

# UN ENSAYO DE INTERPRETACIÓN EN TORNO A LAS RELACIONES ENTRE EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL

José Antonio Tirado Barrera  
Departamento Académico de Derecho, PUCP\*

Categoría profesores

El control de la constitucionalidad de las leyes se enfrenta al problema de que el juez constitucional, quien no suele estar sometido a un control político significativo, puede limitar la configuración de las opciones políticas que adopta el legislador democráticamente elegido. Por otro lado, la norma constitucional está configurada con un amplio grado de indeterminación, lo que convierte a la interpretación constitucional en un problema formidable. Para afrontar este reto, se propone revisar algunos de los aportes más importantes en materia de teoría constitucional, con el fin de extraer criterios que permitan superar la necesidad de controlar la actuación del Parlamento sin desconocer su legitimidad democrática y proporcionar al juez criterios para el desarrollo de su labor de interpretación constitucional.

## I. Introducción

Sostener el carácter esencialmente controvertido de la interpretación constitucional es una afirmación tópica. Autores muy autorizados nos han explicado las razones por las cuales la interpretación constitucional constituye un problema fundamental en el derecho constitucional contemporáneo, y respecto del cual es necesario volver, una y otra vez, con cuidado y precaución.

En la medida en que el constitucionalismo, proceso histórico iniciado a finales del siglo XVIII, ha alcanzado a partir de la segunda postguerra mundial un reconocimiento cada día más generalizado en nuestro contexto cultural, existe un consenso bastante amplio en identificar algunas características básicas que lo identifican como tal y que se podrían enumerar de la siguiente forma: reconocimiento del valor normativo supremo de la constitución, consagración constitucional de derechos fundamentales y de la separación o división del poder; reconocimiento de la democracia representativa como el método esencial de autogobierno de la sociedad políticamente organizada, y exigencia de mecanismos procesales para asegurar la superioridad constitucional y de sus contenidos.

Como el proceso de toma de decisiones en una sociedad democrática usualmente adopta el carácter de un procedimiento legislativo, son las leyes (normas jurídicas inmediatamente inferiores en jerarquía a la constitución y vinculantes *erga omnes*) los objetos de

\* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/jose-tirado-barrera>

cuestionamiento designados para adoptar, a través suyo, decisiones que determinados grupos de interés califican como decisiones inconstitucionales, es decir, contrarias a las normas y disposiciones contenidas en la constitución y, por lo tanto, jurídicamente cuestionables en su validez.

De esta manera, los principales problemas sociales y políticos que afectan o interesan a una sociedad se convierten, tarde o temprano, en problemas de interpretación constitucional. Dependiendo de la forma específica en que cada Estado lo haya previsto, con mayor o menor intensidad, se convierte en un problema que debe ser resuelto por un juez, quien será el llamado a determinar si una ley en particular es o no inconstitucional.

Es por esta razón que la interpretación constitucional es un problema fundamental para la teoría jurídica pero también para la práctica política pues esta deberá enfrentar o superar, según sea el caso, los límites constitucionales que le sean opuestos por quienes, al interpretar la misma norma constitucional, sostengan conclusiones distintas. Esta, por más paradójica que parezca, es una situación habitual y que encuentra en los procesos judiciales uno de sus espacios más importantes para desarrollarse.

De este modo, pues, el control jurídico de la actuación política formalizada a través de la adopción de una ley constituye un reto formidable por los inevitables efectos políticos que la interpretación constitucional puede causar. Y es en atención a este efecto donde aparece una pregunta que, a pesar de ser muy antigua, mantiene su plena vigencia y puede expresarse en los siguientes términos: «¿Por qué los jueces quienes por definición están mucho menos sujetos al sentimiento popular que la mayoría de los actores políticos deberían tener la capacidad de revocar las decisiones de las autoridades electas o del público en general?» (Sager, 2007, p. 32). En el Perú, esta es una discusión que ha demorado en presentarse pero que, sin embargo, muestra ya algunos desarrollos<sup>1</sup>. Con la presente monografía se busca contribuir a este debate y revisar algunos de los principales aportes teóricos formulados sobre lo que, convencionalmente, se reconoce como la tensión entre constitucionalismo y democracia, entre el legislador democrático y el juez constitucional<sup>2</sup>. En base a dichos aportes, se reflexionará sobre la forma en que el Tribunal Constitucional peruano debería afrontar su tarea principal, es decir, el control de la constitucionalidad de las leyes. Por definición, este ejercicio pone en cuestión, de forma recurrente, las complejas relaciones entre el legislador y el juez constitucional.

## **2. Tres aproximaciones posibles al control de la constitucionalidad de la ley**

Asumiendo el carácter problemático de la interpretación constitucional (García Belaunde, 1993, pp. 13-36)<sup>3</sup>, se analizarán las formas posibles en que se puede llevar a cabo dicha tarea por parte de uno de los sujetos más importantes en el sistema jurídico de cualquier país: los jueces. En otras palabras, la pregunta sobre la forma en que se propone la participación del juez en la determinación del significado de las normas constitucionales resulta relevante y, también, su po-

1 Véase Campos Bernal (2012, pp. 307-317).

2 «La tesis de fondo es que cada uno de los sistemas [constitución y democracia] es necesario para la existencia (y buena salud) del otro, pero su armonización recíproca es todo menos espontánea: por el contrario, representa un problema permanente en la vida de las democracias constitucionales» (Bovero, 2006, p. 15).

3 Una de las razones que contribuyen a problematizar sustancialmente la interpretación de las normas constitucionales es su habitual indeterminación normativa, derivada de la práctica de constitucionalizar disposiciones con elevado contenido axiológico y necesariamente impreciso. Esta situación es inevitable dada la imposibilidad de un poder constituyente con la capacidad de predeterminar todas y cada una de las situaciones constitucionalmente relevantes, ni de darles, en consecuencia, una solución. Esto, además, sería inconveniente desde la perspectiva de la deliberación política democrática (Bernal Pulido, 2014, pp. 85-91).

sición frente a la alegación en torno a la inconstitucionalidad de la ley, expresión paradigmática del legislador democrático.

En este punto la propuesta de Annette Schmitt tiene relevancia. Con respecto a las respuestas a las preguntas planteadas, ella declara lo siguiente:

[...] dependen del punto de vista que sus respectivos adherentes tomen con respecto a la constitución y a su custodio en tanto instituciones que están justificadas y a la vez son capaces de establecer y sostener las bases liberales de un sistema político democrático. Para ser más precisos: la cuestión acerca de lo que se gana al añadir a una democracia una constitución escrita y un Tribunal Constitucional es acerca de si estas instituciones están justificadas y si son capaces de fijar límites liberales a la toma de decisiones. (Schmitt, 2002, p. 254)

De esta manera, es posible apreciar tres formas en que se puede explicar el control de la constitucionalidad de las leyes.

En una primera posición que se puede llamar constitucionalista pura (Schmitt, 2002, p. 255), se afirma la necesidad y conveniencia de contar con una constitución escrita, donde se configuren derechos individuales que puedan ser debidamente protegidos por un órgano jurisdiccional de control. En esta postura se rechaza la existencia de una democracia basada únicamente en la idea de la regla de la mayoría y se reclama la necesidad de dotarla de un contenido moralmente significativo<sup>4</sup>. La forma de superar estas objeciones es configurando una constitución adscrita a una propuesta moral determinada, que fije derechos individuales al máximo nivel normativo (y, normalmente, ajeno a la disposición por parte del legislador ya que se configuran como un «coto vedado») y que los proteja (incluso del legislador democrático) con un órgano jurisdiccional de control, con un juez constitucional.

Una segunda postura, que se puede denominar constitucionalismo procedimental, propone una defensa matizada del control constitucional al plantear una lectura de las normas constitucionales que asegure las condiciones del proceso democrático, y reconocer la posibilidad tanto de una constitucionalización de derechos así como de un órgano de control constitucional. Sin embargo, se propone que tales derechos sean únicamente aquellos necesarios para asegurar las condiciones de la deliberación democrática y que el juez constitucional se limite a asegurar su vigencia sin adoptar decisiones con contenido material.

Finalmente, se puede encontrar una postura radicalmente democrática y extremadamente crítica tanto del atrincheramiento constitucional como del correlativo control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley. Desde esta posición, se critica abiertamente la negativa a reconocer autonomía y capacidad a los sujetos integrantes de una sociedad política para decidir en igualdad de condiciones la mejor opción para el ordenamiento de su vida en sociedad. Afirmar la conveniencia de la consagración constitucional de derechos (valores moralmente significativos) supone una extraordinaria confianza en quienes toman esa decisión y, al mismo tiempo, una extraordinaria desconfianza en los que, tiempo después, tendrán que vivir bajo las decisiones adoptadas en un tiempo anterior. Además, trasladar a un cuerpo elitista de magistrados la determinación de la mejor manera de vivir en sociedad (con la posibilidad de

4 «Tal democracia "pura" siempre corre el riesgo de destruirse a sí misma ya que la mayoría siempre puede decidir no decidir más y dejar la tediosa tarea de tomar una decisión a un "Führer" competente. Más importante es, sin embargo, que la democracia en esta forma bruta está vacía de contenido moral, y como tal, no es justificable como moralmente superior a otros tipos de sistemas políticos» (Schmitt, 2002, p. 256).

declarar inconstitucional una ley aprobada por la representación política del pueblo) constituye otra muestra de debilidad y de poca convicción en la democracia. En esta postura, se sostiene que no hay que temer al hecho de que la sociedad política tenga que tomar siempre decisiones sobre todas las cuestiones moralmente relevantes y socialmente importantes.

Como se puede apreciar, en cada una de estas aproximaciones se plantean problemas diferentes y soluciones propias a la forma en que se debe (o no) interpretar una norma constitucional. Además, se define de manera igualmente distinta el rol que puede desempeñar un órgano de control jurisdiccional de la constitución.

¿Por qué es útil conocer estas propuestas? Porque es importante conocer las diversas propuestas teóricas sobre la interpretación de la constitución y sobre la propia conveniencia de contar con una constitución pródiga en su contenido material. Esto permitirá que se ilustre a los ciudadanos acerca de las complicadas relaciones que se establecen entre el legislador democrático y el juez constitucional, sobre la forma y límites de la interpretación constitucional así como respecto de las diversas opciones interpretativas que se pueden desprender de las normas constitucionales según sea la perspectiva teórica que se adopte para aproximarse a ellas. Se trata, en buena cuenta, de abrirse a la posibilidad de reconocer diversas formas posibles de entender la constitución y de someter a la crítica nuestras formas de aproximación habituales y comúnmente aceptadas.

De esta manera, se pasará revista a las posiciones expuestas por los exponentes más representativos de cada una de estas posturas, como son Ronald Dworkin, John Hart Ely y Jeremy Waldron.

### **2.1. Ronald Dworkin y la lectura moral de la constitución.**

En uno de los trabajos en que Dworkin revela su postura en torno al fenómeno de la interpretación constitucional (Dworkin, 2004, pp. 101-139), él define su propuesta de modelo interpretativo de la constitución a través de lo que denomina la lectura moral, mediante la cual «[...] propone que todos, jueces, abogados y ciudadanos, interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas (aquellas establecidas por la Constitución) con el entendimiento de que se refieren a principios morales sobre la decencia política y la justicia» (Dworkin, 2004, p. 101).

A partir de esta definición de sus objetivos, la lectura moral de la constitución debe enfrentarse a una multiplicidad de objeciones que podrían cuestionar su idoneidad para servir como un parámetro objetivo para fijar la interpretación de la constitución, en la medida en que se propone un método que parece introducir las valoraciones morales (por naturaleza, subjetivas) en el mundo de lo jurídico (pretendidamente objetivo o, en todo caso, ajeno a la presencia de criterios morales no objetivados)<sup>5</sup>.

Resumiendo una de las principales críticas que se levantan contra la lectura moral de la constitución, Dworkin señalará que dicha propuesta es cuestionada por la siguiente razón:

5 «La lectura moral, por lo tanto, incorpora la moralidad política al corazón del derecho constitucional. Pero la moral política es inherentemente incierta y controvertida, y, entonces, cualquier sistema de gobierno en el que esos principios se incorporen como parte del derecho debe decidir a quién le dará la autoridad de interpretarlos y comprenderlos. En el sistema estadounidense, los jueces, y en última instancia los jueces de la Corte Suprema, tienen hoy esa autoridad y, según sus críticos, la lectura moral de la Constitución le otorga a los jueces el poder absoluto de imponer sus propias convicciones morales al público» (Dworkin, 2004, p. 102).

Parece erosionar la distinción crucial entre el derecho y la moral, haciendo del derecho solo el problema de a qué principios morales recurren los jueces de una era en particular. Parece constreñir grotescamente la soberanía moral del propio pueblo y sacar de sus manos, para remitirlas a una élite política, justamente las cuestiones más importantes y definitorias de la moral política que el pueblo tiene el derecho y la responsabilidad de decidir por sí mismo. (Dworkin, 2004, pp. 103-104)

Frente a esta crítica, Ronald Dworkin reclama, en primer lugar, una mayor sinceridad a los actores pues señala que, aunque denostada, la búsqueda de criterios de moralidad es una práctica constante en la labor de interpretación constitucional<sup>6</sup>, con la diferencia que su propuesta de lectura moral no solo es explícita sino que se encuentra limitada por consideraciones que buscan asegurar su idoneidad.

Inmediatamente después, Dworkin es enfático en señalar que la lectura moral se encuentra sujeta a límites y que no permite al juez una libertad absoluta para la imposición de sus propios valores, lo cual, sin lugar a dudas, es rechazable. Un primer límite a la lectura moral es de carácter textual, y se fundamenta en la propia redacción de las normas constitucionales, pues ellas son redactadas de una forma tal que invocan la existencia de un principio moral o, por el contrario, son redactadas con una expresa y definida finalidad, descartándose su configuración como una norma que pudiera ser calificada como de textura abierta, para utilizar un término tan común en la teoría de la interpretación. Ello es ejemplificado en la diferente redacción y finalidad de dos de las enmiendas de la Constitución americana, la que consagra el debido proceso y aquella que prohíbe el acuartelamiento de tropas en casas particulares en tiempos de paz<sup>7</sup>, pero además, es preciso tener en cuenta que: «Según la lectura moral, estas cláusulas deben ser entendidas de la forma más naturalmente sugerida por su redacción: se refieren a principios morales abstractos y los incorporan por referencia, como límites al poder del Gobierno» (Dworkin, 2004, p. 107).

En un segundo nivel, luego de señalar que la lectura moral está limitada por el propio texto de la norma constitucional, Dworkin enfatiza que su propuesta se encuentra limitada por la historia constitucional (lo que constituye un reconocimiento, al menos parcial, de la importancia de una mirada que atienda algunos criterios propios de quienes buscan descubrir la

---

6 «Es evidente que la propia visión de los jueces de la moralidad política influencia sus decisiones constitucionales, y si bien podrían explicar fácilmente esa influencia insistiendo en que la Constitución requiere una lectura moral, jamás lo hacen. En cambio, contra toda prueba, niegan la influencia e intentan explicar sus decisiones de otras formas, embarazosamente insatisfactorias. Dicen, por ejemplo, que ellos solo están haciendo efectivas oscuras "intenciones" históricas o están expresando simplemente una estructura constitucional comprensiva pero inexplicable que es supuestamente explicable en términos no morales» (Dworkin, 2004, p. 103).

7 «Por supuesto, la lectura moral no es adecuada para todo lo que una constitución contiene. La Constitución estadounidense incluye muchas cláusulas que no son particularmente abstractas ni han sido escritas en el lenguaje de los principios morales. El artículo 11 especifica, por ejemplo, que el presidente debe tener al menos treinta y cinco años y la Tercera Enmienda insiste en que el Gobierno no debe acuartelar soldados en hogares de ciudadanos en tiempo de paz. Esta última puede haber sido inspirada por un principio moral: quienes la escribieron y sancionaron deben de haber estado ansiosos, por ejemplo, por hacer efectivo algún principio de protección de la privacidad de los ciudadanos. Pero la Tercera Enmienda no es en sí misma un principio moral; su contenido no es un principio general de privacidad. Entonces, el primer desafío a mi propia interpretación de las cláusulas abstractas podría plantearse de esta forma: ¿Qué argumento o prueba tengo de que la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda (por ejemplo), que declara que ningún estado puede negar a ninguna persona la igual protección de las leyes, tiene un principio moral en su contenido mientras que la Tercera Enmienda no lo tiene?» (Dworkin, 2004, pp. 107-108).

intención original de los constituyentes<sup>8</sup>, así como de la importancia de una lectura correcta de los precedentes judiciales), además del principio de integridad<sup>9</sup>, y precisa que la necesidad de enfatizar los límites en los cuales se debe mover la lectura moral está relacionada con la fijación de los límites de la actuación de los jueces e, implícitamente, con el respeto a las labores de la representación política<sup>10</sup>.

Planteados estos límites, Dworkin pasa a desarrollar uno de los elementos centrales de su propuesta, que es la reformulación del concepto de democracia que se encuentra en la raíz de la objeción contramayoritaria al control de la constitucionalidad de las leyes<sup>11</sup>.

En ese sentido, la clave para comprender la propuesta dworkiniana de una lectura moral de la constitución está en su entendimiento de lo que debe ser el fundamento de la democracia, pues para Dworkin no es razonable sostener que la idea de democracia deba fundamentarse únicamente en la premisa mayoritaria<sup>12</sup>, la cual rechaza expresamente; ni que la idea de

- 
- 8 «[...] la interpretación constitucional debe comenzar con lo que dijeron los redactores [...] La historia es, pues, fundamental, pero solo en un sentido particular: Nos dirigimos a la historia para responder al interrogante respecto de lo que ellos quisieron decir; y no a la pregunta sobre qué otras intenciones tenían. Por ejemplo, no precisamos decidir acerca de lo que ellos esperaban que sucediera o deseaban que sucediera como consecuencia de haber dicho lo que dijeron; su intención no es parte de nuestro estudio» (Dworkin, 2004, p. 110).
- 9 «[...] la interpretación constitucional es disciplinada, según la lectura moral, por el requisito de integridad constitucional. Los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como si expresaran un juicio moral particular; sin importar cuánto les importa ese juicio, a menos que lo consideren consistente, en principio, con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y también con los lineamientos dominantes de antiguas interpretaciones de otros jueces [...] Los jueces deben deferir a entendimientos generales, establecidos sobre el carácter del poder que la Constitución les asigna. La lectura moral les pide que encuentren la mejor concepción de los principios morales constitucionales, el mejor entendimiento de lo que la igualdad de estatus moral de hombres y mujeres realmente requiere [...]» (Dworkin, 2004, p. 111). El concepto de integridad constituye uno de los elementos más importantes en la propuesta teórica de Dworkin y, aunque una reseña de la misma es una tarea que excede estas líneas, se debe señalar que: «El principio judicial de integridad ordena a los jueces que identifiquen los derechos y deberes jurídicos, en la medida de lo posible, suponiendo que todos ellos fueron creados por un único autor —la comunidad personificada— expresando una concepción coherente de la justicia y la equidad. Formamos nuestra [...] concepción del derecho [...] reescribiendo esa instrucción como una tesis sobre los fundamentos del derecho. De acuerdo con el derecho como integridad, las proposiciones de derecho son verdaderas si figuran en, o se siguen de, los principios de justicia, equidad y debido proceso que proveen la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad» (Dworkin, citado por Bonarino, 2003, p. 107). Sobre este particular puede consultarse además a Calsamiglia (1992, pp. 155-176), Delgado Pinto (2002, pp. 15-43) y Santos Pérez (2005, pp. 75-89).
- 10 «Énfasis estas limitaciones impuestas por la historia y la integridad porque muestran cuán exagerada es la queja común de que la lectura moral les otorga a los jueces un poder absoluto para imponer sus propias convicciones morales sobre el resto de nosotros» (Dworkin, 2004, p. 111).
- 11 Con la expresión «objeción contramayoritaria» se alude al problema relativo al por qué los jueces, que no ejercen la representación política de la mayoría (y que, en consecuencia, no son responsables políticamente de sus decisiones), puede dejar sin efecto una ley adoptada por el órgano dotado de representación y de responsabilidad políticas. Para una exposición del tratamiento de este tema véase: Gargarella (2011).
- 12 «Esta es una tesis sobre los resultados justos del proceso político: insiste en que los procedimientos políticos deberían ser diseñados para que, por lo menos en las cuestiones importantes, la decisión alcanzada sea la que favorece a una mayoría o pluralidad de ciudadanos, o que hubiera favorecido a esa mayoría si se hubiera tenido la información adecuada y el tiempo suficiente para reflexionar. Ese objetivo suena razonable, y muchas personas, tal vez sin demasiada reflexión, han considerado que provee la esencia de la democracia. Ellas creen que los complejos arreglos políticos que constituyen el proceso democrático deberían dirigirse a y ser puestos a prueba por este ideal: que las leyes que dicta el complejo proceso democrático y las políticas que persigue deberían ser aquellas que, finalmente, la mayoría de los ciudadanos aprobaría» (Dworkin, 2004, p. 116).

democracia deba atender solo a una perspectiva estadística en la forma de resolución de las controversias. Por el contrario, según Dworkin, la idea de democracia necesariamente requiere incorporar otro tipo de consideraciones más allá de las únicamente estadísticas o agregativas derivadas del voto popular y que una vez configuradas y ordenadas, él «denomina concepción constitucional de la democracia»<sup>13</sup>.

De esta manera, resulta fundamental tener en cuenta que la construcción dworkiniana alternativa a la premisa mayoritaria no desestima absolutamente la decisión mayoritaria. Por el contrario, la reclama como válida pero la sujeta a ciertas condiciones funcionales adicionales que le agregarán sentido y valor, y superarán el mero hecho de la suma de votos. En otras palabras, la decisión mayoritaria es una condición necesaria pero no suficiente en su modelo de constitución democrática<sup>14</sup>.

Con respecto a la diferencia entre democracia mayoritarista y democracia constitucional, Dworkin propone diferenciar la acción colectiva de los integrantes de una comunidad política en acción estadística y acción comunal. La estadística es una mera agregación de decisiones individuales; la comunal es la realización de una tarea conjunta con la participación de muchos individuos donde todos son importantes porque aportan algo que por sí mismo no tendría valor o significado pleno, lo cual solo se alcanza al realizar un trabajo conjunto (Dworkin, 2004, pp. 120-121). De esta manera, la acción comunal (verdaderamente relevante en la sociedad política) puede ser calificada como tal «[...] cuando no puede ser reducida a una función estadística de la acción individual, cuando presupone una agencia especial, distintiva y colectiva. Es una cuestión de individuos actuando juntos para fusionar sus acciones separadas en un acto distinto unificado que es, al mismo tiempo, de ellos» (Dworkin, 2004, pp. 120-121).

Recapitulando el contenido de la propuesta dworkiniana, su propuesta de democracia constitucional requiere que el reconocimiento del valor de la decisión mayoritaria esté sujeto al respeto de determinadas condiciones de participación de los ciudadanos en la sociedad política. Tales condiciones de participación serán, sin duda, derechos constitucionalizados<sup>15</sup>.

---

13 Cabe señalar que Dworkin precisa que la premisa mayoritaria no rechaza toda manifestación de control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, considera que restringe la voluntad popular y, por ello, necesita una especial fundamentación sin dejar de mencionar que nunca dejará de ser cuestionada como limitativa de la voluntad popular. Así, ha señalado que: «[...] la mayoría de las personas que presupone que la premisa mayoritarista establece la definición y la justificación suprema de la democracia acepta que en algunas ocasiones la voluntad de la mayoría no debería gobernar. Están de acuerdo en que la mayoría no debería ser siempre el juez final respecto de cuándo su propio poder debe ser limitado para proteger derechos individuales, y aceptan que, al menos algunas de las decisiones de la Corte Suprema que revirtieron legislación popular, como lo hizo la decisión *Brown*, son correctas. La premisa mayoritarista no impide excepciones de ese tipo, pero insiste en que, en esos casos, aun si algún apartamiento del gobierno mayoritario está justificado, algo moralmente lamentable ha sucedido, un costo moral ha sido pagado. La premisa supone que, en otras palabras, siempre es injusto cuando no se permite a una mayoría política salirse con la suya, de manera tal que, cuando existen razones contrarias lo suficientemente fuertes como para justificar ese desvío, la injusticia permanece» (Dworkin, 2004, pp. 116-117).

14 «En síntesis, la concepción constitucional de la democracia adopta la siguiente actitud frente al gobierno mayoritario. Democracia significa gobierno sujeto a condiciones, las cuales podríamos denominar condiciones "democráticas" de igualdad de estatus para todos los ciudadanos. Cuando las instituciones mayoritarias proveen y respeten las condiciones democráticas, entonces el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos por esa razón. Pero cuando no lo hacen, o cuando no las proveen o respetan suficientemente, entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que protejan y respeten mejor esas condiciones» (Dworkin, 2004, pp. 117-118).

15 Esas condiciones de participación son el derecho al voto, la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y todos aquellos otros que permitan la adecuada, libre e igual participación en la comunidad política.

Para Dworkin, la premisa mayoritarista cuestiona el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (que implica, siempre, una restricción a la decisión de la mayoría) desde las ideas básicas de libertad, igualdad o fraternidad. Esto se debe a que a través de dicho control, la decisión de la mayoría de una sociedad política se ve anulada o afectada por un procedimiento no mayoritario, se trata de una excepción lastimosa a su concepción. Ronald Dworkin revisa los argumentos que sostienen que la lectura moral de la constitución es capaz de superar esas objeciones y trata de demostrar que, en consecuencia, la lectura moral de la constitución no es únicamente una alternativa a la premisa mayoritarista, sino una alternativa sustancialmente superior a ella.

Dworkin se propone superar las objeciones que la premisa mayoritarista plantea a la lectura moral de la constitución. Para ello, empieza por desmontar aquel cuestionamiento a la idea de libertad que la premisa mayoritarista parece recoger; en la medida en que sostiene que la democracia (entendida en su versión estadística) es la expresión de la libertad de la comunidad política. Si la democracia tiene como consecuencia el gobierno de la mayoría, que libremente decide autolimitar su libertad como condición necesaria para poder vivir en comunidad, cualquier mecanismo que permita dejar sin efecto aquella decisión será, necesariamente, un mecanismo que limita o cuestiona dicha libertad. Para enfrentarse a este cuestionamiento, Dworkin es contundente al afirmar que la versión estadística de la democracia, en la medida en que no se encuentra arraigada en ningún valor sustancial y está limitada únicamente a la decisión de la mayoría, puede permitir dejar de lado a ciertas minorías del proceso político, y no hay en ella garantía del autogobierno de todos los miembros de la sociedad política. Esa garantía solo se consigue en una democracia comunal que puede asegurar el autogobierno, a través de la idea de pertenencia moral<sup>16</sup>.

Ronald Dworkin se interroga respecto de la forma en que se puede describir la pertenencia de una persona a una comunidad política. En este sentido, Dworkin empieza la construcción de su respuesta a partir de la concepción comunal de la acción colectiva, al resaltar la importancia intrínseca que tiene para cualquier sujeto el hecho de la participación en los asuntos públicos, no tanto por el grado de influencia que pueda llegar a tener (que posiblemente sea mínimo) sino por la adscripción *moral* que siente frente a ellos<sup>17</sup>.

Para describir las razones por las que se produce ese fenómeno, Dworkin alude al concepto de pertenencia moral<sup>18</sup>, el cual provee al individuo de un conjunto de vínculos que

16 «En esta sección, estamos considerando el argumento según el cual el costo moral en el que se incurre cuando la premisa mayoritarista es abandonada es un costo en términos de libertad. Hemos clarificado ya ese argumento: debemos entenderlo como significando que el pueblo se gobierna a sí mismo cuando se satisface la premisa mayoritarista, y que cualquier compromiso de esa premisa compromete al autogobierno. Pero ese mayoritarismo no garantiza el autogobierno salvo cuando todos los miembros de la comunidad en cuestión son miembros morales, y la premisa mayoritarista no reconoce condicionamientos de ese tipo. Los judíos alemanes no integraban la comunidad política que intentó exterminarlos, aunque habían votado en las elecciones que llevaron a Hitler al poder; y el Holocausto no constituyó un ejercicio de autogobierno de los judíos, aunque haya sido aprobado por una mayoría de alemanes» (Dworkin, 2004, p. 124).

17 «Si soy un miembro genuino de la comunidad política, los actos de esa comunidad son, en un sentido, relevantes para mis propios actos, aun cuando hubiera argumentado y votado en contra de ellos, al igual que la victoria o la derrota de un equipo del que soy miembro es mi victoria o mi derrota aun si mi contribución personal no estableció ninguna diferencia para alcanzar cualquiera de los dos resultados» (Dworkin, 2004, p. 123).

18 «Debemos describir alguna conexión entre un individuo y un grupo que haga justo tratarla, y sensato que ella se trate a sí misma, como responsable de lo que hace. Permitámonos juntar esas ideas en el concepto de pertenencia moral, por el cual queremos significar el tipo de membresía a una comunidad política que adopta el autogobierno. Si la verdadera democracia es la del gobierno del pueblo, en el sentido comunal que provee autogobierno, entonces la verdadera democracia se basa en la pertenencia moral» (Dworkin, 2004, pp. 123-124).

permiten que su integración en la comunidad política se realice bajo condiciones que permitan que dicho individuo pueda considerarse (y ser considerado por los demás integrantes) como un integrante valioso de la comunidad política a la que pertenece. La pertenencia moral requiere de dos tipos de condiciones: unas estructurales y otras relacionales. Las condiciones estructurales están referidas a aquellas condiciones necesarias para poder describir: «[...] el carácter de la comunidad como un todo [...] para ser considerada una comunidad política genuina» (Dworkin, 2004, p. 125). Pero para Dworkin lo más importante son las denominadas condiciones relacionales, que son aquellas que: «[...] describen la forma en la que un individuo debe ser tratado por una comunidad política genuina para ser un miembro moral de esa comunidad. Una comunidad política no puede contar a nadie como un miembro moral a menos que le dé a esa persona una parte en cualquier decisión colectiva, una participación en ella e independencia frente a ella» (Dworkin, 2004, p. 125)<sup>19</sup>.

De este modo, el concepto de pertenencia moral fundamenta la idea según la cual la libertad de las personas no se ve afectada por la lectura moral de la constitución, pues ella misma sería el fundamento del autogobierno, que no es otra cosa que la aceptación de la limitación de la libertad de las personas como consecuencia de sus propias y autónomas decisiones. Estas se encuentran garantizadas y pueden estarlo mejor aún a través de cláusulas constitucionales que sean objeto de una lectura moral que, por ejemplo, frente a una concepción meramente mayoritaria donde el único valor determinante sea el número de votos.

De esa forma, Ronald Dworkin desarma la validez de los cuestionamientos a la lectura moral de la constitución desde la perspectiva de la libertad así como de la igualdad<sup>20</sup>. Por otro lado, desacredita igualmente la sustancia del cuestionamiento desde la lógica de la comunidad (o fraternidad, para utilizar expresiones que son un homenaje a las ideas básicas del constitucionalismo europeo continental) que sostiene: «[...] que la lectura moral atribuye las decisiones políticas más fundamentales a una élite de la profesión jurídica, que debilita el sentido público de comunidad y que le arrebató su sentido de aventura común» (Dworkin, 2004, p. 130).

---

19 De esta manera, las condiciones relacionales imponen la obligación de reconocer a todo sujeto moral como integrante de una comunidad política, y la posibilidad de participar en el proceso de toma de decisión así como en la decisión misma. No sería suficiente que pueda discutir sobre la conveniencia de adoptar una determinada postura; sino que debe, también, poder votar junto con los demás integrantes para determinar si esa postura es, finalmente, adoptada como ley. Unido a eso, el carácter de independencia está referido al reconocimiento de autonomía moral y de individualidad del sujeto que, por muy relevante que sea la participación de la sociedad en su vida, no puede sustituirse en la propia voluntad y convicciones del sujeto.

20 «[...] la lectura estadística de la acción política le da poco sentido a la idea de que la igualdad política se ve comprometida cada vez que la voluntad de la mayoría se frustra. Y la idea es ridícula de todos modos, si tenemos la lectura estadística en mente. En una democracia extensa y continental, el poder político de cualquier ciudadano común es minúsculo en cualquier explicación de lo que significa el poder político, y la disminución de ese poder individual como consecuencia de los límites constitucionales de la voluntad mayoritaria es mucho más minúscula aun. El argumento igualitario a favor de la premisa mayoritarista parece inicialmente mucho más prometedor; sin embargo, si lo separamos de la lectura estadística de la acción política y lo redefinimos desde la perspectiva de la lectura comunal. Desde esa perspectiva, la igualdad no es una cuestión de relaciones entre ciudadanos uno a uno, sino más bien una relación entre la ciudadanía, entendida colectivamente como "el pueblo" y sus gobernantes. La igualdad política se da cuando el pueblo regula la actividad de sus funcionarios, en última instancia, y no viceversa. Esto provee un argumento menos ridículo a favor de la proposición según la cual el control de constitucionalidad y otras restricciones a la premisa mayoritarista dañan la igualdad política. Podría decirse que cuando los jueces aplican las cláusulas constitucionales para derogar legislación sancionada por el pueblo a través de sus representantes el pueblo ya no está al mando. Pero este argumento es exactamente el mismo que el considerado en la última sección: apela, una vez más, a los ideales de la autodeterminación política» (Dworkin, 2004, pp. 129-130).

Para ello, Dworkin sostiene que la lectura moral puede facilitar un debate amplio sobre cuestiones políticamente controvertidas, debate que, ciertamente, no está limitado por las paredes de una corte judicial pero que no debería ignorar los efectos positivos que del mismo pueden derivarse. Al considerar posible esos efectos positivos, Dworkin señala que, al menos, la lectura moral debería ser considerada como una alternativa viable que permita o facilite dicho debate y la comprensión pública de las discusiones más importantes sobre asuntos de interés público.

Según estos planteamientos, para Ronald Dworkin no existe ninguna propuesta que tenga mejores argumentos que la lectura moral de la constitución.

## 2.2. John Hart Ely y el control procedimental de la constitucionalidad de la ley.

Una segunda forma alternativa para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes es la planteada por John Hart Ely, quien sostiene la posibilidad de llevar a cabo un control únicamente procedimental. En su libro *Democracia y desconfianza*, John Hart Ely propone una visión alejada de la determinación judicial de los valores fundamentales consagrados en la constitución para exigir que el control de la constitucionalidad de las leyes sea visto como el control del procedimiento democrático de adopción de decisiones fundamentales de la sociedad<sup>21</sup>, y que restrinja a los jueces la capacidad de adoptar decisiones materiales, pues ni dichas decisiones están claramente establecidas en la norma constitucional ni el juez es el sujeto que se encuentra en mejor posición para adoptarlas. Esto, por el contrario, le asigna al juez la función de defensor del procedimiento democrático, al buscar asegurar, de esta forma, el correcto funcionamiento de las instituciones representativas<sup>22</sup>.

La propuesta de John Hart Ely parte de reconocer que existen dos posibles formas de afrontar el proceso de interpretación de una norma constitucional, las cuales denomina textualismo e interpretativismo<sup>23</sup>. Sobre las diferencias entre las dos formas de interpretar una norma constitucional señala lo siguiente:

Lo que diferencia al textualismo de la posición contraria (el interpretativismo) es su insistencia en que el trabajo de las ramas del poder puede invalidarse únicamente de acuerdo con una inferencia cuyo punto de partida, cuya premisa subyacente, pueda descubrirse con claridad en la Constitución. El que no sea posible encontrar en ella la inferencia completa —pues no es probable que se haya previsto la situación particular— es, por lo general, algo aceptado por ambas partes. (Ely, 1997, p. 20)

21 Se ha dicho que ante la imposibilidad de adscribirse a algún método objetivo que permite descubrir objetivamente aquellos valores materiales y ante la inevitabilidad de la controversia moral que ello significa, Ely se superpone a dicho problema para, desde ahí, empezar a construir su propia propuesta. «Hace falta una salida, pero no podemos encontrarla entre las arenas movedizas de la discusión moral. Ese es, precisamente, el punto de partida de Ely: la clave de la interpretación constitucional no reside en la búsqueda de una presunta objetividad valorativa, sino que ha de ser reconstruida a partir de la lógica de la democracia representativa» (Bayon, 1985. p. 145).

22 «[...] según Ely, no son los “valores fundamentales”, sino las condiciones que aseguran el buen funcionamiento del proceso democrático, lo que el juez debe imponer al legislador a través de las cláusulas superabstractas del texto constitucional» (Ferrerres Comella, 2011, p. 57).

23 «La primera tesis sostiene que los jueces deberían limitarse a hacer efectivas las normas que están explícitamente establecidas, o claramente implícitas, en el texto constitucional. La segunda tesis sostiene que los jueces deberían trascender este conjunto de normas y apelar a otras que no pueden descubrirse dentro de las “cuatro esquinas” del documento constitucional» (Ferrerres Comella, 2011, p. 55).

De esta manera, el textualismo se arroja de la legitimidad que proviene de la existencia de un texto normativo que ha emanado válidamente de una autoridad democrática. Así, nos ofrece dos atractivos importantes: primero, descarta la utilización de criterios subjetivos, pues afianza su interpretación en la propia norma constitucional; segundo, dicho afianzamiento reduce las objeciones que se le plantea al control constitucional como una forma antidemocrática de gobernar, ya que en buena cuenta los jueces, en realidad, actualizan las decisiones adoptadas por los constituyentes tiempo atrás (Ely, 1997, pp. 22-23).

A continuación de estas ideas, Ely empieza a desentrañar las contradicciones y falencias en las que incurren los defensores del textualismo como método de interpretación judicial de la constitución. Así, señala que una lectura del sistema de gobierno de los Estados Unidos nos revelará que, por un lado, se afirma como una democracia representativa en donde debe predominar la voluntad de la mayoría pero, por otro lado, también es un sistema de gobierno consciente de la necesidad de proteger a las minorías frente a eventuales abusos de los grupos que detenten el poder (Ely, 1997, p. 26). Ahora bien, de esta constatación, señala Ely, no se deriva necesariamente la intervención de los jueces para determinar la corrección de las opciones planteadas por los legisladores (de una mayoría)<sup>24</sup>.

Luego, sostiene que los defensores del textualismo incurren en una falacia cuando afirman que los jueces, en realidad, actualizan las decisiones que en su oportunidad tomaron los constituyentes o el pueblo mismo, pues es la constitución, una norma ratificada popularmente, la que les provee directamente los valores sustanciales que tienen que aplicar en un caso concreto<sup>25</sup>. Incurren en una falacia pues resulta evidente, a partir de la lectura del propio texto constitucional, que en ella existen normas ante las cuales no basta la simple lectura para determinar con claridad su sentido sino que están abiertas, dada la imprecisión con que fueron redactadas, a la búsqueda de su significado fuera de los estrictos límites de la constitución<sup>26</sup>.

Al llegar a este punto, Ely afirma que la opción por un textualismo limitado por cláusulas generales como fórmula para mantener la legitimidad de su adscripción a los mandatos constitucionales sin dejar de observar la necesidad de interpretar cláusulas abiertas<sup>27</sup> adolecerá de las mismas deficiencias puesto que ningún criterio interpretativo resulta satisfactorio para resolver el problema de la falta de objetividad<sup>28</sup>.

---

24 «Una mayoría sin trabas es ciertamente peligrosa, pero se requeriría una inferencia heroica para pasar de esta idea a la conclusión de que la aplicación, por parte de funcionarios no electos, de una "Constitución no escrita" será una respuesta apropiada en una república democrática» (Ely, 1997, p. 26).

25 «[...] el textualista, por el contrario, toma sus valores de la Constitución con lo cual, dado que la Constitución misma fue sometida a ratificación popular y la obtuvo, estos valores proceden, en última instancia, del pueblo. De esta manera, no son los jueces quienes controlan al pueblo, sino la propia Constitución, con lo cual el pueblo se controla a sí mismo» (Ely, 1997, p. 27).

26 «Pues el propio documento constitucional —la Biblia del textualista— contiene una serie de disposiciones que invitan a mirar más allá del texto, invitación ineludible a convertirse, al menos en esa medida, en interpretación libre» (Ely, 1997, p. 31).

27 «[...] la tarea de la persona que interpreta la disposición [...] es identificar el tipo de males contra los cuales estaba dirigida la disposición y actuar en contra de sus contrapartes contemporáneas. Obviamente, será una tarea difícil, pero seguirá siendo textualista (la determinación "del alcance actual y significado de una decisión que la nación, en un momento anterior; articuló e incluyó en el texto constitucional")» (Ely, 1997, pp. 31-32).

28 Para una reconstrucción de la crítica que efectúa Ely respecto del textualismo limitado por cláusulas, véase: Alonso García (1984, pp. 330-331).

Ante esta evidencia, Ely avanza hacia una de sus principales tesis al afirmar que:

Si no puede desarrollarse un enfoque razonado de la aplicación judicial de las disposiciones constitucionales abiertas, que no se encuentre en clara contradicción con el compromiso de nuestra nación con la democracia representativa, los comentaristas responsables deben considerar seriamente la posibilidad de que los tribunales simplemente deban evitarlos. (Ely, 1997, pp. 60-61)

Al tratar de superar las deficiencias del textualismo frente a las cláusulas abiertas (o indeterminadas), Ely pasa revisión a lo que denomina como el descubrimiento de los valores fundamentales, que Ely identifica como interpretativismo en el sentido de ser una metodología de interpretación constitucional no constreñida por el texto de la norma sino que, luego de advertir la insuficiencia del texto normativo y de la historia legislativa que lo explica, pasa a buscar el sentido de las normas constitucionales fuera de su propio texto. Así, señala que:

La línea académica prevaleciente ha sostenido durante largo tiempo que la Corte Suprema debiera satisfacer las disposiciones abiertas de la Constitución mediante la identificación e imposición a las ramas políticas de aquellos valores que, según una u otra fórmula, son verdaderamente importantes o fundamentales. (Ely, 1997, p. 63)

Sin embargo, esos valores fundamentales que la doctrina ha identificado como los valores del juez, el derecho natural, los principios neutrales, la razón, la tradición, el consenso, entre otros, son todos ellos imprecisos, controvertidos y carentes de objetividad<sup>29</sup>.

Como afirma Ely, comprobar que el textualismo y la búsqueda de valores fundamentales son propuestas destinadas al fracaso conduce al intérprete de la constitución a un callejón sin salida. A no tener, aparentemente, opciones que tomar<sup>30</sup>. Ante esta imposibilidad es que Ely propone como alternativa una lectura procedimental de la constitución, la misma que tiene como objetivo liberar al juez de la tarea de adopción o determinación de valores sustantivos (que Ely entiende no puede realizar de manera objetiva) y que propone, más bien, que en consonancia con la tradición democrática que le reserva al legislador dicha tarea, encargue al juez una función de supervisión de la corrección del procedimiento democrático de adopción de decisiones sustantivas<sup>31</sup>.

29 Para una revisión de las críticas de Ely a cada uno de estos criterios véase Alonso García (1984, pp. 330-341) y Díaz Revorio (2004, pp. 194 y ss.).

30 «Un enfoque textualista —al menos aquel que aborda las disposiciones constitucionales como unidades autosuficientes— una vez analizado, resulta incapaz de mantenerse fiel al espíritu evidente de ciertas disposiciones. Sin embargo, cuando buscamos una fuente externa de valores para dar contenido a la textura abierta de la Constitución —una fuente que no termine sencillamente sustituyendo a la Corte como un consejo de control legislativo— buscamos en vano» (Ely, 1997, p. 97).

31 «Si hubiera que resumir al máximo la posición de Ely frente a la objeción contramayoritaria, esta consistiría en decir que, según la Constitución norteamericana, los Tribunales tienen como función asegurarse de que las decisiones adoptadas sean verdaderas decisiones democráticas. El Tribunal, por tanto, sería un órgano estructuralmente no democrático pero funcionalmente democrático en la medida en que se encarga de velar por la democraticidad de los demás. Si la democracia exige ciertos prerequisites (libertad de expresión, etc.) también implica ciertos controles *a posteriori* (*Judicial Review*)» (Balbuena Cisneros, 2001, p. 271).

Esta propuesta, que podríamos calificar como «control procedimental de la constitucionalidad de las leyes» se articula a través de tres pilares: primero, configurar al juez constitucional como vigilante del proceso de representación; segundo, despejar y asegurar los canales del proceso político; tercero, facilitar la representación de las minorías<sup>32</sup>.

En el desarrollo de sus tesis, Ely sostiene que el juez, en lugar de buscar la determinación de valores sustanciales, debe erigirse como un vigilante del proceso de representación política en el cual se puede encontrar, con mayor grado de legitimidad y certeza, aquellos valores fundamentales que deben regir la vida social.

Para ello, sustenta su posición en tres ideas fundamentales. En primer lugar, sostiene que la Constitución de los Estados Unidos no define, preferentemente, valores sustanciales, sino que defiende procedimientos de adopción de valores sustanciales. En segundo lugar, el control judicial del procedimiento se acomoda mejor a los principios subyacentes de la democracia representativa pues permite al legislador adoptar dichas decisiones y reserva al juez una función de control formal y no sustancial. En tercer lugar, esta tarea de control formal y no sustancial puede ser desarrollada adecuadamente por los jueces. Para sustentar estas ideas, Ely se refiere a la Corte Warren y señala que fueron dos los principios orientadores de su jurisprudencia, la defensa de medios para la expresión del proceso político (antes que la determinación del contenido de decisiones políticas) y el restablecimiento de igualdad de condiciones para colectivos sociales tradicionalmente afectados<sup>33</sup>.

El segundo componente de la propuesta de Ely es despejar y asegurar los canales del cambio político. Para tal efecto se requiere asegurar, básicamente, dos derechos cuya lectura procedimental reafirma como una forma plausible de entender la interpretación constitucio-

---

32 Eduardo García de Enterría señala que, en paralelo a la construcción teórica ofrecida por Ely, desde Alemania, Peter Häberle efectuaba una: «[...] explicación de la Constitución como un sistema formal y de técnicas procedimentales que permiten el funcionamiento de una sociedad abierta, en la cual la alternativa y la rectificación política estén siempre aseguradas» (García de Enterría, 2006, p. 234). Refiriéndose a la propuesta de Peter Häberle, Enrique Alonso García ha señalado que la finalidad de un tribunal constitucional «[...] consiste en realizar aquellos valores que tiendan a perpetuar la "apertura" de la sociedad, de forma que ninguna idea ni grupo social queden imposibilitados de raíz de llegar a impactar en el conjunto de la sociedad. Mientras la constitucionalización de valores sustantivos toma opción por concepciones sociales concretas, que, por la rigidez que generan, tienden a "cerrar" otras opciones minoritarias, los valores adjetivos se preocupan simplemente de posibilitar la manifestación de valores sustantivos a los distintos grupos sociales, entrando en juego la cambiante voluntad mayoritaria» (Alonso García, 1984, p. 329). Distanciándose de estas lecturas, Francisco Javier Díaz Revorio señala que no es posible considerar que Häberle hace una propuesta similar a la de Ely en la medida en que, a pesar de resaltar ciertos aspectos procedimentales en la interpretación de la función de la justicia constitucional: «Sin embargo, la concepción constitucional de este autor es material, y no formal como la de Ely. Puede recordarse también la idea de Häberle de que el contenido de los derechos fundamentales debe precisarse mediante la ponderación de bienes, y su concepción de que los mismos comprenden una dimensión individual y una institucional» (Díaz Revorio, 2004, p. 197.)

33 «Ciertamente se trató de sentencias intervencionistas, pero tal intervencionismo no estuvo animado por el deseo de parte de la Corte de vindicar algunos valores sustantivos particulares, que hubiesen determinado como importantes o fundamentales, sino más bien por el deseo de asegurar que el proceso político —que es donde propiamente se identifican, pesan y ajustan tales valores— estuviese abierto a personas de todos los puntos de vista en condiciones que se aproximaran a la igualdad [...] en lugar de anunciar que un determinado bien o valor era tan importante o fundamental que simplemente debía ser suministrado o protegido, el mensaje de la Corte era que, en cuanto los funcionarios políticos habían decidido suministrar o proteger tal valor para algunas personas (por lo general personas como ellos), debían asegurarse de que todos recibirían iguales beneficios o, de lo contrario, deberían estar dispuestos a explicar de manera convincente por qué no» (Ely, 1997, p. 98).

nal y el control de la constitucionalidad de las leyes<sup>34</sup>, como son la libertad de expresión y el derecho al sufragio. Junto con ellos, se requiere una atención especial respecto del proceso legislativo en sí mismo considerado, pues se trata del vehículo procedimental por excelencia que conduce al cambio político, y que se refiere a la necesidad que el proceso legislativo sea visible<sup>35</sup>. En otras palabras, se requiere que el resultado del proceso legislativo, es decir, la decisión de los representantes objetivada en la ley, aborde de manera real, completa y agotadora las materias sobre las que se pronuncia; que desestime la práctica de la remisión, reenvío o delegación a instancias no representativas (el Gobierno, fundamentalmente)<sup>36</sup>; y que exija de esa manera que los representantes políticos del electorado asuman la responsabilidad política de la adopción de sus decisiones.

Finalmente, Ely propone como el tercer elemento de su propuesta la facilitación de la representación de las minorías. Ely sostiene que el considerar únicamente la idea de «una persona, un voto» constituye una mirada distorsionada del principio de igualdad pues, resulta evidente, que por muy abiertos que se encuentren los canales de representación política, aquellos que: «[...] tienen la mayor parte de los votos están en condiciones de votar para sí ventajas a costa de otros, o negarse de otras maneras a tener en cuenta sus intereses» (Ely, 1997, p. 167).

Por lo tanto, una lectura procedimentalista de la constitución requiere un compromiso muy fuerte en defensa de la igualdad y la no discriminación que, desde luego, también pueden ser leídas en clave procedimental. En ese sentido, es importante tener presente que:

[...] este derecho garantiza única y exclusivamente que durante el procedimiento legislativo no se haya minusvalorado los intereses de determinados grupos de personas como consecuencia de la presencia de prejuicios en su contra [...] Las clasificaciones que traza la ley y que implican un trato desigual, en beneficio de unas personas y en detrimento de otras, no son contrarias a la igualdad si a lo largo del proceso legislativo se ha sopesado con igual consideración los intereses de todos. Ahora bien, si los intereses de determinadas personas no se han tenido en cuenta, o se ha minusvalorado su importancia, entonces las leyes que les perjudiquen no respetan el principio de igualdad. (Ferrerres Comella, 2011, p. 59)

Como puede apreciarse, Ely propone colocar al juez constitucional en una función de supervisión y control de las condiciones en que se desarrolla el proceso político antes que como un juez que controle las decisiones políticas en sí mismas, y dejar un margen bastante amplio a la libertad de configuración del legislador. Esto dejaría en sus manos la adopción de las decisiones sustantivas siempre y cuando las condiciones (las precondiciones democráticas) en que tales decisiones sean adoptadas sean respetuosas del proceso democrático en sí mismas<sup>37</sup>.

34 «[...] ¿cómo han de ejercer los Tribunales la *judicial review*? La respuesta es clara: los Tribunales no deben construir e imponer juicios de valor sustantivos —misión que queda abierta al proceso político—, sino que han de ocuparse de preservar el procedimiento mismo, es decir, las condiciones que aseguran que todos los individuos puedan tener acceso a dicho procedimiento en condiciones equitativas» (Bayon, 1985, p. 146).

35 «Pero la elección popular significará relativamente poco si no sabemos qué hacen nuestros representantes» (Ely, 1997, p. 155).

36 «No tiene mucho sentido preocuparse por la distribución del sufragio y otros derechos políticos personales a menos que las decisiones políticas de importancia sean adoptadas por funcionarios elegidos. Los tribunales deberían asegurarse, entonces, no sólo de que los administradores acaten aquellas orientaciones vigentes de la política legislativa —sobre esto hay poco desacuerdo— sino también de que se den tales orientaciones» (Ely, 1997, p. 163).

37 «¿Cuál es la misión democrática de la revisión judicial? Pues bien, según Ely, el uso de la revisión judicial solo está

### 2.3. Jeremy Waldron y la propuesta de un control constitucional débil.

Uno de los más importantes representantes de las posturas críticas sobre la legitimidad y democracia de los órganos de control de constitucionalidad de las leyes, es Jeremy Waldron. En su libro *Derecho y desacuerdos* (Waldron, 2005)<sup>38</sup>, sostiene una postura radicalmente democrática, y fundamenta la inconveniencia de la constitucionalización de los derechos así como del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Waldron postula, más bien, la revalorización del procedimiento democrático para la adopción de decisiones colectivas y su más importante producto, la ley.

En ese sentido, las tesis de Waldron:

[...] reflejan, en positivo, su posición respecto a la teoría de la autoridad y de la legitimidad de la legislación democrática que es producto de un procedimiento deliberativo desarrollado en un parlamento representativo; y reflejan, también, ahora en negativo, su posición en contra de ciertas teorías de la legitimidad que limitan constitucionalmente la autoridad de la legislación democrática y conceden el poder de control (y de veto) a un tribunal no representativo. (Gargarella y Martí, 2005, p. XLI)

En buena cuenta, las propuestas waldronianas se levantan contra la paradójica situación a la que se enfrentan los defensores del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y que puede resumirse en los siguientes términos: «[...] afirmamos la existencia de derechos frente a las mayorías, y al tiempo que concedemos que sobre sus límites y contenido esencial decide la mayoría de los que, no elegidos democráticamente, forman parte del tribunal constitucional» (De Lora del Toro, 1998, p. 92).

Para comprender los postulados de Waldron, es preciso tener en cuenta el punto de partida de su análisis, que es el reconocimiento de las personas como sujetos morales que actúan bajo las circunstancias de la política. Con esta premisa, Waldron sostiene que las personas como sujetos morales se encuentran capacitadas para adoptar decisiones relevantes no solo respecto de sí mismos sino también respecto de la sociedad política en la que viven. Porque consideran que sus valoraciones, sus propuestas, y sus alternativas son valiosas y convenientes, es que desean extenderlas al conjunto de la sociedad<sup>39</sup>.

---

democráticamente justificado si se ejerce para limpiar o purgar los canales políticos de agregación de preferencias y de acceso a la representación política [cursivas en el original]» (Linares, 2008, p. 122).

38 Aunque Waldron publicó *Law and disagreement* en 1999, las tesis por él sostenidas venían siendo publicadas en diversos artículos y conferencias desde hacía varios años antes. Una actualización de sus posiciones puede encontrarse en Waldron (2006, pp. 1346-1406).

39 «Todo esto parte del presupuesto de que la gente, cuando se pronuncia sobre cuestiones controvertidas de justicia y derechos, ocasionalmente o a menudo vota según sus opiniones reflexivas e imparciales. Presupone, como dije, que sus votos y opiniones no son siempre reflejo de sus propios intereses. Es verdad que la relación entre opiniones e intereses es compleja. Pero creo, no obstante, que es empíricamente cierto que los ciudadanos y los representantes votan a menudo de buena fe y sobre la base de opiniones relativamente imparciales sobre la justicia, los derechos y el bien común. También creo que a menudo nuestras razones para dudar de esto no gozan de buena prensa [...] no es posible que los teóricos de los derechos se refieran a nosotros como individuos autónomos, rectos y responsables cuando describen nuestra necesidad de protección contra las mayorías, a la vez que describen como predadores hobbesianos e irresponsables a los miembros de tales mayorías contra cuya tiranía necesitamos dicha protección. No pueden sostener ambas cosas a la vez» (Waldron, 2005, pp. 22-23).

Por otra parte, cuando se alude a las circunstancias de la política<sup>40</sup>, se hace referencia a la inevitable necesidad de vivir en comunidad a pesar de la existencia de diferencias objetivas e inaplazables sobre las cuestiones verdaderamente importantes de la vida y sobre las que recaen nuestras decisiones morales (Waldron, 2005, pp. 123-124).

De esta manera, pues, debe tenerse en cuenta que todos los logros legislativos que conducen a una sociedad más justa son obtenidos en las circunstancias de la política, es decir, a pesar de la existencia de otras opiniones que cuestionan que dichos logros lo sean efectivamente pero que son respetados y aceptados porque es necesario vivir en sociedad (Waldron, 2005, pp. 128-129).

Ahora bien, como es necesario vivir en sociedad y adoptar decisiones que nos vinculen necesariamente como integrantes de una misma colectividad política, es necesario adoptar algún mecanismo para que dichas decisiones colectivas se expresen y nos vinculen. Esto se debe a que no es razonable sostener el reconocimiento de desacuerdos morales serios entre las personas y desconocer la necesidad de encontrar un mecanismo que satisfaga por igual a todos para adoptar las decisiones necesarias para vivir en comunidad.

Es en este momento en que Waldron sostiene la necesidad de considerar una teoría sobre la autoridad del derecho, al señalar que:

La autoridad del derecho reside en el hecho de que los ciudadanos tenemos la reconocible necesidad de actuar en conjunto sobre diversas cuestiones o de coordinar nuestro comportamiento en determinados ámbitos con referencia a un esquema común, y que dicha necesidad no desaparece porque tengamos desacuerdos acerca de cómo debería ser nuestro curso de acción común o el esquema a partir del que lo definimos. (Waldron, 2005, p. 14)

Ahora bien, la necesidad de reconocer la autoridad del derecho como mecanismo para la adopción de decisiones colectivas no puede dejar de lado el reconocimiento de que, como sujetos morales con capacidad de discernimiento y voluntad, las personas integrantes de una sociedad política puedan sostener posiciones antagónicas entre sí respecto de la existencia de derechos<sup>41</sup> así como de los alcances de los derechos reconocidos<sup>42</sup>. Además, que se afirme que

40 Así, para Waldron, las circunstancias de la política son la constancia de que en la sociedad se discrepa sobre cuestiones morales y que no necesariamente se comparten los criterios de justicia (posición en la que se desmarca de John Rawls), y sostiene que los integrantes de una sociedad política discrepan, de forma razonada y razonable: «Deberíamos sopesar sin duda la relevancia filosófica no solo de la justicia en sí misma, sino también de la naturaleza de las decisiones políticas sobre cuestiones de justicia y corrección, y de los principios que las fundamentan. En la sociedad, diversas personas sostienen teorías divergentes y opuestas de la justicia. Pese a todo, se toman decisiones sociales, se establecen instituciones y estructuras institucionales, que exigen lealtad aun ante tales desacuerdos, incluso cuando dicha lealtad puede parecer una traición moral a aquellos que mantienen una opinión contraria» (Waldron, 2005, p. 9).

41 «No es que algunos de nosotros estemos en posesión de *la verdad* [cursivas en el original] acerca de los derechos, una verdad que nuestros oponentes, voluntaria o irracionalmente, no alcanzan a comprender porque están cegados por la ignorancia, el prejuicio o el interés. Los derechos implican cuestiones demasiado complicadas para permitir o para requerir este tipo de explicación. Se trata sencillamente de cuestiones difíciles, cuestiones sobre las que personas razonables difieren habitualmente. Son, con toda seguridad, cuestiones *importantes* [cursivas en el original], y la gente actúa propiamente con ferocidad e indignación en defensa de las respuestas que considera correctas. Pero es un error creer que cuanto más importante sea la cuestión, más directa y obvia será la respuesta» (Waldron, 2005, p. 20).

42 «Los derechos implican cuestiones urgentes sobre las que estamos en desacuerdo. Las leyes son el producto de un complejo proceso deliberativo que toma en serio el desacuerdo, y tienen pretensión de autoridad, sin intentar

el derecho es el mecanismo para adoptar dichas decisiones todavía no nos anuncia cómo es que el derecho se expresa ni la forma concreta en que se genera ese derecho. Waldron no dudará en señalar que será a través de la ley parlamentaria, como expresión formalizada de la representación política de la sociedad.

En esta parte de su argumentación, Waldron sostiene que el procedimiento para la adopción de decisiones debe ser construido de manera neutral respecto del mayor o menor valor que se otorgue a sus resultados, y es necesario que la forma en que se adopte la decisión (el procedimiento de decisión) no contenga, en sí mismo, ninguna previsión o disposición susceptible de discusión ulterior. Así, sostiene que:

La teoría de la autoridad debe identificar alguna concepción como prevalente sobre la base de criterios distintos a los que son fuente del desacuerdo original. Esta es una de las contribuciones de Thomas Hobbes a la filosofía política: cualquier teoría que hace depender la autoridad de la bondad de los resultados políticos es contraproducente, porque precisamente los desacuerdos sobre la bondad de dichos resultados es la razón por la que necesitamos establecer y reconocer una autoridad. (Waldron, 2005, p. 292)

Waldron insiste en señalar que cualquier procedimiento mayoritario de decisión puede traer como consecuencia la adopción de decisiones arbitrarias, incorrectas, lesivas, y de las más básicas y fundamentales expectativas de la sociedad (Waldron, 2005, p. 110). Por lo tanto, la supuesta arbitrariedad de las decisiones de las mayorías parlamentarias también se le puede imputar a las mayorías de jueces en una corte judicial<sup>43</sup>.

Ciertamente, Jeremy Waldron no incurre en la ingenuidad de reclamar la vigencia del procedimiento mayoritario como única condición para la adopción de decisiones democráticamente válidas, pues es claro al afirmar que: «La democracia y la decisión mayoritaria solo tienen sentido moralmente bajo ciertas condiciones» (Waldron, 2005, p. 339). Esas condiciones son todas aquellas que permiten mantener abierto en el mayor grado posible los canales de participación democrática (la libertad de expresión, por ejemplo).

En la ley hay dos características fundamentales que Waldron rescata y valora notablemente pues considera que ellas son valiosas fuentes de reconocimiento democrático. Cuando una ley es aprobada a través del voto de la mayoría parlamentaria, merece respeto porque, en

---

ocultar por ello la controversia y la división que envuelve su aprobación. Los tribunales son también un foro de toma de decisiones sociales en un contexto de desacuerdo, y aunque poseen algunas ventajas, no son necesariamente los más representativos o los más respetuosos de las voces en disputa de la comunidad. Creo que comprenderemos mejor el derecho y el constitucionalismo si somos conscientes de todo ello, que si levantamos una teoría de la justicia y una filosofía sobre la presuposición de que, en último término, se espera que los miembros de una sociedad bien ordenada estén de acuerdo sobre todas las cuestiones importantes de principio» (Waldron, 2005, p. 25).

43 «El control de constitucionalidad de las leyes basado en derechos se defiende a menudo señalando la posibilidad de que los procedimientos democráticos mayoritarios pueden producir resultados injustos o tiránicos. Y realmente pueden hacerlo. Pero eso puede hacerlo cualquier procedimiento que trate de resolver el problema de la decisión social a luz de los desacuerdos sobre lo que cuenta como injusticia o como tiranía. La práctica estadounidense de permitir que la Corte Suprema tenga la decisión última (mediante el voto de la mayoría de sus miembros) sobre cuestiones de derechos fundamentales ha producido en ocasiones decisiones tremendamente injustas [...] Todo aquel cuya teoría de la autoridad atribuya a la Corte Suprema la competencia de tomar decisiones debe enfrentar la paradoja, como cualquier demócrata, de que la opción que él considera justa puede a veces no ser la opción que, según su teoría de la autoridad, debería ser seguida» (Waldron, 2005, pp. 294-295).

primer lugar, da espacio a la expresión de todas las opiniones y consideraciones sobre la justicia y el bien común que se tenga (ello gracias al procedimiento parlamentario de discusión y aprobación de leyes) (Waldron, 2005, pp. 129-131) y porque respeta a todas las personas por igual ya que cada participante tiene un voto (Waldron, 2005, pp. 131-137).

De esta manera:

El método de la decisión mayoritaria [...] implica el compromiso de dar igual peso al punto de vista de cada persona en el proceso por el cual se seleccionará uno de estos puntos de vista como el propio del grupo. De hecho, intenta dar al punto de vista de cada individuo el máximo peso posible en el proceso compatible con un peso igual para el punto de vista de los demás. No solo el punto de vista de cada persona puede ser mínimamente decisivo, sino que el método atribuye un poder de decisión máximo a cada uno, sujeto solo a la restricción de la igualdad. En este sentido, la decisión mayoritaria se presenta a sí misma como un método equitativo de toma de decisiones. (Waldron, 2005, p. 137)

Cuando se aprueba una ley y, en consecuencia, una de las posturas es derrotada en votación, debemos tener presente que dicha derrota nunca es definitiva, pues existen diversos mecanismos para revertir legítimamente dicha decisión. Lo realmente importante es que el respeto a la ley no significa que no podamos trabajar válidamente por cambiarla. Ahora bien, el reconocimiento de la ley debe significar también el respeto a su acatamiento en tanto siga vigente (Waldron, 2005, pp. 121-122). En otras palabras, está prohibido incumplir la ley pero está permitido hacer todo lo posible por cambiarla válidamente. En este sentido, es importante tener en cuenta que: «Quizá debamos entonces darle algunas vueltas más a este asunto, y explorar la posibilidad de que la decisión mayoritaria exija nuestro respeto precisamente por tratarse de un proceso de toma de decisiones que no intenta, mediante ningún subterfugio filosófico, dejar de lado la pluralidad y los desacuerdos» (Waldron, 2005, p. 120).

La importancia de la participación de los ciudadanos en la configuración de sus derechos es especialmente resaltada por Waldron en la medida en que constituye un deber derivado del reconocimiento de la persona como sujeto moral capaz de decidir en condiciones de igualdad con los demás integrantes de la sociedad respecto del sentido de sus derechos<sup>44</sup>. Solo esta participación le permite actuar en condiciones de igualdad con los demás integrantes de la sociedad política a la que pertenece (mientras decida seguir perteneciendo a ella). De esta manera:

[...] podemos concluir que el atractivo de la participación democrática consiste en el hecho de que es una solución basada en derechos al problema del desacuerdo sobre los derechos. Apela a las propias capacidades que los derechos como tales connotan, y revela una forma de respeto en la resolución del desacuerdo político en consonancia con el respeto que los derechos evocan en sí mismos. (Waldron, 2005, p. 300)

Waldron enfila sus críticas contra la constitucionalización de los derechos al sostener que propuestas de esa naturaleza presuponen una confianza ilimitada en el buen juicio de quien

44 «[...] todo mecanismo de decisión que no tomara en cuenta la opinión de los propios sujetos afectados, supondría la negación, según Waldron, del derecho básico de participación en la adopción de acuerdos que atañen a los individuos, es decir, de la dimensión legisladora de la autonomía. Implicaría autorrefutar ese derecho mínimo a la igual consideración y respeto de todos ellos» (De Lora, 1998, pp. 72-73).

las propone y una desconfianza absoluta respecto de las intenciones y criterios de quienes proponen algo diferente o se oponen a aquellas<sup>45</sup>. Además, rechaza la constitucionalización de las normas sobre derechos porque considera que la práctica constitucional demuestra que ello conduce a una extrema formalización y rigidez frente al desarrollo de la discusión política respecto del contenido de tales derechos<sup>46</sup>.

Waldron, al referirse a la especial dignidad del procedimiento democrático para la aprobación de la ley, señala que ella está relacionada con la propia calidad de sujeto moral de las personas, y es la aplicación en la vida política de la autonomía individual:

Las razones que me hacen pensar en el ser humano como portador de derechos son las mismas razones que me permiten confiar en él como portador de responsabilidades políticas. Precisamente, porque yo veo a toda persona como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía, desearía confiar al pueblo *en masse* la obligación del autogobierno. (Waldron, 2005, p. 266)

De lo anteriormente expuesto, Waldron deducirá la conveniencia de dotar del menor grado de rigidez posible a la adopción de acuerdos sobre los derechos, y correlativamente propone la máxima apertura posible a su modificación, precisamente, para mantener vivo y efectivo el valor esencial de la participación ciudadana<sup>47</sup>.

Finalmente, Waldron desestima la intervención judicial en la determinación de los derechos desde otro punto de vista, al asumir por un momento que es posible que los desacuerdos en la sociedad desaparezcan porque podríamos encontrar una verdad moral, frente a ello sostiene que aun cuando pueda demostrarse que dicha verdad existe en asuntos de política, a lo máximo que podría aspirar un juez es a determinar a través de sus criterios cuál es su verdad e imponerla sobre los demás (Waldron, 2005, p. 216).

Con todo lo anteriormente expuesto, Jeremy Waldron considera oportuno formular la pregunta fundamental que viene tratando de diseñar adecuadamente, y que no es otra que la

---

45 «Incorporar un derecho en un documento constitucional atrincherado supone adoptar una cierta actitud hacia nuestros conciudadanos. Dicha actitud se resume mejor como una combinación de seguridad en uno mismo y desconfianza. Seguridad en la convicción propia de que lo se está proponiendo es realmente una cuestión de derechos fundamentales y de que la formulación concreta que se propone la recoge adecuadamente; y desconfianza implícita en su idea de que cualquier otra concepción alternativa que pudiera ser elaborada por los legisladores electos al año siguiente o dentro de diez años será probablemente tan errónea y estará tan mal motivada, que más vale que sitúe inmediatamente su propia formulación más allá del alcance de la revisión legislativa ordinaria» (Waldron, 2005, p. 264). Debe tenerse presente que ello es más grave cuanto más específica sea dicha fórmula, pues dejará menor margen de actuación al legislador o al juez. Por el contrario, si la forma textual utilizada es imprecisa, lo que ocurrirá en realidad es que se trasladará la decisión sobre el contenido de los derechos al órgano jurisdiccional a pesar de que se afirme que se trata de derechos constitucionalizados.

46 «Un derecho jurídico protegido en una carta de derechos encuentra tal protección bajo el auspicio de alguna forma lingüística canónica mediante la cual se enuncian las disposiciones de dicha carta. Una lección que podemos extraer de la experiencia constitucional de los Estados Unidos es que las palabras utilizadas en cada disposición de la carta de derechos tienden a cobrar vida por sí mismas, convirtiéndose en un obsesivo eslogan que sirve para expresar cualquier cosa que uno quiera decir sobre el derecho en cuestión» (Waldron, 2005, p. 262).

47 «[...] de esto se sigue que un límite constitucional es menos irrazonable *qua* precompromiso cuanto mayor sea la posibilidad de modificarlo mediante procedimientos de reforma constitucional [...] Así que, si hay una objeción a un límite constitucional determinado, esta objeción no queda refutada señalando que existe una posibilidad formal de reforma o cambio: la naturaleza y el alcance de dicha posibilidad es precisamente lo que está siendo objetado. Lo único que podemos decir es que la objeción habría sido incluso más fuerte si no hubiera existido la posibilidad de reforma» (Waldron, 2005, p. 327).

referida a la determinación de quién debe ser el sujeto que en la sociedad política compuesta por sujetos morales, capaces e inteligentes, deba tomar las decisiones sobre derechos<sup>48</sup>.

Llegados a este punto, Waldron responde sin la menor duda a aquella pregunta que se desprende naturalmente de toda su exposición y que parece contener un planteamiento democrático tan radical como comprometido con la defensa de la libertad individual y con la responsabilidad de vivir en una sociedad política compuesta por personas iguales en dignidad. Él plantea que, sin temor a equivocarse, es necesario dejar en claro que todas las cuestiones relativas a los derechos de los ciudadanos deben poder ser decididas a través de procedimientos mayoritarios.

Waldron no duda en señalar que, efectivamente, todas las cuestiones socialmente relevantes respecto de la determinación de los derechos de los ciudadanos deberían quedar a disposición de los procedimientos mayoritarios de decisión de los propios ciudadanos y de aquellos que son sus representantes, y que eso se encuentra mucho más justificado que otorgarle dicho poder a un pequeño grupo de jueces que, además, no son responsables (políticamente) ante los ciudadanos por sus decisiones (que tienen, todas ellas, importantísimos efectos políticos)<sup>49</sup>.

La propuesta waldroniana es *radicalmente democrática* y su autor es plenamente consciente de ello y justifica los alcances de la misma señalando que siempre existe una ganancia absolutamente relevante si al momento de la adopción de una decisión con efectos a toda la colectividad, es esta colectividad la que toma libremente dicha decisión. Y esa ganancia, esa ventaja moral, está íntimamente relacionada no con la posibilidad de haber obtenido una respuesta correcta (la misma que siempre es plenamente contingente) sino en el valor derivado de la autonomía y el reconocimiento de los efectos positivos del aprendizaje<sup>50</sup>. Por lo demás, esta propuesta tiene la invalorable ventaja de asegurar que:

48 «Si tenemos presente todo esto, estaremos mejor equipados para ocuparnos de la pregunta institucional “¿quién decidirá qué derechos tenemos cuando todos estamos en desacuerdo?”. Y seremos entonces capaces de enfocar la cuestión de si debemos atribuir las cuestiones controvertidas sobre los derechos a los tribunales o al Parlamento —a una élite de hombres sabios o a los representantes del pueblo que se verá afectado por la decisión— a partir de una estructura mental filosóficamente más modesta, jurídicamente menos arrogante y políticamente menos aterrorizadora que la actual mentalidad de la constitucionalización» (Waldron, 2005, p. 275).

49 «Una vez garantizado que no hay nada ilógico en asignar las disputas sobre derechos asociados a la democracia a un procedimiento mayoritario, ¿qué garantiza que se nos respeten tales derechos? ¿Cómo pueden estar seguros los derechos si están a merced de la decisión de la mayoría? ¿Cómo puede ser el respeto por los derechos consistente con un proceso que parece no imponer límites *a priori* a los resultados políticos? ¿Las conclusiones a las que hemos llegado no dejan todo al alcance de nuestra mano (*up for grabs*)? La respuesta más directa es: “sí, todo está al alcance de nuestra mano en una democracia, incluyendo los derechos asociados a la democracia misma”. O, ciertamente, todo lo que es objeto de desacuerdo de buena fe está al alcance de nuestra mano. Esta es la clave del asunto, puesto que afirmar lo contrario sería imaginarnos a nosotros mismos, como una comunidad, en posición de tomar parte en tal desacuerdo pero sin que lo parezca en ningún momento» (Waldron, 2005, p. 362).

50 «Hay algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable (*unaccountable*) toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si toma la decisión correcta, entonces —seguro— se producirá algún beneficio democrático que oponer a esta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable (*accountable*) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su propio error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro. Puede que el proceso no sea lo único que nos importa en la toma de decisiones democráticas; pero no deberíamos afirmar que, dado que la decisión versa sobre la democracia, el proceso es irrelevante» (Waldron, 2005, p. 351).

[...] no estamos legitimados a asegurar la estabilidad al coste de silenciar el disenso o retirar el sufragio a aquellos que lo expresan. Y no deberíamos usar las ideas de garantía constitucional o compromiso constitucional como un modo de evitar la deliberación efectiva sobre una materia sobre la que los ciudadanos están aún desarrollando y debatiendo sus diversos puntos de vista. (Waldron, 2005, p. 365)

De esta manera, Jeremy Waldron concluye su argumentación a favor de un reconocimiento radical del valor del procedimiento mayoritario para la adopción de decisiones relevantes respecto de las decisiones morales que debe adoptar una sociedad bajo las circunstancias de la política, de la vida en sociedad. Planteado así el problema, resulta claro que dicho procedimiento mayoritario debe conducir; además, a entregarle el mayor grado posible de decisión a los ciudadanos, sujetos morales con capacidad de discernimiento, inteligentes y convencidos de la conveniencia de sus posturas morales que cuando actúan razonablemente mantienen discrepancias abiertas (razonables y moralmente valiosas, también) con otros ciudadanos.

En este punto, queda claro en la propuesta waldroniana que solo la decisión mayoritaria de los ciudadanos puede otorgarnos un curso de acción, no la solución correcta, sino un camino entre otros posibles para seguir viviendo en sociedad.

Como dicha opción es únicamente una opción entre las existentes, deberá tenerse presente que su cambio o modificación debe ser posible, y razonable en el tiempo y en el procedimiento. Por lo tanto, Waldron es un demócrata radical que se opone, razonable y fundadamente, a la consagración constitucional (es decir, petrificada o tendencialmente petrificada, sujeta a un cambio dificultoso) de los derechos y mucho más a que la decisión final, definitiva y vinculante sobre los caminos que la sociedad debe seguir sea fijada, no por todos los participantes de la sociedad política a través de procedimientos abiertos a la discusión pública de sus contenidos, sino a un grupo selecto de funcionarios políticamente irresponsables, los jueces constitucionales<sup>51</sup>.

### **3. La actuación del Tribunal Constitucional: entre la defensa de la Constitución y el respeto al legislador**

Luego de pasar revista a las diversas posibilidades de actuación de los órganos jurisdiccionales frente al problema de la interpretación constitucional y a la forma en que la comunidad política debería enfrentarse al problema de la determinación de derechos y los mecanismos para la solución de los conflictos que de ellos se susciten, conviene plantear qué lecciones podemos extraer de dichas posturas teóricas frente a la labor concreta y específica que desarrolla en nuestro ordenamiento jurídico el Tribunal Constitucional.

Para ello, es preciso recalcar que en el caso peruano no se puede prescindir del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes porque el ordenamiento en el Perú se caracteriza por estar configurado por una Constitución normativa pródiga, precisamente, en recono-

---

51 «Si, por otra parte, decidimos tratar con respeto las concepciones de los demás, si no tratamos de esconder el hecho de nuestras diferencias o eliminar el disenso, entonces no tenemos elección y debemos adoptar procedimientos para zanjar desacuerdos políticos que no determinen por sí mismos cuál va a ser el resultado. En este sentido, la política deja todo a nuestro alcance de un modo que puede ser desconcertante desde algún punto de vista. El respeto por las opiniones y las conciencias de los demás significa que no hay nadie que tenga por sí solo el control sobre los resultados políticos que su conciencia o sus propios principios parecen dictarle. Este, me parece, es sencillamente un precio que hay que pagar» (Waldron, 2005, p. 362).

cer normas sustantivas en materia de derechos. La preocupación principal está en determinar cómo es que debe actuar el juez constitucional en esa circunstancia. Frente a ese hecho, es preciso recordar que los órganos jurisdiccionales han merecido múltiples y muy variadas muestras de confianza. Por ejemplo, Rawls, al referirse al papel que le corresponde jugar a la Corte Suprema de los Estados Unidos, no dudó en calificarla como paradigma de la razón pública<sup>52</sup>.

En primer lugar, con respecto a Jeremy Waldron, ¿son de utilidad sus argumentos en ordenamientos jurídicos que establecen una constitución y crean un tribunal constitucional? La propuesta de Waldron se orienta a cuestionar la necesidad o conveniencia de una constitución escrita y la legitimidad de un órgano de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, algún lector podría objetar la conveniencia de utilizar los argumentos expuestos por Waldron para cuestionar el funcionamiento de una jurisdicción constitucional en particular porque, precisamente, dicho autor parte de la necesidad de no contemplar una constitución escrita ni de la constitucionalización de derechos.

Sin embargo, sí es particularmente importante recoger las posiciones teóricas de Waldron y enfrentarlas a la práctica particular de una jurisdicción para apreciar aquello que *Derecho y desacuerdos* nos revela como valores fundamentales de una sociedad democrática, como son la deliberación, la discusión pública de los asuntos de interés común y la necesidad de reconocer la contingencia y temporalidad de las decisiones que determinan la convivencia social.

Con tal fin, es conveniente recordar que, a pesar del reconocimiento de la superioridad ordinamental de la constitución frente a cualquier otra norma, de dicha circunstancia no se desprende lógicamente la necesidad de un órgano jurisdiccional para su adecuada protección, como ha sido puesto de relieve por algunos autores (Nino, 1997, pp. 261-269)<sup>53</sup>.

A partir de esta premisa, resulta muy importante tener presente que uno de los más importantes aportes de Waldron consiste en resaltar el valor de la igualdad de la participación de todos los integrantes de la sociedad política así como en el carácter contingente y necesario de las decisiones adoptadas (y, correlativamente, en la plena posibilidad de su cambio a través de los procedimientos establecidos). Este carácter contingente deriva del reconocimiento del igual valor de las opiniones de los demás integrantes de la sociedad política, así como de la asunción del procedimiento democrático como el procedimiento de selección de tales valores ante la imposibilidad de reconocer a una decisión en particular como la mejor decisión posible.

De esta circunstancia, es posible entender el porqué del rechazo de Waldron a la creciente constitucionalización de los derechos ya que dicho nivel de formalización de un acuerdo político tiene como directa consecuencia una creciente dificultad para su modificación y adaptación a un nuevo contexto político. Si ello está unido a la existencia de un órgano jurisdiccional que funciona como la instancia suprema del sistema jurisdiccional, con capacidad de imponer sus propias interpretaciones en torno a lo que debe entenderse como parte integrante de la norma constitucional (teniendo en cuenta todas las dificultades inherentes a la labor de inter-

---

52 «Decir que la Corte Suprema es la entidad ejemplar de la razón pública significa también que es tarea de los magistrados tratar de elaborar y expresar en sus opiniones razonadas la mejor interpretación de la Constitución que puedan dar; utilizando sus conocimientos acerca de la aplicación de la Constitución y de los casos constitucionales precedentes. En esto la mejor interpretación es la que mejor se ajuste al cuerpo de leyes pertinente de esos materiales constitucionales, y se justifique en términos de la concepción pública de la justicia o de una variante razonable de ella» (Rawls, 2003, p. 224).

53 Se puede consultar el siguiente texto del mismo autor: Nino (1991, pp. 97 y ss.). En el mismo sentido se pronuncia De Lora (1998, pp. 95 y ss.).

pretación) y que dificulta o agrava, ella misma, el proceso de modificación o alteración de tales decisiones, el resultado es que la dinámica política es ralentizada, demorada, u obstaculizada. Pero, por otro lado, también resulta que dicha dinámica política se ve opacada por la actuación de actores no sujetos a responsabilidad política que, con sus decisiones, interfieren directa y gravemente en la determinación de dichas políticas<sup>54</sup>.

Así, los jueces constitucionales tienen una gravísima responsabilidad respecto del procedimiento democrático, pues con el conjunto de sus decisiones pueden sustraer las competencias propias del legislador al imponer de manera coactiva una determinada interpretación de la constitución. De esta forma, cuanto más constitucionalizados sean los derechos y mayor intervención tengan los jueces constitucionales para definir de manera obligatoria su contenido, menores serán los espacios para la discusión política abierta, y más difícil será transitar por los procedimientos para su cambio. Por lo tanto, Jeremy Waldron alerta sobre el efecto negativo que, sobre el proceso político, tiene la creciente tendencia a la constitucionalización de derechos, ya sea por su propio reconocimiento normativo o como consecuencia de interpretación que de dichas normas hacen los jueces constitucionales.

Por lo tanto, podemos concluir que la crítica waldroniana contiene una propuesta para evitar el riesgo de petrificación de las decisiones políticas<sup>55</sup> a través de un ejercicio más restrictivo de las tareas interpretativas de los jueces constitucionales, a partir del respeto amplio y generoso de la posición democrática especial del legislador, a través de la cual, en realidad, se respeta la dignidad e igualdad de todos los integrantes de la sociedad política y se asegura su igual participación en el proceso político.

Por su parte, la propuesta de John Hart Ely no debe ser reducida únicamente a una visión procedimental del control constitucional, pues ello significaría dejar de reconocer que su análisis empieza por destacar la imposibilidad de la objetividad en la tarea judicial de descubrimiento de los valores materiales configurados por la constitución.

Quienes sostengan que la propuesta de Ely debe descartarse porque la constitución no es únicamente procedimiento, no deberían dejar pasar la oportunidad de confrontar las críticas que formula a las diversas formas de determinación judicial de los valores materiales. Tal vez la visión procedimental de Ely pueda no resultar plenamente satisfactoria debido a la dificultad de entender o configurar los derechos constitucionales preferentemente como procedimientos y no como constitutivos de valores. Pero lo que, sin lugar a dudas, es una cuestión diferente —y mucho más controvertida— es que por esa razón, como por arte de magia, sus críticas a los diversos métodos de interpretación constitucional que sustentarían la posibilidad de un descubrimiento objetivo de los valores fundamentales consignados en la constitución pierdan inmediatamente, por ese motivo, toda solidez y toda capacidad crítica.

Sin embargo, se han levantado importantes críticas contra la propuesta de una lectura procedimental de la constitución. Se ha afirmado que la determinación de un procedimiento para la determinación o fijación de valores sustanciales o fundamentales para la vida política expresa, en sí misma, determinados valores que son los que motivan dicha elección<sup>56</sup>. Esto

54 Un estudio clásico sobre este tema en particular puede verse en Dahl (2007, pp. 83-99).

55 Criterio que es perfectamente aplicable incluso en aquellos ordenamientos en los cuales existe una constitución escrita y un órgano jurisdiccional de control de la constitucionalidad de las leyes.

56 En referencia a Laurence Tribe, Juan Carlos Bayón señala lo siguiente: «[...] los valores procedimentales son, mal que nos pese, valores, y, por tanto, así como la elección entre varios procedimientos posibles supone inevitablemente un juicio de valor sustantivo, así también la elección entre diferentes formas posibles de entender el pro-

implicaría una contradicción en la lógica de la propuesta de Ely, lo que debería conducirnos a descartar dicha posibilidad.

Consideramos que esa crítica podría superarse si percibimos los diferentes momentos en que se manifiestan esas decisiones. Debemos recordar que el momento de la consagración constitucional de los derechos (independientemente de si se les configura como valores sustantivos o si se les otorga un valor procedimental) ocurre en la etapa constituyente, es decir, en un momento prejurídico en el que la actuación del poder constituyente es temporal y lógicamente anterior a la creación del ordenamiento, mientras que el proceso de interpretación de dichas normas es ciertamente posterior y en el cual el juez (en general, cualquier intérprete) debe subordinarse necesariamente a las decisiones que en aquel momento anterior se tomaron.

A partir de este planteamiento, se podría entender que la opción por una lectura procedimental de las normas constitucionales es, en buena cuenta, una lectura que busca asegurar las condiciones para la adecuada realización del proceso político y que los derechos con claro contenido sustantivo estén orientados y sean interpretados con miras a asegurar el procedimiento de decisión democrático.

Cabe señalar que, si bien es cierto que este resultaría un claro ejemplo de decisión con contenido sustantivo, también es verdad que se trata, como se afirmó antes, de una decisión constitucional. Además, por las características de las normas constitucionales, su contenido no suele ser definido de manera absoluta y agotadora, y se deja un amplio margen de libertad para que el legislador proceda a determinarlo en cada oportunidad. Es ahí donde la lectura procedimental de las normas constitucionales juega un rol relevante, pues atiende a la necesidad de asegurar las condiciones para que la discusión política y la decisión democrática puedan desarrollarse satisfactoriamente<sup>57</sup>.

Se trata, pues, de reconocer que no es posible descartar la existencia de contenido sustantivo en las constituciones, sino de reconocer que de dicha situación no se desprende, necesariamente, que los jueces tengan que realizar, en un grado extraordinario, la tarea de definir ese contenido sustantivo, y postergar la función que deben desarrollar los legisladores en la determinación —en cada momento histórico— de lo que sean las decisiones colectivas que deben regir a la sociedad.

Si, como ocurre en la realidad, las normas constitucionales son diseñadas como normas sustantivas, con contenidos indeterminados pero claramente atributivas de derechos, y el juez se encuentra relativamente incapacitado para utilizar algún criterio objetivo que

---

cedimiento consagrado por la Constitución (por ejemplo, qué límites a la libertad de expresión son compatibles con la conservación del procedimiento democrático constitucionalizado) nos plantea un problema para el que no puede brindarnos una respuesta la propia lógica del proceso» (Bayon, 1985, pp. 147-148).

57 «¿Qué ocurre si, de hecho, la Constitución de un determinado país no se ajusta al modelo de una “Constitución procedimental”? No por ello pierde interés la propuesta teórica que estamos considerando, pues quienes aceptan esta propuesta pueden sugerir al juez constitucional que actúe de tal manera que su función se acerque al máximo a la que le correspondería bajo una Constitución procedimental. Así, pueden recomendar al juez que restrinja su actuación a la de garante del proceso democrático, asumiendo como válidas las leyes que apruebe el Parlamento, salvo en el caso de que afecten a los derechos de participación» (Ferrerres Comella, 2011, p. 54). En el mismo sentido Juan Carlos Bayón (1985) señala que: «La Constitución (se) compromete con un procedimiento de toma de decisiones, no con un conjunto de decisiones específicas, puesto que estas no quedan fijadas de antemano de manera cerrada, sino que van surgiendo y renovándose como resultados de aquel proceso» (p. 146).

le permita determinar su contenido<sup>58</sup>, de ello se desprendería la necesidad de respetar la posición del legislador; quien se encuentra mejor posicionado y más legitimado, para fijar en cada oportunidad ese contenido sustantivo posible que encaje dentro de los límites fijados por la norma constitucional.

Así, la defensa del procedimiento democrático y de las condiciones de la discusión pública se convertirían en el criterio fundamental que el juez constitucional debe observar para la determinación de la validez de las decisiones legislativas. De esta forma, el aporte de Ely debería rescatarse y reconocer su validez al aceptar que, incluso, las normas constitucionales sustantivas pueden ser objeto de una lectura procedimental en el sentido de atender al procedimiento y condiciones de discusión política que dio lugar a su aprobación<sup>59</sup>.

Finalmente, la revisión de la postura de Ronald Dworkin permite reconocer que, a pesar de ser un ardiente defensor del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, no deja de reconocer que es posible diseñar modelos institucionales en los cuales no existan, al menos de la misma manera que en los Estados Unidos, un sistema judicial de control de constitucionalidad. Esta es una conclusión fundamental que, a veces, es ignorada<sup>60</sup>. Otro aspecto fundamental en la propuesta de Dworkin es la aplicación del principio de integridad, el cual exige coherencia y racionalidad en el ejercicio de la función normativa y en la aplicación de dichas normas, manifestándose especialmente en el uso y consideración del precedente así como en las exigencias necesarias para garantizar la validez de los cambios interpretativos y normativos<sup>61</sup>.

58 «Relativamente incapacitado» porque, como señala Bernal Pulido, el intérprete puede alcanzar determinados niveles de objetividad o, al menos, encontrar métodos interpretativos menos subjetivos que otros para proceder, precisamente, con dicha determinación.

59 En este sentido, en la misma línea que Ferreres Comella, se puede sostener que la teoría de Ely: «[...] puede reconstruirse como una teoría que trata de indicar al juez constitucional cuáles son los casos en que está justificado que actúe con especial sospecha frente al legislador. La idea sería que está justificado un mayor nivel de sospecha cuando la ley afecta a un derecho de participación política o cuando afecta desfavorablemente los intereses de grupos que se encuentran con dificultades para interactuar con otros grupos en la sociedad y en la política. En los demás casos, el juez debería actuar con mayor deferencia hacia el legislador: En esta reconstrucción, no se rechaza la necesidad de una teoría sustantiva acerca de qué fines públicos puede la mayoría invocar como razones legítimas y de suficiente peso para justificar la restricción de un derecho o el establecimiento de una determinada desigualdad de trato. Pero se insiste en que solo cuando la ley afecta a los derechos de participación política o a los grupos vulnerables está justificado que el juez examine con sospecha la ley aprobada democráticamente» (Ferreres Comella, 2011, p. 64).

60 «No quiero decir que no hay democracia si los jueces no tienen el poder de hacer a un lado lo que la mayoría piensa que es correcto y justo. Muchos arreglos institucionales son compatibles con la lectura moral, incluyendo algunos que no dan a los jueces el poder que tienen en la estructura estadounidense. Pero ninguno de estos diversos diseños es, en principio, más democrático que otros. La democracia no insiste en la necesidad de que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco en que no deban tenerla» (Dworkin, 2004, p. 106).

61 «Aunque los principios de justicia son de primera importancia, precisamente en virtud de su carácter material, los principios de equidad y proceso debido ocupan un lugar muy importante dado el carácter institucional del derecho. Son particularmente importantes en la tarea judicial, dada la función crucial de los tribunales como "órganos primarios" del derecho en tanto que sistema normativo institucionalizado. Los jueces no pueden aplicar directamente los principios de justicia —y, me importa subrayar, no ya la concepción particular de justicia que ellos creen mejor; sino ni siquiera aquella que consideran que corresponde a su comunidad—, haciendo caso omiso de las reglas de jerarquía normativa, de principios como el de división de poderes o las distintas restricciones procedimentales impuestas al sistema de prueba. Estas condiciones y restricciones deben encontrar su justificación dentro de la filosofía política que sirve de soporte justificatorio a la tarea del juez. Diversas concepciones filosófico-políticas las articularán de diferente forma y les otorgarán pesos diferentes; pero probablemente ninguna concepción sensata justificaría que los jueces las ignoren» (Santos Pérez, 2005, pp. 86-87).

De este modo, pues, aunque Dworkin se aleja de las posturas que proponen a un juez menos comprometido con la tarea de determinación del contenido sustancial de las normas constitucionales, espera que dicha tarea sea realizada con pleno respeto a la función que el legislador tiene en un Estado democrático y constitucional de derecho, y es consciente, evidentemente, de los límites que la función jurisdiccional debe respetar.

Aunque no es posible establecer un hilo conductor que permita leer conjuntamente estas posturas teóricas, se puede adelantar que sí existe un criterio en el cual coinciden y que es el de establecer que el juez constitucional debe entender su función como la de un sujeto constreñido (en mayor o menor medida, pero definitivamente no es un sujeto libre) al momento de determinar el contenido de las normas constitucionales y que el legislador, en la medida en que resulta ser el representante político de los ciudadanos, merece una atención particular y gozar de un grado significativo de deferencia respecto de las decisiones materiales sobre el contenido de los derechos<sup>62</sup>.

Cualquiera de estas aproximaciones plantea, sin duda, problemas de difícil solución, ya que salvo algunos atrincheramientos mínimos (el reconocimiento de nuestra condición de sujetos morales, la necesidad de la vida en sociedad, la existencia de desacuerdos sustantivos sobre la justicia) poco es lo que se puede avanzar para alcanzar un consenso extendido en la sociedad. Entonces, frente al hecho absolutamente necesario de adoptar decisiones colectivas, nos enfrentamos a la difícil decisión de determinar quién debe tener la última palabra respecto de aquellas decisiones fundamentales que nos rigen como sociedad<sup>63</sup>.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, al atribuirse el control del ejercicio de la reforma constitucional, por ejemplo, constituye una manifestación extrema de los riesgos de un ejercicio desbocado de la función del control de la constitucionalidad de las leyes cuando esta no es consciente de sus límites, y deja de lado la posición del legislador democrático. En consecuencia, pone en riesgo la definición misma de Estado constitucional<sup>64</sup>.

---

62 «El reconocimiento de la legislación como función originaria y no derivada depende necesariamente de que la Constitución se conciba no como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos, cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador: Sólo así es posible que la existencia de una Constitución que contiene principios sustantivos no contradiga el pluralismo, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Pensar lo contrario no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye también un riesgo "holístico" de asfixia política por saturación jurídica. La Constitución se situaría contra la democracia» (Zagrebelsky, 1995, p. 152).

63 Evidentemente, lo dicho no presupone una visión idílica de la actuación parlamentaria. Para que la actuación parlamentaria sea merecedora de consideración, deberá respetar en un grado relevante muchas condiciones que permitan, precisamente, la expresión de posiciones alternativas a las de la mayoría dominante y que se permita el debate público. Sobre estas condiciones se expusieron algunos avances en el trabajo titulado Los derechos de las minorías políticas en el Parlamento. En *Ius et Veritas*, n. ° 18 (2000, pp. 200-224).

64 Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. n. ° 0050-2004-AI/TC. Así como este, existen otros ejemplos que permiten apreciar la forma en que nuestro Tribunal Constitucional se sobrepone al legislador al imponer su particular punto de vista sin apenas contemplar o entender la especial legitimación democrática de la que goza (bajo ciertas condiciones, ciertamente) el legislador: Uno de esos ejemplos lo constituye el caso de la jurisprudencia en materia de derechos sociales, donde se pueden encontrar pronunciamientos en los que se extienden verdaderas órdenes de cumplimiento de derechos sociales (como deberes de prestación de servicios médicos especializados, por ejemplo) no solo al demandante individualmente considerado, sino haciendo extensivas, sin más, dichas prestaciones a grupos y colectivos sin prestar la menor atención al inevitable costo de su cumplimiento sobre el Poder Ejecutivo, así como del propio Poder Legislativo, pues el Tribunal resuelve, de buenas a primeras, un tema que involucra decisiones de orden presupuestal y administrativo sin tener en cuenta otras

Acaso la respuesta —un tanto desalentadora para quienes defienden un modelo fuerte de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes— sea que, tal vez, lo mejor que nos podría ocurrir como sociedad política es que no exista esa última voz, y que el debate sobre lo verdaderamente importante en nuestras vidas como sujetos comprometidos con un orden social nunca deba cerrarse jurídicamente de forma definitiva para dejar, así, a cada generación la inestimable tarea de decidir su futuro<sup>65</sup>.

---

consideraciones igualmente constitucionales. Por todas, véase: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. n. ° 3426-2008-HC/TC. Incluso, para el caso de sentencias en las que únicamente se proponen recomendaciones o exhortaciones al Poder Ejecutivo, cabría hacer la misma crítica porque ¿cuál tendría que ser la posición del Tribunal en caso de la sistemática desatención de sus exhortaciones? Todo lo anterior no prejuzga el carácter plenamente normativo de los llamados derechos sociales, pero atiende a la preocupación de la asunción por parte del Tribunal Constitucional de funciones que no le corresponden y por el peligro de que, al asumirlas, estas no sean llevadas hasta sus últimas consecuencias, pues lo contrario pondría al frente sentencias meramente semánticas en el peor sentido del término. Sobre la problemática del cumplimiento de los derechos sociales, véase: Abramovich y Courtis (2002).

65 Como nos lo recuerda la Constitución francesa de 1793 cuando dice que: «Un pueblo siempre tiene el derecho de revisar; reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar a sus leyes a las generaciones futuras».



## REFERENCIAS

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Prólogo de L. Ferrajoli. Madrid: Trotta.
- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Prólogo de F. Rubio Llorente. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Balbuena Cisneros, A. (2001). *Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México* [memoria para optar el grado de doctor]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Bayon, J. C. (1985). El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber). *Revista de las Cortes Generales*, (4).
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Prólogo de José Luis Cascajo Castro. Cuarta edición (actualizada). Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2014.
- Bonarino, P. (2003). *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Siglo del Hombre Editores.
- Bovero, M. (2006). Prefacio. En P. Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica.
- Calsamiglia, A. (1992). El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa*, (12).
- Campos Bernal, H. J. (2012). Epílogo. El activismo judicial y el constitucionalismo del futuro. En H. J. Campos Bernal (ed.), *Control constitucional y activismo judicial*. Lima: ARA Editores.
- Dahl, R. (2007). La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8(1). Publicado originalmente en 1957.
- De Lora del Toro, P. (1998). *La interpretación originalista de la Constitución: (una aproximación desde la filosofía del derecho)*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Delgado Pinto, J. (2002). La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración. *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 7(11).
- Díaz Revorio, F. J. (2004). *La "Constitución abierta" y su interpretación*. Presentación de D. García Belaúnde. Lima: Palestra.

- Dworkin, R. (2004). La lectura moral y la premisa mayoritarista. En H. Hongju Koh, y R. C. Slye (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Ely, J. H. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes.
- Ferreres Comella, V. (2011). *Justicia constitucional y democracia*, segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Belaunde, D. (1993). La interpretación constitucional como problema. *Pensamiento Constitucional*. Perú: Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Escuela de Graduados. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Cuarta edición. Madrid: Thomson - Civitas.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, primera reimpresión. Prólogo por Cass Sunstein. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Gargarella, R. y Martí, J. L. (2005). Estudio preliminar. En J. Waldron. *Derecho y desacuerdos*. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Hongju Koh, H. y Slye, R. C. (compiladores). (2004). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Presentación de Pilar Domingo. Madrid: Marcial Pons.
- Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (compiladores). (2002). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa.
- Nino, C. S. (1991). Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. En C. S. Nino, B. Ackerman, C. F. Balbín, G. Bouzat, G. R. Carrió, y C. F. Rosenkrantz, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* [investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, C. S., Ackerman, B., Balbín, C. F., Bouzat, G., Carrió, G. R. y Rosenkrantz, C. F. (1991). *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* [investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, C. S. (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Rawls, J. (2003). *El liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica.
- Sager, L. (2007). *Juez y democracia: una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid - Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica.

- Santos Pérez, L. (2005). *Liberalismo e igualdad. Una aproximación a la filosofía política de Ronald Dworkin*. Universidad Externado.
- Schmitt, A. (2002). ¿Necesita la democracia una Constitución protegida? En P. E. Navarro, y M. C. Redondo (compiladores), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0050-2004-AI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2008). Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 3426-2008-HC/TC.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Estudio preliminar de R. Gargarella, y J. L. Martí. Traducción de J. L. Martí, y Á. Quiroga. Madrid - Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Waldron, J. (2006). The core of the case against judicial review. *Yale Law Review*, (115), 1346-1406.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Epílogo de G. Peces-Barba. Madrid: Trotta.