El ejercicio prudente de facultades discrecionales por parte del órgano o funcionario público, con el objeto de conocer la verdad material.
- c) Igualmente, se ha sostenido que los partidos políticos, por su naturaleza de entidades de interés público, tienen derecho a ejercer cierto tipo de acciones procesales que gozan las características de las de interés público o colectivas, por las cuales se tutelan los intereses difusos de comunidades indeterminadas o amorfas y se ejercen en favor de los integrantes de cierto grupo, clase o sociedad.

Se trata, en suma, de “colocar a la garantía de la tutela jurisdiccional, a la luz de una concepción total o completa de la justicia, según la cual el acceso a un remedio jurisdiccional no puede quedar supeditado a la existencia previa de un derecho sustantivo”,¹²⁵ tal como se muestra en la distinción entre legitimación *ad procesum* y la legitimación *ad causam*.

¹²⁵ Taruffo, Michele. **La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?** En: Ibáñez, Perfecto Andrés. **Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción.** Pág. 135.



4.1.3. La exigencia de imparcialidad

La imparcialidad de los juzgadores constituye uno de los principios fundamentales de la impartición de justicia, sin los cuales no es posible obtener seguridad jurídica alguna. Desde un punto de vista normativo, los jueces no pueden decidir los asuntos sometidos a su jurisdicción conforme a sus convicciones personales (sean morales, políticas o de cualquier otra índole) sino exclusivamente con base en las razones de carácter jurídico. La administración de justicia que impartan los tribunales no solo debe ser de manera pronta y completa sino *imparcial*; asimismo, en el ejercicio de la función estatal de impartir justicia, la *imparcialidad* y la independencia son dos de los principios rectores.

Para garantizar la imparcialidad, señala Francisco Laporta, “se han establecido en las leyes procesales ciertas causas tasadas de la posible parcialidad (objetiva) que permiten a los justiciables cuestionar la idoneidad del juzgado (por ejemplo, afiliación a organizaciones políticas, parentesco con alguna de las partes, conflictos de interés)”.¹²⁶ Pero también puede existir una parcialidad “más subjetiva” (constituida por creencias, prejuicios, ideologías, estereotipos) que podría condicionar las decisiones judiciales.

De ahí la exigencia de lo que Laporta denomina “transparencia” que —si se entiende bien—, permite que el juzgador determine la solución normativa conforme con el

¹²⁶ Laporta, Francisco. **Op. Cit.** Pág. 117.



derecho aplicable sin que circunstancia alguna personal pueda perturbar el procedimiento para alcanzarla. La exigencia de racionalidad de las decisiones judiciales puede, sin no eliminar completamente, sí minimizar la influencia de tales factores.

4.1.4. La exigencia de independencia judicial

La independencia judicial constituye una garantía para que los jueces y tribunales impartan justicia, atendiendo a los méritos de los casos específicos de que conozcan, con independencia de toda injerencia o poder extraño al derecho. En este sentido, “la independencia judicial es, sin duda, uno de los aspectos más importantes de la “distribución ordenada de los poderes”, ya que es una garantía del Estado constitucional de Derecho a fin de asegurar una protección efectiva del control de la constitucionalidad de las leyes, actos y resoluciones”.¹²⁷

Al efecto, en la legislación se prevén diversas salvaguardas jurídicas orientadas a evitar que los juzgadores puedan ser presionados con sanciones, represalias o, incluso, aparentes recompensas, por parte de quienes obtengan sentencias judiciales contrarias o, en su caso, coincidentes con sus intereses.

¹²⁷ Elster, Jon. **Régimen de mayorías y derechos individuales**. En: Shute, Stephen; Hurley, Susan. **De los derechos humanos**. Pág. 181.



La función asignada a un tribunal constitucional solo puede ser realizada si es razonablemente independiente de los otros poderes. En efecto, la independencia judicial constituye un prerequisite indispensable para que el Poder Judicial pueda realizar funciones de contra poder. Como dice Perfecto Andrés Ibáñez, el Poder Judicial “debe ser firme en la independencia, que es lo que lo habilita para desarrollar funciones de *contrapoder* cuando su deber constitucional de ser garante de la constitucionalidad y de la legalidad así lo requiera”.¹²⁸

Joseph Raz sostiene que las disposiciones sobre la independencia judicial “están hechas para garantizar que los jueces procedan libres de presiones extrañas y sean *independientes de toda autoridad, salvo de la autoridad del Derecho*”.¹²⁹ Sin embargo, como lo manifiesta Rodolfo Vázquez, “independencia judicial no es lo mismo que neutralidad. Ser independientes e imparciales no significa ser moralmente neutro, sino implica desempeñar un papel activo en defensa de la autonomía personal y del proceso de deliberación democrática”.¹³⁰

Con todo, la independencia de las autoridades jurisdiccionales implica un doble aspecto: el único tipo de consideraciones que los tribunales pueden invocar para

¹²⁸ Ibáñez, Perfecto Andrés. **La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis de estado de derecho.** En: Laporta, Francisco J.; Álvarez, Silvina. **La corrupción política.** Pág. 233.

¹²⁹ Raz, Joseph. **La autoridad del derecho.** Pág. 271.

¹³⁰ Vázquez, Rodolfo. **Liberalismo, estado de derecho y minorías.** Pág. 99.



fundamentar sus decisiones son las provenientes del orden jurídico y los jueces y tribunales no pueden actuar “en representación de intereses extraños al Derecho”.¹³¹

De esa forma, el ordenamiento jurídico debe establecer diversas garantías orgánicas y procesales para asegurar la autonomía funcional de los órganos jurisdiccionales, así como la independencia e imparcialidad de sus miembros frente a los demás órganos del poder público, los partidos políticos y cualquier grupo de presión o interés. De igual manera, es importante la previsión constitucional de que las leyes deben establecer los medios necesarios para garantizar la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Asimismo, es importante observar que en el Artículo 8º, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establece que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, de manera similar a lo que se prevé en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. De lo anterior se desprende que la independencia y la imparcialidad son verdaderas garantías judiciales.

¹³¹ Aguiló Reglá, Joseph. **Teoría general de las fuentes del derecho y del orden jurídico**. Pág. 123.



4.1.5. El sistema de frenos y contrapesos

El sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) es la fórmula que los delegados de la Convención de Filadelfia de 1787 forjaron para establecer una distribución de las tres funciones (legislativa, ejecutiva y judicial) entre distintos órganos a fin de evitar la concentración del poder y controlar su ejercicio.

En lo concerniente a la rama judicial, “el sistema de frenos y contrapesos tiene como finalidad evitar un antidemocrático gobierno de los jueces”¹³² en el que estos se conviertan en filósofos-reyes o reyes-filósofos; “la función del Poder Judicial debe ser compatible con la forma republicana de gobierno”.¹³³ En ese sentido, los jueces y tribunales constitucionales, en virtud de las funciones que tienen encomendadas en una democracia constitucional, han devenido en defensores de la forma democrática de gobierno.

Ello es así, toda vez que sí, como se anticipó, un rasgo central del modelo de Estado constitucional de derecho es que quienes ejercen el poder político estén sometidos al imperio del derecho, garantizando así los derechos básicos de los gobernados, el Poder Judicial, como todo poder constituido, está también sometido a las reglas jurídicas.

¹³² Arenas, Carlos y otros. **El sistema mexicano de justicia electoral**. Pág. 53.

¹³³ Elster, Jon. **Op. Cit.** Pág. 195.



4.1.6. La exigencia de racionalidad

Conforme con un principio establecido en los órdenes jurídicos modernos, los fallos judiciales deben ser fundados y motivados; el juez o tribunal está obligado a fundar sus decisiones en razones jurídicas. Además, las decisiones judiciales deben estar fundadas en normas jurídicas aplicables y en las premisas fácticas del caso.

La fundamentación expresa de las decisiones judiciales constituye un rasgo peculiar de la función jurisdiccional y es tal su importancia que, como ha señalado Eugenio Bulygin, una “sentencia carente de fundamentación es el paradigma de la sentencia arbitraria”.¹³⁴

Al respecto, Dworkin afirma, con razón, que “uno de los rasgos que legitiman la función jurisdiccional es que los jueces deben decidir conforme a razones y deben ser capaces de explicarlas. Probablemente esto es lo que Hamilton tenía en mente cuando en *El federalista* escribió que si bien el Poder Judicial no tiene el poder de la espada ni el poder de la bolsa, tiene el poder de “discernimiento” (*judgement*)”.¹³⁵ Y hablar de “discernimiento” es hablar de razón, de racionalidad.

¹³⁴ Bulygin, Eugenio. **Sentencia judicial y creación del derecho**. En: Alchourrón, Carlos E.; Bulygin, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Pág. 357.

¹³⁵ Dworkin, Ronald. **El federalista. No. 43**. Enciclopedia Británica. s. p.



La sentencia es una totalidad formada por la parte considerativa (los considerandos) y la resolución o parte dispositiva (el fallo). Si la sentencia es considerada como una instancia de razonamiento normativo, la parte considerativa puede ser vista como constituyendo las premisas de un razonamiento cuya conclusión es la parte dispositiva o fallo propiamente dicho.

No basta que el juzgador esté convencido de su decisión, sino que, además, es necesario que sea convincente. Ello implica que la argumentación desplegada por el juez o tribunal debe ser convincente no en el sentido psicológico sino lógico, es decir, debe ser irresistible lógicamente.

Así, “un fallo judicial fundado en un sólido razonamiento, aunque podrá ser discutible –incluso es deseable que sea objeto de escrutinio público en una sociedad democrática–, no podrá ser tachado de arbitrario”.¹³⁶ Por consiguiente, la racionalidad de las decisiones judiciales es el mejor antídoto contra la arbitrariedad, sin duda, una de las fuentes de la inseguridad jurídica. En un Estado constitucional de derecho, los límites de los tribunales constitucionales están constituidos por los límites de la argumentación jurídica.

¹³⁶ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo. **Suprema corte y democracia en México**: En: *Revista IEX*. Pág. 25.



4.1.7. Las cortes de superior jerarquía y la legitimidad de la función judicial

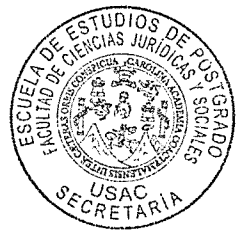
Si bien los tribunales supremos o superiores tienen, como suele decirse, la última palabra, en tanto que sus decisiones son definitivas e inatacables, también es verdad que tienen ciertos límites que constituyen parámetros de actuación judicial válida o correcta.

Hart manifiesta en contra del escepticismo normativo que, “si bien es cierto que hay una indeterminación normativa en el caso del Derecho, debida a fenómenos tales como la ambigüedad, vaguedad, textura abierta, entre otros, lo que hace necesario la actividad interpretativa, también es cierto que la interpretación operativa tiene límites”.¹³⁷

“La utilización de expresiones deliberadamente ambiguas, vagas, cláusulas abiertas, *conceptos indeterminados* y demás, por el legislador o el constituyente, producen un efecto indeseable que la seguridad jurídica exige minimizar, a saber, una incertidumbre sobre si determinado hecho es subsumible en una norma”.¹³⁸

¹³⁷ Hart, H. L. **El concepto del derecho**. Pág. 114.

¹³⁸ Laporta, Francisco. **Op. Cit.** Pág. 113.



“Ciertamente, hay situaciones imprevistas e imprevisibles que el constituyente no puede prever. Pero ello no autoriza al juez a dejar de resolver un asunto conforme al principio de *inexcusabilidad*”.¹³⁹

La propia Constitución no provee, por sí misma, una solución, a menos que establezca un sistema de aplicación e interpretación normativa, que, según algunos autores, es el germen de la justicia constitucional. Y es que, de acuerdo con la concepción normativa de la Constitución, esta es una norma obligatoria y, por ende, debe garantizarse su cumplimiento. Sin embargo, la disyunción no es el literalismo o un gobierno de los jueces. Es falso el dilema entre el literalismo, por una parte, y el activismo sin límite de los jueces, por otra.

En primer lugar, un juzgador que frente a un problema interpretativo se apega excesivamente a la letra del texto constitucional, haciendo una interpretación letrista, no es necesariamente un juez virtuoso. Una posición textualista de un juez constitucional podría implicar un mantenimiento del *statu quo*.

Una interpretación restrictiva de las normas que consagran derechos fundamentales, puede tener como efecto un ensanchamiento de las atribuciones de los órganos estatales en detrimento no solo de los derechos de los gobernados sino del valor de la

¹³⁹ Carbonier, Jean. **Ensayos sobre las leyes**. Pág. 241.



seguridad jurídica. Por el contrario, una interpretación extensiva de tales normas puede tener como resultado una expansión de los derechos fundamentales.

A este respecto, Guastini sostiene que, conforme con lo que denomina una doctrina liberal de la interpretación constitucional, "la Constitución debe ser interpretada de modo tal que circunscriba, tanto como sea posible, el poder estatal y que extienda, tanto como sea posible, los derechos de libertad (...). Este punto de vista (...) se traduce en, por un lado, la interpretación restrictiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren poderes a los órganos del Estado y, por otro, la interpretación extensiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los ciudadanos".¹⁴⁰

Al respecto, dentro del marco constitucional, los Tribunales Supremos deben proteger y expandir los derechos fundamentales de los ciudadanos, rechazando posiciones reduccionistas acerca de los mismos y favoreciendo interpretaciones de las normas que potencien el alcance y disfrute de tales derechos.

Junto a la interpretación gramatical para resolver una cuestión interpretativa, existen otros criterios de interpretación, como el sistemático o el funcional. Se requiere, entonces, de una interpretación adecuada, activa (mas no activista) y creativa,

¹⁴⁰ Guastini, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Pág. 262.



aunque, desde luego, dichos métodos interpretativos no pueden ser cheques en blanco librados en favor del intérprete operativo. Además, toda vez que hay problemas de indeterminación que no se salvan mediante la actividad interpretativa, en algunas Constituciones, debe preverse la posibilidad de resolver el caso específico a la luz de los principios generales del Derecho.

Hart hace un análisis de una versión de lo que él llama el *escepticismo ante las reglas* en el capítulo VII de *El concepto del derecho*, que es relevante en el presente contexto. En dicho capítulo Hart avanza una vía media entre dos concepciones que discute y rechaza: el *formalismo* y el *escepticismo ante las reglas o escepticismo normativo*, y pretende mostrar que el derecho es parcialmente indeterminado, con lo que se trata de sostener la tesis de que los jueces tienen una potestad limitada de creación jurídica. Sin soslayar los problemas de la indeterminación del derecho, que son variados y muy complejos.

Como reconoce el propio Dworkin y recordaba Francisco Javier Ezquiaga, “la mayoría de los casos jurídicos –incluso la mayoría de los casos constitucionales– no son actos difíciles. La destreza normal de un juez dicta una respuesta y no deja espacio para el juego de las convicciones morales personales; es un error sostener que la Constitución es ‘todo zarpar y nada anclar’”.¹⁴¹

¹⁴¹ Dworkin, Ronald. *Op. Cit.* Pág. 17.



Una versión del escepticismo ante las reglas sostiene que los tribunales supremos, al decidir, no lo hacen sometidos a reglas, sino que “el Derecho (la Constitución) es lo que los tribunales dicen que es” (una variante de la frase atribuida a Charles Evans Hughes, *Chief Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América durante el periodo 1930-1941). Dicho enunciado es ambiguo.

En un sentido significa que las decisiones de un tribunal supremo están revestidas de autoridad y tienen un carácter definitivo. En este primer sentido (inocuo), dicho enunciado es verdadero. Pero, en un segundo sentido, resultaría falso si con ello se quisiera decir que no hay otra regla, excepto la que el decisor elige aplicar; que no obstante la existencia de las reglas más diáfanas, ellas no imponen límite alguno al decisor. En este segundo sentido, dicho enunciado sería falso, toda vez que, de acuerdo con Hart, si bien las reglas tienen un cierto grado de indeterminación, tienen no obstante un núcleo de significado (más o menos) determinado del cual los resolutores no pueden apartarse, pues constituye un parámetro de actuación correcta.

En palabras de Hart: “los jueces, incluso los de una Corte Suprema, integran un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en la parte central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta”.¹⁴²

¹⁴² Hart. H. L. **Op. Cit.** Pág. 181.

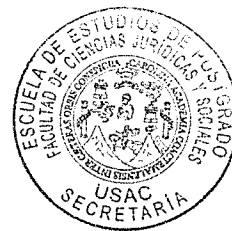


Esto es el fundamento para sostener que las decisiones de los tribunales supremos, aunque definitivas, no son infalibles. Siguiendo la analogía que Hart hace, solo en el juego que denomina el *arbitrio del árbitro*, el marcador es lo que el árbitro dice que es. Un sistema jurídico en el que priva la seguridad jurídica no guarda analogía alguna con este juego. Por consiguiente, parafraseando a José Ramón Cossío, “un tribunal constitucional, por más supremo que sea, no puede autoconferirse más atribuciones que las previstas en el orden jurídico”.¹⁴³

Cabe señalar que, si bien hay derechos de configuración jurisprudencial, también existen derechos fundamentales consagrados constitucionalmente de configuración legal, en estos casos, el legislador ordinario debe respetar el núcleo normativo esencial del derecho de que se trate, de conformidad con la llamada *garantía del contenido esencial*, que tiene su fundamento justamente en el principio de constitucionalidad.

Una democracia con un Poder Judicial más vigoroso es una democracia constitucional más fuerte, ya que es un régimen en que los derechos fundamentales están garantizados. Si la justicia constitucional tiene como función proteger los derechos fundamentales y si los derechos fundamentales tienen como uno de sus sustentos la democracia, entonces, la justicia constitucional deviene en garante del régimen democrático.

¹⁴³ Cossío, José Ramón. *La teoría constitucional de la suprema corte de justicia*. Pág. 152.



La democracia política es correlativa a los derechos políticos. La dimensión política de la democracia constituye el sustrato de los demás ámbitos de la democracia. Los derechos fundamentales, en particular los derechos políticos, deben ser tutelados vigorosamente, ya que son cruciales para el funcionamiento de una democracia. Existe una conexión estrecha entre Estado constitucional democrático de derecho y seguridad jurídica, entendida esta en su sentido material o sustancial.

Como sostiene John Hart Ely, “en las democracias constitucionales, los jueces y tribunales constitucionales no solo ocupan un lugar estratégico para evitar que se cierren espacios necesarios en el avance democrático, sino también tienen la encomienda de hacer cumplir la Constitución para defender la voluntad de los ciudadanos expresada en las urnas”.¹⁴⁴

Si bien no debe impartirse justicia en abstracto, o solo en forma nominal, sino una justicia real, genuina, efectiva, completa, total, no puede haber justicia sin Estado de derecho, y no puede haber Estado de derecho sin principio de juridicidad, pues de lo contrario se corre el riesgo de que el Estado de derecho se convierta en simple *Estado de Justicia* que, como dice el constitucionalista Manuel Aragón, “es el caldo de cultivo de la arbitrariedad”.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Hart Ely, John. **Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad**. Pág. 146.

¹⁴⁵ Aragón Reyes, Manuel. **El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad**. En: **Temas de derecho público**. Pág. 31.



Los Tribunales Constitucionales son los garantes de la constitucionalidad de los actos y resoluciones de los tribunales ordinarios y de la administración y la legislatura, en particular, son los garantes de los derechos fundamentales y deben seguir siéndolo, con escrito apego al principio de legalidad y, por ende, generando seguridad jurídica.

Por consiguiente, la defensa de los derechos fundamentales por parte de los Tribunales Constitucionales, pasa por el respeto irrestricto al imperio del derecho, generador de seguridad jurídica.

4.2. La visión constitucional sobre la interpretación judicial de las leyes

4.2.1. Los problemas interpretativos en la función judicial

Ha sido denominador común, en el medio latinoamericano, el reprochar a algunos teóricos del ámbito constitucional el adscribirse desde el linde de lo que se ha rotulado el *neo-constitucionalismo moderado*, y a quienes se señala de estar contribuyendo al fenómeno de la axiologización o deontologización del discurso jurídico, cuando sientan la discusión sobre la racionalidad del mismo, señalando la ductibilidad del derecho –en términos de Zagrebelsky– o su grado de ambigüedad –recurriendo a la caracterización efectuada por Nino–.



Uno de los problemas esenciales del derecho como disciplina social, es el hecho de que el mismo tiene dificultad para fijar verdades o teoremas irrefutables. Por el contrario, se debe reconocer, si bien no el fracaso, al menos la insuficiencia que ha caracterizado a la dogmática jurídica para racionalizar el derecho. Es por ello que deviene importante analizar el tema puntual de la interpretación constitucional, en consonancia con sus estándares de referencia y de acción, la que halla su anclaje natural en los derechos fundamentales.

Algunas opiniones resaltan que es imposible, a la hora de desarrollar el contenido de la Constitución de un Estado, centrarse única y exclusivamente en lo jurídico, como ya lo habían expuesto importantes doctrinarios desde las teorías bidimensionalistas y tridimensionalistas del derecho. Estos autores se remiten a la referencia sociológica y política que enmarca el mundo de la producción normativa.

En la búsqueda de un fundamento formal del texto constitucional, vinculante normativamente, en ocasiones se hace necesario recurrir a la teoría política y a la filosofía moral. Esto ha sido planteado por teóricos controvertidos reputados como Dworkin, Alexy y por otros autores al decir que “la Constitución no se puede explicar dentro de las referencias puramente jurídicas, es decir, dentro del sistema mismo que



ella crea, las herramientas forzadas, impuestas por el fenómeno constitucional a las que el intérprete debe echar mano están por fuera de lo netamente jurídico”.¹⁴⁶

De ahí que toda interpretación no es en el fondo más que un cierto modo de acceder a un objeto de conocimiento, hasta comprenderlo, aplicarlo o desarrollarlo. Interpretación jurídica no es más que la que se efectúa de un texto normativo y de sus reglas, de sus posibles significados, con relevancia de aplicación práctica a casos concretos o generales.

Es mediante ella que se hace claro el derecho, en aquellos casos en que se generan dudas o incertidumbres. El derecho, en buena medida es de seguimiento de reglas, las que en ocasiones se presentan de manera simple y con un grado de aceptación general, pero que en otras se toman dificultosas y controvertidas como en el caso de los principios constitucionales y como así mismo ocurre en los llamados casos difíciles (o trágicos).

No es otra la razón por la que se hace necesaria una juiciosa interpretación, y para ello se hallan dispuestas la hermenéutica y la argumentación. Pero aquí se suscita un problema frente al grado de lo que pudiera ser considerado como correcto y acerca de la calidad con la que se realice la argumentación por parte del académico o del juez.

¹⁴⁶ Sanin Restrepo, Ricardo. **Libertad y justicia constitucional**. Pág. 65.



La interpretación jurídica no es más que atribuir significado a un determinado texto normativo, Moreso manifiesta: “las normas son precisamente, el significado de determinadas prescripciones. Por tanto, la interpretación jurídica consiste en averiguar cuál es la forma expresada por un texto normativo determinado. En sentido estricto, no se interpretan normas, sino que se interpretan formulaciones normativas para descubrir qué normas expresan estas formulaciones”.¹⁴⁷

Desde este punto de vista, siempre se generará polémica sobre la manera como el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad debe realizar la interpretación jurídica en el desarrollo de sus funciones. En especial cuando, los Tribunales Constitucionales interpretan la teoría del derecho como una *integridad*, esto es, desde una perspectiva *holística*, tras la senda de lo que en su momento fuera planteado por Dworkin, para quien la noción o concepto del derecho se muestra tan amplia que resultaría inevitable dejar de identificar su contenido –reglas y principios– sin acudir a la moralidad política: el derecho de todos los ciudadanos a ser tratados de igual forma, con igual consideración y respeto, por el Estado y sus órganos. No pueden darse leyes o sentencias válidas fundadas en distinciones caprichosas. Para Dworkin, los principios llenan los vacíos normativos, al concebir al derecho como una red sin fisuras.

¹⁴⁷ Moreso I. Mateos, Joseph Joan. **Lógica, argumentación e interpretación**. Pág. 112.



De esta concepción resulta que la práctica jurídica no sería más que un ejercicio de interpretación, y el derecho mismo una cuestión profusa y profundamente política, pero nunca entendida como una política personal o partidista, sino desde la comprensión o tratamiento que le otorga la teoría política. “Debemos estudiar la interpretación como una actividad general, como un modo de conocer, ocupándose de otros contextos que dicha actividad conlleva”.¹⁴⁸

De manera pues, que el problema del derecho y en particular el de la aplicación de la justicia pareciera reducirse a una cuestión de hermenéutica, no solo en la concepción de Dworkin sino incluso en el pensamiento de otros autores como Habermas y Alexy, quienes se muestran un tanto más racionalistas al respecto.

La interpretación que se pueda efectuar dependerá, finalmente, de la cultura y de la filosofía política que frente al Estado y a la sociedad presente o manifieste el intérprete. Esta es la razón por la que se puede diferir, en un momento dado, de los planteamientos de John Rawls, abordados desde el llamado neocontractualismo o liberalismo discontinuo; de los de Dworkin, Bobbio, Habermas y Karl Otto Appel, desde la óptica del liberalismo igualitario o social; o desde la óptica de Charles Taylor, asumida desde una visión comunitarista, etc. La concepción del mundo del derecho, de la política, de la justicia misma dependerá, entonces, del prisma con el que el intérprete se acerque a la realidad.

¹⁴⁸ Dworkin, Ronald. **Cómo el derecho se parece a la literatura**. En: **La decisión judicial**. Pág. 143.



Parte de la doctrina constitucionalista, ha aceptado la función del derecho como una tarea eminentemente interpretativa, hasta el punto de que algunos autores arriban al convencimiento acerca de que el derecho para que sea tal, para que sea justo, es y debe ser ante todo interpretación.

Francisco Tomás y Valiente manifiesta que “quienes pensamos que la idea actual de democracia exige un mayor y más igualitario disfrute de los derechos fundamentales y libertades públicas, creemos que es tarea irrenunciable de los Tribunales Constitucionales, llevar a cabo con rigor y firmeza una interpretación amplia de los preceptos constitucionales que los anuncian o definen”.

4.2.2. Hermenéutica normativa y su judicialización

“La administración de justicia a la luz del Derecho contemporáneo no puede quedar reducida exclusivamente a la aplicación mecánica de la ley, tal y como la pudo definir el Legislador en su momento”.¹⁴⁹ Algo que cobra un mayor significado en el caso de la justicia constitucional, en la que no bastaría la mera aplicación de la Constitución, pues de lo que se trataría es de hacerla operativa y justa, normativa y vinculante, haciéndose necesaria su adecuada interpretación.

¹⁴⁹ Souza, María de Lourdes. **El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil.** Pág. 5.



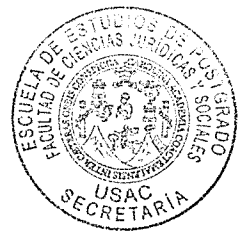
De ello resulta que si lo que se pretende es que el Tribunal constitucional cumpla a cabalidad con la misión que le delineó el propio constituyente, las competencias que le han sido fijadas no pueden quedar reducidas solo a lo ritual o procedimental; limitada a conocer de los posibles vicios de forma de las leyes y demás actos normativos o político-jurídicos.

Todo lo contrario, sus facultades esenciales de actuación deben abarcar hasta la posibilidad incluso de efectuar pronunciamientos de fondo sobre toda cuestión que pueda serle sometida a su control o de aquéllas de las que oficiosamente asume conocimiento. Esto, desde luego, bajo el entendido del derecho como *integridad* y a que las sentencias judiciales –principalmente las de los Tribunales Constitucionales– deben estar siempre fundamentadas en él.

El juez puede hoy someter la ley mediante su apego a la Constitución, de manera que la tradicional subordinación del juez, en cuanto funcionario del Estado, al Legislador se ha matizado hasta el punto de hallarse en la posibilidad de hacer más efectiva su independencia frente al poder político, que en no pocas ocasiones se ha mostrado opresivo.

Carlos Cossio en su teoría egológica expresó, con acierto que “lo que se interpreta por el jurista no es la ley, sino la conducta normada a través de la ley”.¹⁵⁰ Se opone a la concepción kelseniana en la teoría pura del derecho al decir que al jurista no le

¹⁵⁰ Cossio, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica**. Pág. 106.



compete tanto el estudio de las normas como sí la conducta o la vida humana, asimilando las normas a los conceptos con los cuales el científico del derecho piensa y expresa la conducta.

“A raíz de los cambios experimentados por el Derecho constitucional a partir de la segunda postguerra y de la labor hermenéutica que han desplegado los Tribunales Constitucionales, no es dable ya racionalmente sostener que al momento de la aplicación que se haga de las normas, sustanciales o procesales, se deba estar conforme con la visión *ius privatista* que caracterizó al Derecho en la época anterior”.¹⁵¹

De forma general, la mayor parte de las Constituciones actuales, no contemplan cánones de interpretación de la misma. Solo se ocupan de algunos procedimientos indicativos de la forma cómo se debe efectuar el control de constitucionalidad: por vía de acción de inconstitucionalidad y por vía de la revisión de las acciones a través del amparo, acciones de tutela, etc.

“No se estipula un método preciso de interpretación a ser acogido por los Tribunales Constitucionales, aspecto frente al que, de forma general, se muestran ecléticas, tomando instituciones o *modus operandi* de la práctica constitucional norteamericana y

¹⁵¹ Nieto García, Alejandro. **El desgobierno judicial**. Pág. 134.



de la europea”¹⁵² incluso, retoman la metódica tradicional de Savigny, pensada y construida para ser aplicada en la problemática infraconstitucional.

En este aspecto, el problema se centra en cuanto a que el intérprete de la norma constitucional, en definitiva, el autorizado, quien tenga la última palabra, en su interpretación constitucional se ciña a los parámetros impuestos de cierta manera -explícita o implícita- por el constituyente. Y también, sobre si la interpretación e integración de las razones que definiera en su momento el Legislador y que se plasman principalmente en los Códigos Civiles, son aplicables a la interpretación constitucional, o que, ante todo, debe efectuarse conforme a los principios, valores y fines que se perfilan en la Constitución.

Es por ello que se puede hablar de una gradación de mayor a menor en cuanto a su nivel de vinculación, de acuerdo al intérprete que sea el encargado de su concretización: i) el Constituyente originario o derivado, ii) las Cortes, Salas, Tribunales Constitucionales, iii) el juez ordinario, iv) el Legislador, y, finalmente, v) los teóricos del Derecho constitucional.

El grado de validez que se le pueda conferir a una norma, se mide ahora por el órgano que la crea o por quien realice la interpretación. Concepción bastante atrevida y

¹⁵² Esquiaga Ganzas, Francisco Javier. **La argumentación en la justicia constitucional**. Pág. 21



revolucionaria que, a la postre, le confiere –al menos en lo formal– al Poder Judicial un rol que contrasta con la limitación que presentó durante la historia republicana por haber estado sometido al designio de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Los métodos o reglas de interpretación definidos en el siglo XIX por Savigny, esto es el literal (gramatical), el histórico (el espíritu del Legislador), el analógico, el teleológico (finalista) y el sistemático, se han mezclado con los más modernos métodos de interpretación surgidos de la experiencia jurisprudencial de los Tribunales constitucionales (especialmente tomados de los Tribunales Supremos estadounidenses y europeos) así como de las doctrinas contemporáneas surgidas en tales Estados.

De esta manera, se han acumulado los llamados *principios* que sirven de guía a la interpretación constitucional y que se pueden resumir así:

“i) Principio de la unidad de la Constitución, tomado de Konrad Hesse, en el sentido de que la norma o disposición puesta en entredicho no se puede interpretar de forma aislada, sino armonizada y considerada en su conjunto, es decir, de manera holística, pues la Constitución debe ser tenida como un todo;



- i) Principio de concordancia práctica, basado en la conexidad existente entre los bienes constitucionalmente protegidos; ponderando, balanceando, equilibrando, armonizando principios y valores;
- ii) Principio de la eficacia integradora de la Constitución, tiene en cuenta los propósitos, fines, metas fundamentales de la Constitución que buscan la unidad político-jurídico del Estado social y de todos sus elementos constitutivos, atendiendo a la colaboración armónica entre los distintos órganos del Estado;
- iii) Principio de la fuerza normativa de la Constitución, bajo el entendido de que no todas las cláusulas contenidas en la Constitución tienen valor normativo, sino que hay unos principios constitucionales de primera magnitud y unos derechos fundamentales que se colocan por encima de otras cláusulas orgánicas o programáticas y que por lo tanto hay que recurrir a su integración;
- iv) principio de adaptación a las circunstancias, y que consiste en que el intérprete, al resolver un caso concreto, debe buscar la adaptación de las normas de la Constitución a las circunstancias sociales, políticas o económicas al momento de efectuarse la interpretación;



- v) Principio de la continuidad interpretativa, en resguardo de la certeza y seguridad jurídica, como una garantía de la coherencia que se debe dar en la jurisprudencia y en atención respecto por los precedentes;
- vi) Principio de la previsión de las consecuencias de las decisiones, en el sentido de que el Tribunal debe sopesar, medir y no agravar el mal con una decisión descabellada por un mero populismo o por satisfacer a las mayorías políticas, a quienes detentan el poder;
- vii) Prevalencia de la finalidad de la Constitución, en la vía de la necesidad de asegurar los bienes esenciales que aquélla fija”.¹⁵³

El problema más notorio de la teoría y del Derecho constitucional (y sobre el que hay un generalizado consenso) no es otro que el de la interpretación de la Constitución. ¿Cuál es o debe ser el método más apropiado para realizarla? ¿Cuáles los mecanismos dispuestos para ello? Son las interrogantes a sortear, pues pareciera que no bastase más, en la sociedad actual el sistema de frenos y contrapesos, ante el desborde de poder de que hace gala a veces la rama ejecutiva y ante la inercia y hasta negligencia que a veces caracteriza a la rama legislativa para asumir con responsabilidad sus funciones naturales.

¹⁵³ Naranjo Mesa, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas**. Págs. 425-437.



Desde el establecimiento de los Tribunales constitucionales modernos de estirpe kelseniana, el derecho constitucional disfruta de la judicialización de sus enunciados, sobre todo a partir del juicio de constitucionalidad que realizan dichos Tribunales.

Igualmente, la interpretación, en cuanto al sistema *científico* impuesto a partir de la escuela histórica y de los desarrollos propuestos por Savigny, ha variado. Gracias a la hermenéutica constitucional y a los alcances logrados por la doctrina de la argumentación jurídica, la interpretación que se impone a seguir es otra, de carácter más publicista, finalista y axiológica, centrada en torno a la ponderación de principios constitucionales.

Autores como Revenga, manifiestan una preocupación, cuando se plantea que “si bien es comprensible el entusiasmo por la judicialización, en ocasiones se llega a sostener tesis erróneas al respecto, pues no todo lo que se hace desde las alturas del olimpo de la magistratura es, en el estricto sentido, constitucional, puesto que no pocas decisiones trascendentales están mediadas por el oportunismo político y tienen de todo menos de jurídicas o constitucionales”.¹⁵⁴

En un sentido similar se pronuncia, incluso, el profesor Peter Häberle refiriéndose a “la autonomía de la teoría del Derecho constitucional”, en el entendido de que el derecho

¹⁵⁴ Revenga Sánchez, Miguel. **Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la Constitución.** En: *Teoría y realidad constitucional*. Pág. 141.



constitucional no se puede reducir a lo que digan los Tribunales constitucionales. A los doctrinarios y académicos les cabe igualmente el honor y la responsabilidad de contribuir a su consolidación mediante sus análisis y reflexiones, la posibilidad de presentar propuestas académicas que pueden erigir nuevos paradigmas “que luego un juez constitucional puede reelaborar, orientando a la justicia, en el sentido de una integración pragmática de muchos elementos teóricos. La ciencias jurídico-constitucionales no pueden degenerar en un mero ‘(post)glosador’ de la jurisdicción constitucional (...)”¹⁵⁵

Lo que las Cortes o Tribunales Constitucionales puedan expresar en sus providencias no tiene por qué ser tomado como dogma de fe, absoluto e inmodificable. Desde luego, su criterio se debe respetar, pero no por ello, en ocasiones, se debe abdicar de la controversia jurídica y académica, conducida, eso sí, con altura y profundidad.

Si bien la última palabra coyuntural la tiene el Tribunal constitucional, pues existen jerarquías en cuanto a la interpretación que vincula, pero resulta no solamente sano sino conveniente que los juristas y académicos, por fuera de las Altas Cortes de justicia, asuman con responsabilidad la misión de analizar o *valorar* los argumentos interpretativos que los magistrados presentan al momento de pronunciarse definitivamente en sus fallos. La comunidad jurídica puede asumir, en consecuencia, el análisis del grado de *corrección* de una determinada sentencia. Con ello se legitima y

¹⁵⁵ Haberle, Peter. *La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del estado constitucional*. En: *Teoría y realidad constitucional*. Pág. 155.



fortalece la misma jurisprudencia, sobre todo si se concluye que ha sido fundada en una sólida hermenéutica y en una clara argumentación.

Teniendo en cuenta que el objeto de la interpretación constitucional es la propia Constitución, las fuentes de interpretación de la misma provienen, principalmente: "i) del propio constituyente, como órgano creador de la Constitución y ii) del órgano especializado e investido por aquél de las facultades y competencias que lo erigen en el intérprete supremo de la misma, llamado a actuar con posterioridad a la promulgación del texto constitucional, como es la Corte Constitucional"¹⁵⁶ la Sala Constitucional o el órgano que la propia Constitución designe. Este órgano es el llamado a controlar, por vía judicial, la constitucionalidad de las leyes y demás actos de los poderes constitucionales.

Ello no es sino el desarrollo escalonado de lo que Mirkine Guetzévitch de manera precursora en la primera postguerra y desde el campo constitucional señalara como una *tendencia a la racionalización del poder*, que se consigue precisamente cuando este se halla limitado efectivamente por el derecho, cuando se evidencia en la práctica el principio de la separación de poderes y se acepta el rol de los Tribunales Constitucionales modernos, en los que recaen, como implícitas a su poder de control, dos facultades esenciales:

¹⁵⁶ Calamandrei, Piero. **Proceso y democracia**. Pág. 33.



"i) La interpretación vinculante de los postulados constitucionales, como referente obligatorio aun para tales órganos y hacia los demás Poderes del Estado y de todos los ciudadanos, y

ii) Como consecuencia de su tarea interpretativa les corresponde asimismo la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado"¹⁵⁷ ya constitucionales o ya legales, de una forma tal que se logre una sistematicidad y una unidad constitucional enfocada al cimiento de la institucionalidad constitucional de la Nación, pues ahora se entiende, al decir de Quiroga León, que "la Constitución no será solo la norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *Lex superior* o la *higher law*".¹⁵⁸

El profesor Wróblewski señala cómo en lo tocante a la interpretación legal no se presenta tanta polémica, como sí ocurre frente a la constitucional. En la interpretación legal se tienen varios niveles de vinculación, esto es, como si existiesen grados de *pedigree* en la misma:

¹⁵⁷ Revenga Sánchez, Miguel. **Op. Cit.** Pág. 152

¹⁵⁸ Quiroga León, Aníbal. **El derecho constitucional peruano.** En: **Congreso iberoamericano de derecho constitucional. Constitucionalismo y derechos humanos.** Pág. 185.



- i) La primera fuente de interpretación es la del Legislador, que es quien ha interpretado inicialmente la norma al haberla promulgado, es lo que se conoce como interpretación auténtica. Como fue él quien la expidió está llamado también a determinar su alcance y su significado inicial;
- ii) Igualmente, en nuestro ordenamiento existen una serie de órganos específicos del Estado con competencia interpretativa especial y con amplios márgenes de validez general, como con la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Supremo Electoral en lo concerniente a las normas legales que habrán de aplicarse en la llamada jurisdicción ordinaria y electoral, respectivamente,
- iii) Se presenta una interpretación operativa por parte de los funcionarios judiciales o administrativos encargados de aplicarla a los casos concretos de que conocen;
- iv) Una interpretación doctrinal, como es la interpretación del derecho en las ciencias jurídicas y en la dogmática jurídica en particular, encargada de sistematizar el Derecho vigente; y, por último,
- v) Se encuentra otro nivel de interpretación como es el que realizan las partes, sus Abogados en el proceso jurídico y la opinión pública que, si bien no tienen la última



palabra, sí están llamados a llevar pautas o referentes a los intérpretes más legitimados para ello”.¹⁵⁹ (sic)

En este orden de ideas, es apenas natural que existan formas de interpretación que pueden resultar vinculantes para todos, como aquellas que hacen las Altas Cortes en las materias específicas para las cuales están revestidas de competencias y que obligan a los Tribunales y a los jueces menores. Pero el máximo grado de interpretación vinculante que se impone en los niveles reseñados lo poseen los Tribunales constitucionales cuando refieren al contenido del texto constitucional al cual habrán de remitirse tanto administradores, como jueces o legisladores en un Estado constitucional.

En palabras de Wróblewski, “las decisiones interpretativas de tales Tribunales funcionan en lo que se ha denominado situaciones ordinarias, en las que los Tribunales más bajos acogen la interpretación del Tribunal más elevado como argumento para fundamentar su propia actividad interpretativa. Con ello se pretende llevar uniformidad y certeza en la aplicación judicial del Derecho”.¹⁶⁰

Los Tribunales Constitucionales, mediante la interpretación que realizan del texto constitucional y del ordenamiento jurídico en general, lo que hace es una concreción

¹⁵⁹ Wróblewski, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Págs. 27-29.

¹⁶⁰ *Ibid.* Pág. 31.



que puede llegar a asimilarse al proceso de creación de derecho, incluso innovando. Pero a diferencia del legislador, no puede proceder de la simple consideración de oportunidad, sino que dicha creación estaría vinculada por la declaración de un derecho preexistente, “cuyo contenido concreto, como regla de solución al caso de que se trata, es que se establece mediante la sentencia constitucional”.¹⁶¹

En ocasiones adquiere fuerza normadora, pues la función de la jurisdicción constitucional es variable, como lo señala con acierto Häberle, “flexible en el tiempo y en el espacio, puede convertirse en autoridad conformadora de la Constitución según sea la fase del desarrollo del concreto Estado constitucional que ella contribuye a garantizar”.¹⁶²

Como consecuencia de las actuaciones que realice la jurisdicción constitucional resulta la transformación del ordenamiento vigente, pero ello entendido de una manera accesoria, como *última ratio*, pues su función natural es juzgar, no legislar ni administrar, de ahí que dicho Tribunal deba ser sumamente prudente cuando acometa dicha labor.

Sin embargo, existen otras opiniones, por ejemplo, lo que estimó en su momento un magistrado conservador de la Suprema Corte norteamericana como lo fue Brandeis,

¹⁶¹ Poyal Costa, Ana. **Normas constitucionales y realidad**. Pág. 195.

¹⁶² Häberle, Peter. **Op. Cit.** Pág. 160.



cuando en uno de sus votos particulares en 1924 llegó a manifestar que aquélla se había convertido en una *superlegislatura*. No obstante, ello, la labor interpretativa de los órganos judiciales, basada en la comprensión, siendo valorativa, no puede entenderse arbitraria. Ella es, si se quiere, un desarrollo de la propia Constitución o un complemento de la actividad legislativa.

En los Estados Unidos de América, jueces como el referido Brandeis y Frankfurter propugnaron por la conveniencia de minimizar los riesgos de la jurisprudencia política de la Corte prevalidos de la figura del *selfrestraint* o doctrina de la *autorestricción*. Desde otra óptica, la discusión en Europa no termina al respecto, esto es, se centra en la polémica acerca de si el juez debe mantenerse en los estrictos linderos que le definiera Locke y desarrollara Montesquieu o si las funciones a cumplir por ellos han evolucionado hasta el punto de posibilitarles desarrollar la realidad político-social sobre la que interactúan.

La respuesta a semejante dilema dependerá del tipo de Constitución, de Estado, de sociedad y de democracia que se viva. Poyal Costa lo resume diciendo que en los textos políticos que son de compromiso, las distintas fuerzas políticas se esforzarán en ver reflejada en la Constitución sus propias concepciones, limitando y condicionando el uso alternativo de la interpretación a que se verifiquen ciertas premisas:



- a) Que la Constitución obliga en su totalidad al intérprete.
- b) Que la interpretación aun siendo evolutiva, ha de conciliar los distintos principios a que obedece con los fines que persigue.
- c) Que en ningún caso la interpretación ha de ser tal que anule el carácter pluralista y democrático del orden político: "Luego, el uso alternativo que puede hacerse de la interpretación constitucional está limitado por el mismo texto, no solo en sentido material y concreto, sino también por la esencia de la norma. (...) Todo ello es válido para países en que se den las premisas de libertad política y régimen democrático, pues en los regímenes de dictaduras políticas, si bien la interpretación de la Constitución a veces también se confía a los órganos judiciales, al faltar la libertad, estar mediatizado el Poder Judicial, y carecer de independencia o tenerla limitada, la interpretación que se lleve a cabo, no tendrá la fundamentación filosófica, moral y jurídica necesaria como ocurrió en la dictadura hitleriana".¹⁶³

Para corrientes como el *neo-constitucionalismo moderado* –o postconstitucionalismo–, en la actualidad el juez constitucional se enfrenta en el ejercicio de sus funciones a dos problemas jurídicos: por un lado, debe ajustarse al imperativo de respeto al texto constitucional, y, por otro, se ve abocado a aclararlo, en algunos eventos, mediante su

¹⁶³ Poyal Costa, Ana. **Op. Cit** Págs. 189-190.



interpretación, eso sí, teniendo siempre cuidado de no desbordar el marco jurídico mismo, que lo posibilita y que lo legitima.

En todo caso, no podrá subordinar lo jurídico a consideraciones de tipo político o de oportunidad, ya que hoy se asiste, si se quiere, a lo que ha venido en denominarse la judicialización de la política, en consideración a que el centro del universo político ha variado revolucionariamente, ya no lo son más el Estado ni el Poder, son, por el contrario, el hombre (la dignidad de la persona humana, la justicia) y los derechos fundamentales que le son inherentes.

El juez constitucional podrá, cuando concreta la norma jurídica, desarrollar e incluso ampliar el Derecho, pero nunca modificarlo en contrario; podrá explicitar su contenido pero jamás transformarlo restringiendo su alcance, pues su labor normal no es la de reformar la Constitución sino defenderla y explicarla, concretarla, hacerla entendible, aterrizarla, engarzarla a la realidad. En todo caso, la interpretación que haga del texto constitucional deberá ser respetuosa del mismo, jamás lo podrá desbordar.

Este juez lleva a cabo una labor heurística que trata de descubrir el alcance y los límites de las exigencias normativas que derivan de aquellas, los problemas concretos que se plantean en la vigencia efectiva de la norma constitucional y los criterios objetivos que permiten determinar su relevancia constitucional.



El análisis de las consecuencias o implicaciones jurídicas de los principios pretende combinar y cumplir en suma la doble tarea doctrinal, así como de interpretación y aplicación del derecho, con el objeto de facilitar una interpretación sistemática de todo el entramado constitucional establecido en la correspondiente norma jurídica fundamental.

En Guatemala a partir de la Constitución vigente, la Corte de Constitucionalidad, si bien formalmente no es el único intérprete de la Constitución, materialmente sí es el último y definitivo intérprete autorizado de la misma. La interrogante, que subsiste y que divide a la opinión racional de una manera acalorada, es el de determinar si ¿puede darse un límite a la función que ejerce la Corte Constitucional respecto del control de constitucionalidad? Pregunta que divide abismalmente a algunos en el campo de la doctrina académica.

Hay que aclarar que los únicos límites que le incumben a dicho órgano, cuando asume su función de controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos de los Poderes Públicos, son el propio texto constitucional, sus principios jurídicos, los derechos fundamentales, las decisiones o mandatos del Constituyente primario, unas ciertas normas del derecho internacional y la voluntad del pueblo, cuando no se halla desbordada o mediatizada irresponsablemente por los poderes políticos o los medios de comunicación, esto es, cuando se encuadra racionalmente.



Mucho se habla y se recoge en los medios políticos, empresariales y en los de comunicación al respecto de tan ardiente polémica. Se pone en tela de juicio la idoneidad y la legitimidad de las funciones que naturalmente tiene o se abroga la Corte de Constitucionalidad.

Esta es la razón por la que resulta de gran utilidad volcarse al medio internacional para describir y analizar cuál ha sido allí el desarrollo de esta compleja problemática, con la finalidad de enriquecer la polémica desde el derecho y la doctrina comparada constitucional, con la esperanza de que permita arribar a una justa comprensión del papel y alcance que puede tener la Corte de Constitucionalidad en la dimensión que le ha impuesto la Constitución.

Se puede afirmar que, si bien la Corte de Constitucionalidad no es el único intérprete de la Constitución, sí es el intérprete más válido que pudiera darse, supeditado tan solo a la decisión del pueblo o del derecho. Es innegable que, en última instancia, el verdadero ejecutor de la voluntad del propio Constituyente, es el órgano finalmente legitimado para ello.

"Todos podemos pensar libremente lo que queramos con respecto a los valores, principios, fines, contenidos o normas constitucionales, con mucha mayor razón legisladores, gobernantes, jueces, funcionarios judiciales, tratadistas y doctrinarios,



pero lo único cierto del caso es que el máximo intérprete es la Corte de Constitucionalidad, cuya visión y criterio vincula y obliga a todos, a gobernantes y a ciudadanos, a doctos y a legos en Derecho. En este sentido habrá que atenerse a sus razones, así ella no sea ni el pueblo ni el Derecho".¹⁶⁴

La Corte de Constitucionalidad como intérprete del propio Estatuto Superior, por potestad conferida por el Constituyente Primario de 1985, es el órgano autorizado para darle vida y significado a lo que no está irrefutablemente claro en sus disposiciones, es ella la que tiene la competencia para hacer valer los principios, valores y fines consagrados en el texto constitucional. Por encima de los poderes constituidos, se encuentra el Poder Constituyente, cuyos mandatos deben ser atendidos por aquellos.

Los límites que presenta la Corte de Constitucionalidad, al momento de ejercer su mandato y al asumir su función de control de constitucionalidad, no son otros que el de la justicia, los derechos fundamentales y la voluntad del constituyente mismo. Frente al primer límite, siempre habrá de haber un fundamento para aplicar justicia en cada sociedad.

El *quid* del asunto está en encontrar el razonamiento para ello. ¿Se puede decir que se agota en el código, en las disposiciones y reglas de que el Legislador dispone para

¹⁶⁴ Chinchilla, Tulio Elí. **Fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional**. En: **Anuario de derecho constitucional contemporáneo**. Pág. 371.



ello? ¿Acaso todo está contenido en la norma y el Legislador es tan perfecto como para prever todas las posibles situaciones? ¿Está exenta la decisión del juez de todo tipo de consideraciones políticas, culturales, sociales o morales? ¿Qué es lo que en últimas garantiza que la decisión o el fallo del caso concreto se aproximen al umbral de la justicia? ¿El apego irrestricto por parte del juzgador al barrunto del Legislador acaso precave de la injusticia? ¿El juez que no piensa y se apega mecánicamente a lo que el Parlamento le define acaso será más proclive a la justicia que aquél que palpa las realidades sociales e institucionales, que aquel que discierne al actuar, que sopesa y distingue razones? ¿Será el juez autónomo e independiente o el juez sojuzgado y mero funcionario el que garantice un baremo más de justicia?

Estos y otros interrogantes suelen obtener respuestas diversas por parte de los teóricos, pero en lo que debe haber una cierta concurrencia es en que la Corte, como órgano encargado de la interpretación y de la defensa del ordenamiento jurídico, se debe a la Constitución misma y a los Tratados y a los Convenios internacionales en materia de derechos humanos.

La discusión álgida radica en precisar si el control judicial de constitucionalidad implica un menoscabo de la democracia representativa o, por el contrario, su realización. Quienes se inclinan por el primer planteamiento afirman que el fundamento de la justicia es lo que debe precisar el contencioso constitucional, cediendo a las valoraciones políticas por parte de los magistrados de la Corte Constitucional.



Lo cierto es que no necesariamente debe ser así, pues a lo sumo los intérpretes constitucionales en algunos casos inevitables tienen que conocer temas políticos, pero sus valoraciones deben ser éticas y filosófico-jurídicas atemperadas por la justicia que es el valor que orienta a la política, entendida en el alto sentido de la palabra, como el interés por el público y por lo institucional. El mundo del derecho ya no solo limita a los ciudadanos, sino también a los gobernantes y legisladores, al Estado mismo, que no puede estar por encima de aquél.

4.2.3. La jurisprudencia constitucional y la garantía de los derechos fundamentales

El papel que le corresponde a la jurisprudencia constitucional, en este caso, es muy concreto: aclarar el derecho público y orientarlo por los senderos de la justicia social y democrática. Desde este punto de vista, la bondad de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional resulta ser inmensa. La compilación de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad es esencial por hecho de permitir conocer la calidad del derecho positivo que se aplica, y, al mismo tiempo, medir su evolución a través del tiempo, evidenciando la recepción de escuelas, teorías o influencias académicas nacionales e internacionales.

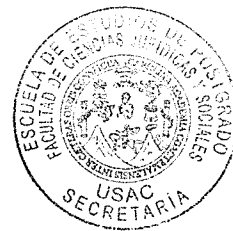


Se debe reconocer la gran utilidad que la jurisprudencia constitucional presta a quien desea instruirse en el conocimiento de la legislación nacional, para quien investiga y pretende fijar el sentido de un texto, su alcance, su prelación o la elasticidad de la propia doctrina. La jurisprudencia constitucional es importante para facilitar al juez el acierto de sus fallos y al mismo tiempo mostrarle al legislador los defectos de la ley o al litigante, abrirle sustento o camino a sus argumentos jurídicos. Es en la jurisprudencia juiciosa y responsable en donde se evidencian los vacíos de las leyes infraconstitucionales y la imperfección de la función legislativa.

Durante mucho tiempo, los Tribunales Supremos se autorrestringían, al aceptar que fuese el Parlamento el órgano legitimado para realizar las *interpretaciones auténticas* de las normas legales y hasta constitucionales, de donde se seguía que en la práctica se subordinaban las doctrinas teóricas –las de los tratadistas o juristas particulares– a las doctrinas judiciales –las de la magistratura propiamente dicha– a las doctrinas legislativas, porque eran “de carácter general y obligatorio, porque vienen de quien tiene autoridad legal para darlas”.¹⁶⁵

A partir de la creación de la Corte de Constitucionalidad, se ha redimensionado el papel del juez hasta el punto de posibilitarle asumir con entereza su independencia y autonomía, tanto que se erige en la figura clave, no solo para resguardar el orden

¹⁶⁵ Ibid. Pág. 11.



constitucional y legal, sino incluso para desarrollarlo. La figura central del nuevo orden constitucional es sin duda la del juez.

Ha pasado ya el tiempo en que imperaba la concepción de que la letra de la ley era perfecta por obra y gracia de un Legislador infalible, a quien le prestaba su boca el juez al momento de concretar la norma. Todo ello entendido dentro de la más pura concepción montesquiana. En los últimos años, se ha pretendido dar a la jurisprudencia, preeminencia sobre la misma ley, de entenderla como fuente de Derecho; de tener a la Corte de Constitucionalidad como un Legislador "*sui generis*".

En el momento presente, con fundamento en los desarrollos alcanzados por el constitucionalismo, la Corte de Constitucionalidad debe cumplir de manera efectiva su función de ejercer cabalmente, ajustada a la razón de la justicia, el control de la constitucionalidad de las normas y de los actos de los poderes constituidos.

"La Corte de Constitucionalidad, en un ejercicio correcto de su función, mediante su doctrina y su jurisprudencia lo que debe fijar es el derrotero que habrá de transitar el Derecho Constitucional, resolviendo esencialmente problemas de interpretación y de argumentación".¹⁶⁶

¹⁶⁶ Ibid. Pág. 20.



La justicia constitucional tiene una razón de ser: la defensa del ser humano, de la sociedad y de los derechos fundamentales. De ahí que en ocasiones *sui géneris* este tipo de justicia ostente un mayor grado de protagonismo, llegando a mostrarse incluso activista en sociedades sojuzgadas o dominadas por los totalitarismos o las dictaduras civiles larvadas en donde el juego democrático, los derechos y libertades públicas amenazan, directa o veladamente, por parte de unas minorías en el poder. Dicho protagonismo de la justicia constitucional se morigera, por el contrario, en aquellas sociedades en las que se goza de garantías de las libertades y garantías políticas y cuando se protege el orden público y la seguridad jurídica.

Cuando el legislador y la clase gobernante cumplen con sus funciones, en consecuencia, el papel protagónico de la justicia constitucional necesariamente debe actuar con normalidad. En aquellos Estados en los que constantemente existe el autoritarismo, en un régimen de gobierno en donde la separación de poderes no se respeta, y los derechos solo están garantizados de manera formal, la justicia constitucional a veces se vuelve proactiva y activista.

No obstante ello, la interpretación que realice el juez del texto constitucional no puede llegar a ser absolutamente libre o caprichosa, esta debe ser ante todo jurídica, algo que se logra a partir del contenido nuclear de los preceptos fundamentales del mismo y obrando en consecuencia con los ideales deontológicos y axiológicos, propulsando la realización de principios como los del Estado republicano, social, democrático, de



derecho; concretando nociones claras a los seres humanos como las de justicia, solidaridad, dignidad, igualdad, seguridad, bienestar, etc., que como valores y contenidos constitucionales se postulan.

Puede trascender el texto constitucional mismo, pero no lo puede desarrollar y no puede realizar interpretaciones que contravengan el sentido de su texto; no lo puede obviar ni vulnerar. Puede tomar la Constitución mucho más justa, más humana, más efectiva, pero lo que no puede es variarla en su finalidad. Su decisión podrá agregar interpretar de forma extensiva las garantías y derechos que allí se consagran, pero jamás podrá disminuirlas.

En palabras de García de Enterría, lo que debe caracterizar el juez moderno es su actitud de trascender incluso lo neutro a favor de la actividad, pero siempre volcada al servicio del ordenamiento jurídico y de sus valores propios: “el papel del juez deberá seguir siendo el de un servidor de la Constitución y de la Ley, en nombre de las cuales habla, y no de ninguna otra fuente mágica, extrae únicamente la fuente de sus sentencias”.¹⁶⁷

En este sentido, como manifiesta Dworkin, los Tribunales constitucionales modernos se erigen en “las capitales del imperio de la justicia y los jueces son sus Príncipes, pero no

¹⁶⁷ García de Enterría, Eduardo. **La democracia y el lugar de la ley**. En: **El derecho, la ley y el juez**. Pág. 49.



sus adivinos o profetas. Les corresponde a los filósofos, si lo desean, resolver las ambiciones del Derecho, la forma más pura del Derecho dentro y más allá del Derecho que tenemos (...). El Derecho que tenemos, el derecho actual y concreto, está fijado por la integridad inclusiva. Este es el papel del juez, el Derecho que está obligado a declarar y a hacer cumplir”.¹⁶⁸

El fin del derecho no puede ser otro que el de desarrollarse en la justicia. Al *buen juez* pregonado en las postrimerías del siglo XIX, al *juez justo* de que habla el profesor Nieto García, lo mismo que al *juez Hércules* de finales del XX, debemos su concreción y son ellos los que lo hacen evolucionar de la manera más correcta y apropiada para el bienestar social.

Esta afirmación halla su sustento en la concepción de Dworkin cuando expresa que “Derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deberán decidir qué es el Derecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden qué es el Derecho. Las teorías generales del Derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial. Rechazamos el convencionalismo, que halla la mejor interpretación en la idea de que los jueces descubren y ponen en vigor convenciones legales especiales, y el pragmatismo, que la encuentra en la historia diferente de los jueces como arquitectos independientes del mejor futuro, libres de la demanda inhibitoria de que deben actuar en forma coherente en principio unos con otros.

¹⁶⁸ Dworkin, Ronald. **El imperio de la justicia**. Pág. 285.

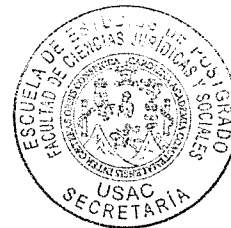


Destaqué la tercera concepción, el Derecho como integridad, que une la jurisprudencia y la adjudicación. Hace que el contenido del Derecho no dependa de convenciones especiales o cruzadas independientes sino de interpretaciones más refinadas y concretas de la misma práctica legal que ha comenzado a interpretar”.¹⁶⁹

Citando en esta misma línea a un doctrinario procesalista actual, el profesor Taruffo, en una concepción abierta y creativa sobre la jurisdicción, llega a plantear que corresponde al juez, muy a menudo, realizar lo que el legislador no es capaz o se abstiene, como el atribuir dignidad y tutela jurídica a las nuevas necesidades y a los nuevos derechos. No basta a la jurisdicción moderna entenderse como una mera función declarativa del derecho preexistente fijado por el legislador, sino que, ante todo, asume una función *creadora*.

La jurisdicción no puede ser tenida, entonces, como secundaria con relación al derecho sustancial, ella lo posibilita, pues no solo se limita a constatar y declarar la regla jurídica impuesta por el legislador sino que incluso puede ir más allá al adecuarse al caso concreto, satisfaciendo de manera idónea la necesidad de derecho que se exige: “La estratificación del ordenamiento, la necesidad de interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de las fuentes legislativas, y los fenómenos de suplencia judicial a menudo inevitables, hacer así que el juez tenga que desempeñar una función, en sentido amplio, creadora de

¹⁶⁹ *Ibid.* Págs. 287-288.



Derecho, aunque solo porque es a él a quien corresponde individualizar activamente, formular y justificar la decisión justa al caso concreto. El juez ha pasado, así, de ser pasivo y mecánico aplicador de normas, a convertirse en garante de justicia y de los derechos fundamentales, y al mismo tiempo en intérprete activo y responsable de las necesidades de tutela que emergen en el contexto social".¹⁷⁰

El Derecho actual pasa a ser percibido de una manera muy distinta a la forma clásica como fue asimilado durante centurias: hoy es un concepto interpretativo en la medida en que frente a los casos que se someten a decisión judicial no existe una única forma correcta, sino solo formas diferentes para decidir un caso difícil.

La respuesta que Dworkin da a la pregunta ¿qué es el derecho?, la manifiesta en el párrafo final de su obra *El Imperio de la justicia*, y resulta muy ilustrativa: "El Derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios, cada uno con su propio dominio sobre algún discreto teatro de conducta. Ni tampoco por un grupo de funcionarios y sus poderes sobre una parte de nuestras vidas. Es la actitud la que define el imperio de la justicia (el derecho) y no el territorio, el poder o el proceso. Estudiamos dicha actitud principalmente en las cortes de apelación, donde se examina para la inspección, pero debe penetrar en nuestras vidas ordinarias si debe servirnos también en la Corte. Es una actitud interpretativa, introspectiva, dirigida a la política en sentido amplio. Es una actitud protestante que hace a cada ciudadano responsable por

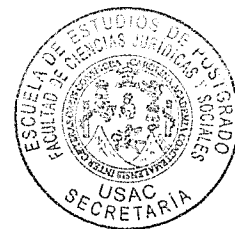
¹⁷⁰ Taruffo, Michelle. **Op. Cit.** Pág. 141.



imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad con respecto a los principios, y qué requieren estos compromisos en nuevas circunstancias. La naturaleza del discernimiento retrospectivo, así como también la suposición reguladora de que a pesar de que los jueces deben tener la última palabra, su palabra no es por ello la mejor, confirman el carácter protestante del Derecho y reconocen el rol creativo de las decisiones particulares. La actitud del Derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en la comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el Derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener".¹⁷¹

En esta nueva concepción del derecho, se halla el *quid* del polarizado debate acerca del papel y de las funciones que debe cumplir el órgano encargado del control judicial de constitucionalidad de las normas y de los actos de los Poderes Públicos. Esta concepción genera la visualización de una norma fundamental de textura abierta, de naturaleza dúctil, con un rol normativo diferente a la anterior concepción, en cuanto a que en ella pocas cosas están tajantemente definidas y su función, más que imponer, es la de orientar procesos de creación y aplicación del derecho.

¹⁷¹ Dworkin, Ronald. **Op. Cit.** Págs. 289-290.



Es decir, la Constitución es la que requiere de desarrollo, puesto que es inacabada y está en constante evolución, es una guía a la que se amolda el ordenamiento jurídico, a partir de valores y de principios, a partir de fines y de estándares de justicia. Una Constitución inacabada, concebida más como *punto de llegada* que como punto de partida, y es mediante la interpretación que realiza de ella el juez constitucional como se concreta la realidad.



CAPÍTULO V

5. La separación de poderes y el valor de la Constitución como obstáculos a la politización de la justicia y a la judicialización de la política

5.1. La separación de poderes como garantía de la república

Es afirmación pacífica, sobre la que existe un asentimiento científico generalizado, la de que uno de los elementos centrales de toda la teoría política liberal está constituido por la reflexión sobre la insoslayable necesidad histórica de controlar, frenar y dividir el poder.

Una formulación ya clásica de tal consenso doctrinal, que exime de mayores y más pormenorizadas precisiones bibliográficas, es la que aporta a este respecto Carl Schmitt cuando, en su *Teoría de la Constitución*, sostiene que el sentido y finalidad, el *telos* de la Constitución liberal (la moderna Constitución del Estado burgués de Derecho) “es, en primera línea, no la potencia y brillo del Estado, no la *gloire*, según la división de Montesquieu, sino la *liberté*, protección de los ciudadanos contra el abuso del poder público”.¹⁷²

¹⁷² Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Pág. 138.



No es por ello de extrañar que cuando el movimiento revolucionario liberal procede a definir *materialmente* a la Constitución, como nuevo fenómeno jurídico y político aportado por la contemporaneidad, lo haga afirmando rotundamente que “toda sociedad donde la garantía de los derechos no está asegurada ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”.¹⁷³ Desde el principio el concepto de Constitución aparecerá, pues, vinculado a la afirmación de la separación de los poderes del Estado.

Obviamente, ello no puede considerarse en absoluto casual. El liberalismo se consolidará como movimiento político con capacidad transformadora de la realidad en un momento que va a exigir del mismo hacer frente a una doble realidad histórico-política que convierte el problema del control y de los límites del poder en la cuestión nuclear de la teoría del Estado y, consecuentemente, también de la teoría política liberal.

Esta doble realidad, se deriva del hecho de que “el movimiento político liberal surge y se afianza al servicio de un cambio político, económico y social de significación y magnitud extraordinarias, la revolución burguesa, cambio que coloca a los liberales en una peculiarísima situación histórica: por un lado el movimiento liberal -y, paralelamente, la reflexión teórica de todo tipo que le sirve de soporte- deberá hacer frente, para derribarla, a una formación política y social, la monarquía absoluta, cuyo

¹⁷³ Art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. 26 de agosto de 1789.

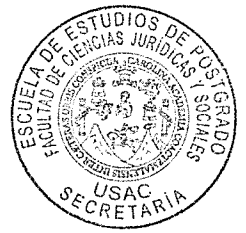


principal elemento definidor desde el punto de vista institucional será la extremada concentración del poder en manos del monarca y sus agentes”;¹⁷⁴ por otro lado, ese movimiento será el portador histórico de un proceso de construcción, el del Estado, entendiendo tal concepto en el sentido histórico preciso que es necesario atribuirle si no se quiere eliminar del mismo toda su potencialidad designativa.

En resumen, y por exponerlo de forma sintética, el movimiento político liberal y su teoría del Estado, deberán hacer frente a exigencias políticas que se derivaban tanto de las resistencias del *pasado*, la necesidad de derribar la monarquía absoluta y disolver la Constitución social sobre la que aquélla se asentaba, como de los retos del futuro, la paralela necesidad de construir sobre las ruinas de las mismas un Estado liberal y constitucional que habría de estructurarse y funcionar sobre principios del todo diferentes, cuando no claramente opuestos, a los de las nuevas monarquías.

Resulta difícilmente discutible que “tanto la dinámica política dirigida, en los diversos escenarios nacionales en que actúa, por el movimiento revolucionario liberal, como la reflexión teórica de todo tipo en los ámbitos filosófico, político o económico-inducida por aquél, está destinada primordialmente a combatir a la monarquía absoluta, a eliminar

¹⁷⁴ Anderson, Perry. **El Estado absolutista**. Pág. 321.



su modo de dominación política y a sustituir su Constitución económica y social por otra que permitiera la plena implantación del capitalismo y de la sociedad burguesa”.¹⁷⁵

Sin embargo, parece procedente precisar, la segunda de las cuestiones apuntadas, es decir, la relativa a la problemática que el nacimiento del Estado, en su significación histórica estricta, iba a generar en el ámbito de la teoría política liberal. Y ello por una razón fundamental, porque, pese al creciente proceso de monopolio de recursos de dominio que se había producido bajo el periodo histórico de vigencia de las monarquías absolutas, aquéllas no fueron nunca, hablando en términos precisos, *formas de Estado* en su más profunda esencia.

El *Estado*, es decir, el Estado burgués capitalista, constituirá la primera forma de organización del poder político que habrá de posibilitar que aquél se hiciese, aunque de forma relativa, autónomo del poder económico y se erigiese en instancia de la sociedad separada y distinta de todas las demás; que se alzase frente a la sociedad civil como instancia de poder despersonalizado, que, al no identificarse con ninguna clase, familia, dinastía o soberano, podía mostrarse aparentemente como perteneciente a todos en conjunto y no como expresión concreta de ninguno.

¹⁷⁵ Hintze, Otto. **Esencia y transformación del Estado moderno**. En: **Historia de las formas políticas**. **Revista de occidente**. Pág. 306.



“El Estado liberal es el primer poder absoluto de la historia, es decir, el primer poder que no admite competidores, lo que no quiere decir que sea un poder cuyo contenido él mismo determina arbitraria y caprichosamente. La soberanía del Estado indica exclusivamente que las competencias del poder estatal no pueden ser delimitadas *a priori*, porque no hay otros centros de poder que sustraigan determinadas esferas al poder del Estado”.¹⁷⁶

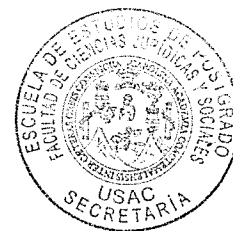
Esas conclusiones no fueron, sin embargo, en modo alguno, extrañas a los propios contemporáneos que, en diferentes momentos del proceso de aparición, desarrollo y consolidación del Estado liberal, centraron su interés en estudiar el contraste existente entre aquél y las formas de dominación política que le habían precedido históricamente.

Por ejemplo, han acabado ya por convertirse en clásicas las reflexiones que, respecto de ese proceso de centralización de facultades de control y dominación política producido con la consolidación del nuevo tipo de Estado surgido de la revolución liberal, “llevará a cabo, en los momentos inmediatamente posteriores al definitivo triunfo de aquélla, el pensador francés Alexis de Tocqueville”.¹⁷⁷

No menor importancia tiene las manifestadas, con casi un siglo de antelación, por un compatriota suyo, el barón de Montesquieu, cuando tal proceso revolucionario solo

¹⁷⁶ Pérez Royo, Javier. **Introducción a la teoría del Estado**. Pág. 62.

¹⁷⁷ Tocqueville, Alexis De. **La democracia en América**. Pág. 346.



había dado sus primerísimos frutos políticos en la Inglaterra posterior a la Revolución Gloriosa de 1688.

Al referirse en *Del espíritu de las leyes*, a las leyes en relación con la naturaleza del Gobierno monárquico, Montesquieu pone claramente de relieve cómo los poderes intermedios, subordinados y dependientes, constituyen la naturaleza del Gobierno monárquico, es decir, de aquel Gobierno en que uno solo gobierna por medio de leyes fundamentales.

Lo que caracteriza a la monarquía absoluta feudo-estamental es, por tanto, justamente la presencia de tales poderes intermedios, presencia que impide al monarca convertirse en un poder despótico, es decir, absoluto. Si en el Estado -escribe Montesquieu- no hubiera más que la voluntad momentánea y caprichosa de uno solo, nada podría tener fijeza y, por consiguiente, no habría ninguna ley fundamental.

Tras destacar la importancia que entre esos poderes intermedios, subordinados y dependientes tienen el poder de la nobleza (sin monarca no hay nobleza, sin nobleza no hay monarca, sino déspota) y el poder del clero (los que él llama privilegios eclesiásticos); Montesquieu advierte con meridiana claridad de las graves consecuencias que habrán de derivarse de la supresión de tales poderes intermedios:



En ciertos Estados de Europa, algunos han creído abolir todas las justicias señoriales sin darse cuenta de que querían hacer lo que hizo el Parlamento inglés.

Si se aboliesen las prerrogativas de los señores, del clero, de la nobleza y de las ciudades de una monarquía, pronto se tendría un Estado popular o un Estado despótico, dice Montesquieu. El propio autor no deja de cerrar sus reflexiones poniendo de relieve cómo allí donde tal proceso de supresión ha sido culminado, es decir, allí donde se han concentrado todas las facultades de dominio en el Estado, ahora sí absoluto, en Inglaterra, la libertad es un bien cuya conservación es mucho más fundamental para los súbditos que para los sometidos al poder limitado de una monarquía feudo-estamental.

Para favorecer la libertad, concluye Montesquieu, "los ingleses han suprimido todas las potencias intermediarias que formaban su monarquía. Tienen razón conservando la libertad ya que, si la perdieran, serían uno de los pueblos más esclavos de la tierra".¹⁷⁸ En esta última cita, Montesquieu deja constancia clara de su conciencia sobre la ambigüedad que encierra la nueva forma política del Estado liberal.

Como al respecto ha sido certeramente señalado, por un lado, el Estado al disolver las relaciones de supra y subordinación política, potencia la libertad de los individuos. Por

¹⁷⁸ Montesquieu, Charles de Secondat. **Op. Cit.** Pág. 116.



otro, al suprimir todos los poderes intermedios, concentra el poder en mayor medida de lo que había ocurrido nunca con anterioridad. La conclusión es clara: "la propia libertad conseguida mediante la supresión de los poderes intermedios puede convertir a los ciudadanos, en el caso de pérdida de ésta, en uno de los pueblos más esclavos de la tierra".¹⁷⁹ (sic)

No es de extrañar que, a la vista de consideraciones como las que acaban de apuntarse, demostrativas de que la especulación sobre la necesidad de controlar y frenar el poder, característica del ámbito de reflexión de la teoría política liberal, no se circunscribía solo a los problemas del *pasado* (la monarquía absoluta), sino que se dirigía también a los del porvenir (el Estado liberal), el propio Montesquieu haya pasado a la historia de las ideas políticas como el padre de la teoría de la separación de poderes, es decir, el padre de una teoría que tenía por primordial finalidad la limitación del poder del Estado, limitación que debería conseguirse dividiendo su ejercicio entre sujetos variados.

5.2. El valor de la Constitución como sometimiento al imperio de la ley

Por todo lo apuntado hasta aquí, tiene indiscutible interés un estudio destinado a analizar, en la coyuntura de la ruptura revolucionaria liberal, las relaciones existentes

¹⁷⁹ Pérez Royo, Javier. **Op. Cit.** Pág. 25.



entre el principio de la separación de los poderes y la cuestión relativa a la configuración histórica del valor de la Constitución.

Se podría comenzar refiriéndose a las primeras formulaciones doctrinales de aquel principio, formulaciones dirigidas tanto a combatir la Constitución política de la monarquía absoluta como, y quizás, sobre todo, a prescribir principios a aplicar en la conformación estructural y funcional del nuevo modelo político que debería construirse: el Estado liberal. Interesa, en consecuencia, con una finalidad básicamente instrumental, centrarse en las formulaciones de aquellas doctrinas que han acabado por resultar paradigmáticas de toda la teoría del Estado liberal, obviamente, las de John Locke y Montesquieu.

Tanto desde un punto de vista cuantitativo, como desde una perspectiva cualitativa, también es importantísimo analizar la problemática de la separación de los poderes en las dos grandes experiencias revolucionarias liberales producidas de uno de y otro lado del Atlántico, la francesa y la norteamericana, para determinar su influencia en la definición del valor de la Constitución.

Esta doctrina encierra, en su propia formulación, el núcleo central de la tesis que, se ha planteado tan solo como hipótesis: dicho de forma sencilla y resumida, la de que la configuración del esquema de separación de poderes adoptado en las dos experiencias



históricas revolucionarias liberales generadoras hacia el futuro de auténticos modelos constitucionales, las de la Revolución francesa y la Revolución norteamericana, presenta notable relación, y en un cierto aspecto ha sido decisiva, en la determinación del valor de la Constitución.

Dado que tal fórmula resumida no está, ciertamente, exenta de más de un sobreentendido, con toda seguridad resulta conveniente, antes de nada, intentar dar cuenta de los que parecen los dos fundamentales. Empezando, en primer lugar, por la que supone la afirmación de que las experiencias francesa y norteamericana fueron generadoras de *auténticos modelos* desde el punto de vista de la teoría de la Constitución.

Aunque la explicación de la medida en que aquellas hayan sido constitutivas de sendos modelos en la determinación del *valor* de la Constitución, forma parte central de la tesis planteada, sí puede afirmarse, sin que ello plantee problemas de mayor envergadura, que existe, en general, un acentuado acuerdo científico sobre la naturaleza tipificadora de los movimientos revolucionarios francés y norteamericano.

Bien es cierto que, desde una óptica, perturbadoramente eurocéntrica, se ha afirmado en más de una ocasión “el origen exclusivamente francés del movimiento revolucionario liberal en el continente europeo, negando la influencia de la Revolución



americana más allá de sus fronteras territoriales, tanto desde una perspectiva histórica general como, más en concreto, en lo referido a la conformación del fenómeno constitucional".¹⁸⁰

Pero, pese a ello, el carácter de *modelos* constitucionales atribuible a los alumbrados tras la aprobación de las Constituciones americana de 1787 y francesas del período revolucionario (1791, 1793 y 1795), y el notable efecto expansivo de tal alumbramiento en el posterior desarrollo del movimiento constitucional y liberal a uno y otro lado del Atlántico, parece difícilmente discutible. No se trata, obviamente, de aportar aquí un cúmulo de citas justificadoras de la idea, pues, aunque perfectamente posible, es muy probablemente innecesario y no añadiría más verosimilitud a la argumentación.

Si a las experiencias históricas se las valora exclusivamente con el metro de su duración, entonces ciertamente la experiencia jacobina no merecería toda la atención que, sin embargo, se le dedica todavía hoy casi doscientos años después. La verdad es que esta experiencia está todavía en el centro de la reflexión porque, de forma similar a la de los Estados Unidos, revela por primera vez una problemática social y política (que penetra en el cuerpo social y en la práctica política) y no solo teórica, que no está resuelta todavía y que es actual: la problemática que gira en torno a la relación Estado y sociedad.

¹⁸⁰ Schmitt, Carl. **Op. Cit.** Pág. 66.



El segundo sobreentendido que, con toda seguridad, es procedente despejar en esta introducción es el que se concreta en el uso del concepto de valor de la Constitución, concepto que se configura como central en el constitucionalismo democrático y cuyo contenido, por tanto, es necesario explicitar, dando cuenta del sentido con que a partir del nacimiento de las Constituciones se las ha entendido.

El término valor se emplea en uno de los significados conceptuales que le ha otorgado al mismo, el *Diccionario de la lengua española*, que entiende por *valor*, entre otras acepciones: el alcance de la significación o importancia de una cosa. Y en tal sentido, el desarrollo histórico del concepto de Constitución indica que esta ha presentado, desde el momento mismo de su nacimiento como nuevo fenómeno revolucionario característico de la edad contemporánea, dos valores fundamentales que han determinado que el alcance de su significación o importancia hayan sido muy diferentes: expresado sintéticamente, un *valor jurídico* y un *valor político*.

En efecto, "la Constitución ha sido concebida como un documento *político* que se limita a organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del Estado-básicamente el de los poderes legislativo y ejecutivo, sus relaciones y sus limitaciones, de tal forma que todo aquello en que ambos poderes estén de acuerdo resulta constitucionalmente legítimo, y como un documento *jurídico* que, más allá de cumplir las funciones que acaban de apuntarse, se conforma como norma básica del ordenamiento jurídico del Estado que es no solo aplicable a los operadores políticos, sino también determinante



de las relaciones entre aquéllos y los particulares, configurándose como *auténtico* derecho, y *supremo* derecho, del Estado".¹⁸¹ (sic)

Pues bien, estas dos versiones del constitucionalismo, así tan someramente descritas, estas dos materializaciones históricas del valor de la Constitución, se corresponden esencialmente con los modelos francés y norteamericano. Por las razones explicas con anterioridad, y con arreglo al proceso histórico que les dio vida.

El concepto constitucional -en el sentido del valor de la Constitución- toma en la Europa continental y en los Estados Unidos dos caminos divergentes, que se traducen, en el primero de los casos, en la consideración de la Constitución, durante un largo período de tiempo, como mero documento político, y, en el caso americano, en la afirmación, desde los momentos inmediatamente posteriores al triunfo revolucionario y a la aprobación del texto supremo de 1787, de la consideración de la Constitución como documento jurídico, con todas las importantísimas consecuencias que ello iba a implicar.

Entre otras, y como muy fundamental, la de la afirmación de instrumentos de muy diferente naturaleza para garantizar, en uno y otros modelos, la defensa de la Constitución. En un supuesto triunfaría el concepto de *supremacía de la ley* y en el

¹⁸¹ Pérez Royo, Javier. *Las fuentes del derecho*. Pág. 31.



segundo el de supremacía de la Constitución o, lo que es casi equivalente, de *control de constitucionalidad*.

De ahí, por ello, que ambos conceptos conformen, junto con el de *separación de poderes*, la sustancia del constitucionalismo y de la democracia. Entre los mismos es observable, una estrecha conexión, que ha sido ya demostrada y también explicada su concreta materialización en el proceso histórico de construcción del primer Estado liberal.

La institución de la separación de poderes es en esencia, el denominado *principio republicano*, cuya correcta interpretación y aplicación en defensa del orden constitucional, impediría que se politice la justicia y se judicialice la política.

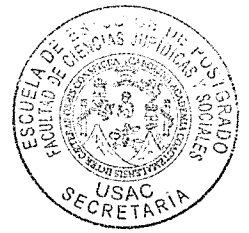


CONCLUSIÓN

Las manifestaciones de las crisis constitucionales producidas en las democracias contemporáneas, giran sobre todo, en torno al repetido crecimiento del Poder Ejecutivo y a sus intrusiones en los ámbitos de los otros dos poderes. Así, se puede hacer refeerencia de una traslación real de la función ejecutiva a la función legislativa y a la función judicial.

Sin embargo, también las intrusiones se dan en vía de regreso, del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, y del Poder Legislativo a los otros dos poderes. A pesar de todos estos fenómenos políticos, las Constituciones siguen formalmente fieles a la división de poderes, aunque algunas, como la francesa de 1958, incorporan recortes a la potestad legislativa del Parlamento y otras, como la alemana y la española, contienen innecesarios mecanismos de refuerzo del Ejecutivo, como el voto de censura constructivo que hace muy difícil derribar a un gobierno.

Por todas estas razones, muchos autores s he refieren hace tiempo a una franca crisis en la institución constitucional de la separación de poderes. Naturalmente, es innegable que la separación está en crisis y ha sido sobrepasada por la realidad. Sin embargo, todavía parece menos mala que su negación formal, pues, por ahora, seguramente no



sería sustituida por alguna otra mejor salvaguarda de la libertad, sino, por el siempre creciente poder.

Tampoco los tres poderes han tenido idéntica fortuna. En términos comparativos, ha sido el Poder Legislativo el que ha perdido más terreno, mientras que el Poder Judicial se ha mantenido en una mejor posición, porque es el que más probabilidades tiene de no dejarse arrastrar por la vorágine de incidencias de los otros dos poderes, pero, a la vez, sigue siendo el que menos probabilidades tiene de dominar a los otros.

En el tema de la politización de la justicia, el Poder Judicial, con su capacidad relativa para frenar el Poder de los otros dos, sigue teniendo incapacidad para imponerse a ellos. El Poder Judicial viene a ser el que más fácilmente puede permanecer autónomo relativamente. Sin embargo, no faltan jueces que se sienten bastante cómodos incidiendo en los asuntos de los otros dos poderes.

Sin perjuicio de lo expuesto, la existencia de la separación de poderes es mejor que su inexistencia, pues la crisis de la división de poderes es, en realidad, una crisis de la Constitución, aunque con matices propios y agravados. En todo caso, es innegable que los valores que inspiran a la separación de poderes, como a la Constitución misma, son de alcance universal, independientemente de cuan de moda estén en un momento histórico concreto. Una sociedad civil fuerte y un gobierno débil, abundarían en la



misma dirección de dificultar la acumulación de poder. Pero las nuevas y no tan nuevas teorías que atribuyen todo lo público y todo lo social al Estado, debilitan la sociedad civil y acaban concentrando más poder en el gobierno.







BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA SÁNCHEZ, J. Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional.

Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998.

AGUIAR DE LUQUE, L. El control de constitucional de normas en el modelo europeo de justicia constitucional. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002.

AGUILÓ REGLÁ, Joseph. Teoría general de las fuentes del derecho y del orden jurídico. Barcelona, España: Editorial Ariel, 2001.

ALTHUSSER, Louis. Montesquieu, la política y la historia. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1974.

ANDERSON, Perry. El Estado absolutista. Editorial Siglo XXI, Madrid, España: 1979.

ARAGÓN REYES, Manuel. El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad.
En: **Temas de derecho público. No. 44.** Bogotá, Colombia: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo de la Universidad Externado de Colombia, 1997.

ARENAS, Carlos y otros. El sistema mexicano de justicia electoral. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2000.

BOBBIO, Norberto. Locke y el derecho natural. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2017.

BOVERO, Michelangelo. Globalización, democracia, derechos. En: **Revista "Este país". No. 138.** México: 2000.



- BREWER CARÍAS, A. R. **El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela.** En: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo I.** Fundación Konrad Adenauer Stiftung. A.C., 1996.
- BULYGIN, Eugenio. **Sentencia judicial y creación del derecho.** En: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho.** Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia.** Lima, Perú: Ara Editores, 2006.
- CAPPELLETI, Mauro. **La justicia constitucional (estudios de derecho comparado).** México: UNAM, 1987.
- CARBONIER, Jean. **Ensayos sobre las leyes.** Madrid, España: Alianza Editorial, 1998.
- CHINCHILLA, Tulio Elí. **Fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional.** En: **Anuario de derecho constitucional contemporáneo.** Medellín, Colombia: Editorial Diké, 1997.
- COMANDUCCI, Paolo. **Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo.** México: Editorial Fontamara, 1999.
- COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1987.
- COSSÍO, José Ramón. **La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia.** México: Editorial Fontamara, 2002.
- COX, Archibald. **El rol de la Suprema Corte en el gobierno americano.** Buenos Aires, Argentina: Editorial EDISAR, 1980.



CRUZ VILLALÓN, Pedro. **El Estado de sitio y la Constitución**. Madrid, España: CESCO, 1980.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales**. En: **Revista Sistema**. No. 15. 1995.

DWORKIN, Ronald. **Cómo el derecho se parece a la literatura**. En: **la decisión judicial**. Bogotá, Colombia: Editorial Siglo del Hombre, 1997.

DWORKIN, Ronald. **El imperio de la justicia**. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 1992.

EISEMAN, Charles. **El espíritu de las leyes y la separación de poderes**. En: Carré de Malberg, R. **Mélanges**. México: UNAM, 1977.

ELSTER, Jon. **Régimen de mayorías y derechos individuales**. En: Shute, Stephen & Hurley, Susan. **De los derechos humanos**. Madrid, España: Editorial Trotta, 1998.

ESQUIAGA GANZAS, Francisco Javier. **La argumentación en la justicia constitucional**. Colombia: Editorial Diké; 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero**. En: **Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas**. IFE-Temas de Democracia, Conferencias magistrales. No. 13. México: 2001.

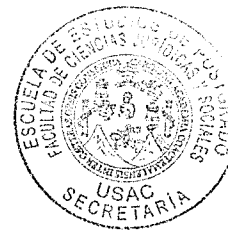
FERSCHER, Iring. **La ilustración en Francia: la enciclopedia, Montesquieu, Rousseaux**. En: VALLESPIN, Fernando (editor). **Historia de la teoría política**. Vol. III. Madrid, España: Alianza Editorial, 1991.



- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional**. Madrid, España: Editorial Civitas, tercera edición; 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La democracia y el lugar de la ley**. En: **El derecho, la ley y el juez**. En: **Cuadernos Cívitas**. Madrid, España: 1997.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Filosofía del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1983.
- GONZÁLEZ-TREJIVIANO SÁNCHEZ, P. J. **El Tribunal Constitucional**. España: Editorial Arazandi, 2000.
- GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. España: Editorial Marcial Pons, 2001.
- HABERLE, Peter. **La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional**. En: **Teoría y realidad constitucional**. No. 14. México: UNAM, 2004.
- HAMILTON, Alexander, MADISON James; JAY, John. **El federalista**. No. 43. Enciclopedia Británica, 1989.
- HARO, R. **El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales**. En: **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**. Tomo I. Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2004.
- HART ELY, John. **Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad**. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, 1997.
- HART, H. L. **El concepto del derecho**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1968.



- HELD, David. **Modelos de democracia**. Madrid, España: Alianza Editorial, segunda edición, 2001.
- HILL, Christofer. **De la Reforma a la Revolución Industrial 1530-1780**. España: Editorial Ariel, 1991.
- HINTZE, Otto. **Esencia y transformación del Estado moderno**. En: **Historia de las formas políticas. Revista de Occidente**. Madrid, España: 1968.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis de Estado de derecho**. En: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina. **La corrupción política**. Madrid, España: Alianza Editorial, 1997.
- JELLINEK, G. **Teoría general del Estado**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Albatros, 1943.
- JURADO FERNÁNDEZ, J. **Jueces y Constitución**. Costa Rica: Editorial Juricentro, 2003.
- KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)**. En: **Escritos sobre la democracia y el socialismo**. Madrid, España: Editorial Debate, 1988.
- LAPORTA, Francisco. **Imperio de la ley y seguridad jurídica**. En: DÍAZ, Eias; COLOMER, José Luis. **Estado, justicia, derechos**. Madrid, España: Alianza Editorial, 2002.
- LASKI, Harold J. **El liberalismo europeo**. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre el gobierno civil**. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2010.



LÓPEZ GUERRA, L. **Introducción al derecho constitucional**. España: Editorial Tirant lo Blanch, 1994.

MARBURY, W. L. **The limitation upon the amending power**. En: **Harvard Law review**. Vol. XXXIII. 1919.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. **El tribunal constitucional como órgano político**. En: **Dirección General de lo Contencioso del Estado, el Tribunal Constitucional**. Vol II. Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

MONROY CABRA, M. G. **Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un estado social de derecho**. En: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Tomo I. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. A.C., 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **El espíritu de las leyes**. España: Editorial Istmo, 2022.

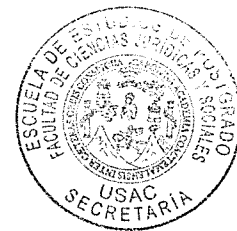
MORESO I. MATEOS, Joseph Joan. **Lógica, argumentación e interpretación en el derecho**. Barcelona, España: Editorial UOC, 2006.

NARANJO MESA, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas**. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1994.

NIETO GARCÍA, Alejandro. **El desgobierno judicial**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2004.

PATÍÑO CRUZ, S.; OROZCO SOLANO, V. **La inconstitucionalidad por omisión**. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, 2004.

PECZENIK, Alexander. **Estado de derecho, seguridad jurídica y legitimidad del derecho**. En: **Derecho y razón**. México: Editorial Fontamara, 2000.



PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La seguridad jurídica**. En: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco. **El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de filosofía II**. Madrid, España: Editorial Trotta, 1996.

PÉREZ ROYO, Javier. **Introducción a la teoría del estado**. Barcelona, España: Editorial Blume, 1980.

PÉREZ ROYO, Javier. **Las fuentes del derecho**. Madrid, España: Editorial Tecnos. 1988.

PIZA ESCALANTE, R. **La justicia constitucional en Costa Rica**. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, 2004.

POYAL COSTA, Ana. **Normas constitucionales y realidad**. Madrid, España: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1995.

QUIROGA León, Aníbal. **El derecho constitucional peruano**. En: **Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Constitucionalismo y derechos humanos**. México: UNAM, 2002.

RAZ, Joseph. **La autoridad del derecho**. México: UNAM, 1985.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. **Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la Constitución**. En: **Teoría y realidad constitucional. No. 16**. México: UNAM, 2005.

ROUSSEAU, D. **La justicia constitucional en Europa**. París, Francia: E. J. A., 1998.

SANIN RESTREPO, Ricardo. **Libertad y justicia constitucional**. Bogotá, Colombia: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2004.



SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid, España: Editorial Tecnos.

1998.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. España: Alianza Editorial, 2011.

SOLÍS FALLAS, A. **La dimensión política de la justicia constitucional**. San José, Costa Rica: Impresiones Gráficas del Este, S. A., 2000.

SOUZA, María de Lourdes. **El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España Y Brasil**. Bogotá, Colombia: Editorial Unibiblos, 2001.

STONE, Laurence. **La crisis de la aristocracia. 1558-1641**. Madrid, España: Alianza Editorial, 1985.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. **La división de poderes y los tribunales. Una desmitificación**. En: **Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional (1983)**. México: UNAM, 1984.

TARUFFO, Michele. **La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?** En: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción**. Madrid, España: Editorial Trotta, 1996.

TÓCORA, L. F. **Control constitucional y derechos humanos**. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional, 1992.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia en América. Tomo I**. Madrid, España: Alianza Editorial, 1989.

TORRES DEL MORAL, A. **Introducción al derecho constitucional**. España: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996.



TREVELYAN, G. M. **Historia política de Inglaterra.** México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

VÁZQUEZ, Rodolfo. **Liberalismo, estado de derecho y minorías.** México: UNAM, 2001.

VON INHERING, Rudolf. **La lucha por el derecho.** México: Editorial Porrúa, 1982.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.** Madrid, España: Editorial Civitas, 1988.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo. **Suprema Corte y democracia en México.** En: **Revista Lex.** México: 2002.