

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONSTITUCIÓN, EL LEGISLADOR Y EL JUEZ. LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

I. LA CONSTITUCIÓN. FUNCIONES Y ESTRUCTURA

Para comprender cuál es el papel asignado al legislador y al órgano jurisdiccional dentro del ordenamiento jurídico es necesario partir de los datos proporcionados por la propia Constitución y distinguir cuáles son las funciones que ésta debe cumplir dentro del Estado. Con base en la identificación de sus funciones fácilmente se podrán comprender sus cualidades básicas, específicamente, y este es el punto que en este apartado nos interesa: su estructura normativa abierta. Sostendremos, de esta forma, la existencia de una estrecha relación entre las funciones y la estructura de la Constitución.¹

Las funciones de las Constituciones, en relación con las asignadas en la génesis del movimiento constitucionalista, han sufrido cambios significativos como consecuencia de las grandes crisis sociales, económicas y políticas producidas a partir de la Segunda Guerra Mundial.² Antes de pasar a describir, aunque sea brevemente, estas nuevas funciones, debemos decir que la Constitución posee, de acuerdo con sus premisas originarias, una racionalidad basada en determinados supuestos y está conformada por específicos contenidos. La racionalidad,³ expresada en la forma de organización de los poderes del Estado, tiene como supuesto esencial su

¹ Así lo hace Schneider, Hans Peter, “La Constitución. Función y estructura”, *Democracia y Constitución*, trad. de K. Albiez Dohrmann y M. Saavedra López, Madrid, CEC, 1991, pp. 35-52. A quien seguiremos muy de cerca.

² Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Madrid, Ariel, 1995. p. 41.

³ La Constitución es, dice García Pelayo, “una racionalización del acaecer político” que hace posible, que crea y expresa, el “orden y estabilidad políticos”. Significa “una culminación del proceso de racionalización y planificación de la vida estatal que había

origen popular, y como contenidos básicos la separación de poderes y la garantía de los derechos del hombre; su finalidad política instrumental⁴ es la limitación del poder para hacer posible el ejercicio de la libertad. La Constitución expresa, entonces, antes que cualquier otra cosa, la racionalización del poder para la defensa de la libertad. Junto a estas características originales, las Constituciones actuales tienden a asegurar las funciones de Estado social y a fomentar la participación de la comunidad en el proceso político con objeto de posibilitar la autodeterminación del pueblo. Asimismo, intentan ser el factor determinante de su integración como unidad política. Éstas son, como señala Schneider, particularidades esenciales que diferencian a las Constituciones vigentes dotándolas de una presencia más importante dentro de la comunidad.

Por las condiciones que impone la sociedad industrial moderna, las actuales Constituciones obligan al Estado a asumir importantes funciones prestacionales, de dirección y de regulación, con objeto de asegurar la paz social y la posibilidad a todas las personas de poseer los medios necesarios para disfrutar de una vida digna.⁵ Al otorgar al poder público la posibilidad de configurar a la comunidad, las Constituciones del Estado social adicionan un elemento teleológico a la estructura de la organización estatal.⁶ La incorporación de este elemento finalista ha producido un cambio en el modo de entender sus funciones, ya que la prefiguración de un modelo de sociedad que la acción estatal debe satisfacer provoca su conversión en programa. Esta modificación implica, además, la afirmación de una estrecha relación entre el Estado y la sociedad, y, por tanto, la conmoción de aquella característica que era considerada un rasgo estructural básico del sistema social moderno; es decir, la separación entre

iniciado el absolutismo”, García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universidad, 1984, pp. 34-37.

⁴ Como escribe J. Reinaldo Vanossi: “La Constitución es un medio y no un fin”, es un “instrumento o medio para alcanzar los fines de la sociedad”. “La Constitución es siempre —en las diversas corrientes— el camino para alcanzar la vigencia de los «fines» cuya primacía se procura”, Vanossi, Jorge Reinaldo, *En torno al concepto de Constitución: sus elementos. Libro-homenaje a Manuel García Pelayo*, Universidad Central de Venezuela, 1980, t. I, pp. 52 y 53; García de Enterría, Eduardo, “La Constitución como norma jurídica”, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 41

⁵ Bobbio, Norberto, “Igualdad y dignidad de los hombres”, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 43 y 44.

⁶ Aragón, Manuel, “Los problemas del Estado social”, *Sistema*, Madrid, núm. 118 y 119, 1994, p. 24.

la esfera del poder público y la de las relaciones privadas.⁷ Ahora, como escribe García Pelayo, no puede considerarse al individuo y a la sociedad como categorías aisladas y contradictorias, sino como dos elementos en tan íntima implicación que no pueden realizarse el uno sin el otro.⁸ Partiendo de esta mutua influencia entre Estado y sociedad, la Constitución no puede entenderse confinada a la institucionalización del poder político ni ser considerada sólo el estatuto exclusivo del Estado ante el que se construya y defienda el estatuto propio de la sociedad civil. La Constitución pasa a ser “el estatuto jurídico-político fundamental tanto del Estado como de la sociedad”, ya que, como observa Hesse, en cuanto orden jurídico fundamental de la comunidad, no se limita a la ordenación de la vida estatal, sus normas abarcan también las bases de ordenación de la vida no estatal convirtiéndose, de esta forma, en “elemento de unidad de la Comunidad en su conjunto”.⁹

Junto a esta función, la Constitución también pretende garantizar un proceso político libre mediante la regulación de la formación legítima de la unidad estatal realizada sobre la base del autogobierno del pueblo, procurando que el individuo participe activa y permanentemente en el conjunto de los procesos públicos para asegurar la continuidad supra-personal de la dirección de la comunidad.¹⁰ De esta forma, la Constitución “juridifica y racionaliza la democracia”, orienta la realización de “la práctica de la autodeterminación de los miembros de una comunidad jurídica que se reconocen unos a otros como miembros libres e iguales de una asociación en la que han entrado voluntariamente”, puesto que los ciudadanos sólo son autónomos si se entienden y actúan como autores de las normas a las que quieren someterse.¹¹ El proceso político democrático únicamente está garantizado si antes se asegura la libertad y se reconoce al mismo pueblo su capacidad para reproducir

⁷ Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 2, pp. 37 y 44.

⁸ García Pelayo, Manuel, “El Estado social y sus implicaciones”, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 1991, p. 26.

⁹ Hesse, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1992, p. 16; Lavilla Alsina, Landelino, en López Pina, A. (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 33 y 34.

¹⁰ Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 1, p. 42.

¹¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 175 y 192.

de forma constante su unidad. Son los propios ciudadanos los que, en cada caso y contexto histórico, actuando como verdaderos legisladores constituyentes, desarrollan e interpretan las normas que los rigen; su participación en la formación de la voluntad colectiva los convierte de objetos en sujetos del poder. Así se explica por qué, además de constituir una verdadera norma jurídica, la Constitución pretende organizar al Estado, determinar los cauces de ejercicio del poder político y establecer la conceptualización normativa del modelo estatal bajo la premisa de que ella misma es, como señala Stern: “la expresión libre de la auto-determinación de la nación”.¹²

Asimismo, la Constitución tiene la función de crear, garantizar y desarrollar la integración de la comunidad política a través de un consenso básico que haga posible el pluralismo dentro del Estado.¹³ Lleva a cabo dicha labor, que se caracteriza por una “continua renovación y permanente reviviscencia”, mediante la plasmación consciente de los principios que forman el “terreno común de intuiciones firmes” de todos los miembros de la comunidad. De esta manera expresa “una voluntad conjunta vinculante” creadora de la unidad del Estado, y garantiza un mínimo común de ideas y creencias, un “trasfondo de consenso en cuestiones fundamentales”.¹⁴ En virtud de este acuerdo en torno de su contenido, la Constitución se muestra como guía para ciudadanos, grupos y poderes públicos, y la sociedad encuentra en ella las normas orientadoras de sus acciones y la garantía de su unidad. Además, con esta operación de determinación jurídica del consenso, reforzada por sus propias peculiaridades normativas, obtiene, como dice Grimm, las características de certeza, obligatoriedad y regularidad y una configuración concreta y verificable en sus contenidos, desvinculada de interpretaciones subjetivas, susceptible de validez y adecuación en el tiempo,

¹² Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 26. También, Aparicio Pérez, M. A., “Modelo constitucional de Estado y realidad política”, *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 30 y 31.

¹³ Häberle, Peter, *La multifuncionalidad de los textos constitucionales a la luz de una comprensión “mixta” de la Constitución*, trad. de C. Ruiz Miguel, Universidad de Valencia, Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núm. 17, p. 10.

¹⁴ Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, trad. de J. M. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985, p. 63; Benda, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en López Pina, A. (ed. y trad.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 528; Häberle, P., en López Pina, A. (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, cit.*, nota 9, p. 108.

con capacidad de adaptarse a las más diversas circunstancias y perseguir cambiantes y variados objetivos.¹⁵ Por todo esto se ha dicho que todas las Constituciones tienen una sustancia pactista que representa el momento culminante de la cooperación general dentro de una comunidad de individuos que se reconocen recíprocamente libres e iguales. Como base de una estructura intersubjetiva de relaciones de reconocimiento, expresa la existencia, dentro de la sociedad, no de sujetos aislados o extrañados, sino cooperantes, íntimamente relacionados, y el momento en el que los individuos, ciudadanos y grupos que forman parte del Estado asumen su interdependencia, por lo que la solidaridad, la fraternidad y la orientación al bien común pueden deducirse de ella.¹⁶

Este consenso, compartido ampliamente por todo el pueblo, se garantiza, principalmente, con la existencia de una verdadera y efectiva voluntad constitucional que se imponga a todas las divergencias de opinión.¹⁷ La Constitución rige porque los órganos estatales la practican; es comprendida como código de conducta para la vida y es asumida por el pueblo.¹⁸ Como afirma Hesse, como cualquier orden jurídico que precisa de actualización por medio de la actividad humana, la fuerza normadora de la Constitución depende de la disposición para considerar como vinculantes sus contenidos y de la resolución de realizarlos incluso frente a resistencias. La intensidad de su fuerza normativa deviene así, primordialmente, una cuestión de voluntad de norma, de voluntad de Constitución, de *coscienza costituzionale*, que procede de una triple raíz: 1) la conciencia de la necesidad y el valor de la existencia de un orden normativo inviolable que evite la arbitrariedad; 2) la conciencia de que se trata de un orden legítimo y necesitado de constante legitimación, y 3) la conciencia de que el ordenamiento adquiere y conserva su vigencia a través de actos de voluntad. Debe existir, por tanto, una *voluntad costante*, el compromiso y convicción de los implicados en el proceso político de realizar los contenidos de la Constitución para que ésta despliegue efectivamente su fuerza normativa. “Cuanto más intensa sea la voluntad

¹⁵ Grimm, Dieter, “Il futuro della Costituzione”, en Zagrebelsky, G. *et al.*, *Il futuro della Costituzione*, Italia, Einaudi, 1996, p. 155.

¹⁶ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 223.

¹⁷ Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 1, p. 39.

¹⁸ Kirchhof, Pablo, en López Pina, A. (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, cit.*, nota 9, p. 245.

de Constitución... tanto más lejos cabrá situar los límites de (sus) posibilidades de realización”.¹⁹

La Constitución pretende asegurar y regular una convivencia social pacífica que se traduzca en el mantenimiento de la capacidad fáctica de consociación de la comunidad; establecer el marco institucional adecuado para la creación legítima de la unidad de acción estatal sobre la base de la autodeterminación del pueblo y realizar la libertad, la igualdad y la solidaridad. Para ello, las normas que la integran mantienen abiertos, y cada vez más en términos de pluralidad y complejidad, los cauces del proceso político, permiten la participación y garantizan la variabilidad y capacidad de innovación social. En suma, siguiendo a Schneider, podemos afirmar que las funciones de la Constitución son, en orden a las características de la sociedad actual, la creación de la unidad política a través de la conformación democrática del poder, el control y límite del poder estatal, y el establecimiento de líneas de orientación que lleven a la comunidad hacia formas sociales más justas. Dichas funciones, que no están ni desconectadas ni contrapuestas, sino que se condicionan y complementan entre sí, se reflejan y sintetizan en la fórmula Estado social democrático de derecho.²⁰

Pero para que la Constitución sea capaz de cumplir estas funciones en una realidad social en permanente cambio, para que “no sea arrollada por el proceso evolutivo” de la sociedad, debe tener una peculiar estructura normativa; en otras palabras, para que la Constitución no sea “un conjunto de proposiciones normativas que en la práctica pueden cumplirse o no cumplirse”²¹ poniendo en duda su propia fuerza normativa (como lo han hecho autores de la talla de Lasalle, Von Stein, Jellinek y Burdeau, entre otros) debe tener ciertas cualidades, que son, como el mismo Schneider señala, una estructura dinámica, programática y abierta. De lo que se trata es de evitar que se convierta en “un mero letrero carente de significación y contenido” en el que el proceso político discurre alejado de sus enunciados normativos.²² La Constitución debe tener la capacidad de

¹⁹ Hesse, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, pp. 66 y 70; *id.*, nota 9, pp. 15, 26 y 27.

²⁰ Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 1, pp. 40 y 44.

²¹ Vega, Pedro de, “Constitución y democracia”, en López Pina, A. (ed.), *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, México, FCE, 1983, p. 54.

²² Abendroth, Wolfgang, “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, *El Estado social*, trad. de J. Puente Egido, Madrid, CEC, 1986, p. 25; Herrera de

motivar y operar en la vida política; de ser realmente “un orden vivido, formador y conformador de la realidad histórica”, pues, como se ha dicho, una “pretensión normativa que resulta irrealizable en la práctica no es en realidad nada”.²³

La *estructura dinámica de la Constitución* hace que el cambio social se inserte en su entramado normativo. La Constitución es un orden estable, pensado como definitivo, producto de la expresión de una voluntad duradera que tiene la intención de regular “un futuro amplio”; su pretensión de permanencia representa un factor de estabilidad en las relaciones sociales. Pero esto no quiere decir que se trate de un instrumento perpetuo, cerrado, eterno o inflexible,²⁴ al contrario, es una concreción histórica susceptible de cambios por ser ella misma “expresión de una situación cultural dinámica”.²⁵ La idea de la Constitución como fundamento de un orden de principios compartidos por toda la comunidad otorga a ésta una base histórica, no absoluta, necesaria de modificar en orden a la desaparición del consenso en relación con aquellos principios. Por tanto, debe poseer la elasticidad, flexibilidad y adaptabilidad suficientes que la conviertan en un instrumento que haga frente a las diversas y nuevas situaciones, exigencias y problemas. Una Constitución que pretende ser “apropiada para el futuro”, debe ser capaz de adaptarse a los diversos cambios sociales y constituir no sólo la referencia obligada para el ejercicio del poder,

Miñón, Miguel, “En torno a la aplicación de la Constitución”, *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, vol. II, p. 1219.

²³ Pérez Royo, Javier, “Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales”, *RCEC*, Madrid, núm. 12, 1992, pp. 245 y 246; Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 19, p. 25, y nota 9, p. 59.

²⁴ Como escribe C. Mcilwain: Ninguna ley “puede captar para siempre de modo exacto lo más noble y lo más justo, ordenando de una vez lo mejor. Las diferencias de hombres y de conductas, así como las infinitas variaciones irregulares de las cosas humanas, no consienten ninguna regla universal y simple. No hay habilidad capaz de establecer una norma que dure para siempre”. *Constitutionalismo antiguo y moderno*, trad. de J. J. Solazábal Echavarría, Madrid, CEC, 1991, p. 50.

²⁵ Häberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. de I. Gutiérrez, Madrid, Trotta, 1998, p. 46. Como escribe Pedro de Vega: “Porque las Constituciones necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentra en constante evolución, porque su normativa envejece con el paso del tiempo y porque la existencia de lagunas es un fenómeno obligado, que deriva de la compleja e inabarcable realidad que con ellas se pretende regular, su modificación resulta inexorable”. Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 59.

sino el punto de partida para llevar hacia adelante “las ideas y las fuerzas de la discusión política” y propiciar “que cada generación pueda decidir libre y ordenadamente su propio destino”.²⁶ En virtud de esto se puede comprender la estrecha relación que media entre su carácter vinculante, su capacidad de asimilación y la necesidad de su reforma.

La modificación de los principios o valores constitucionales es una de las formas en que se manifiesta la capacidad de una comunidad para autodeterminarse.²⁷ Con ella se hace patente, como ha escrito Hesse, que ciertas necesidades objetivas, real o supuestamente inevitables, se valoran más que la regulación normativa vigente. La reforma es necesaria, entonces, cuando la amplitud y apertura de la norma fundamental no es capaz de dar respuesta a los problemas planteados por una situación determinada,²⁸ cuando sus principios, normas o procedimientos organizativos no son reconocidos como vinculantes y son sentidos como exclusivamente semánticos o, en otras palabras, cuando normatividad y normalidad no coinciden²⁹ y las aspiraciones de los individuos no se ajustan o reflejan en lo establecido en las normas jurídicas que los rigen. La Constitución, que no puede ser un obstáculo a las necesarias transformaciones de la sociedad, tiene que prever posibilidades de reforma que impidan las tensiones entre realidad y norma, ya que sólo puede cumplir sus funciones cuando consigue, bajo las cambiadas circunstancias, preservar su fuerza normativa.³⁰ Como escribe Stern: “la coincidencia entre el texto constitucional y la realidad constitucional... es indispensable para una Constitución con pretensión de continuidad”.³¹ Constitución y realidad política y social deben estar “en relación mutua”, “indisoluble conexión” y “mutua dependencia”; su separación puede conducir a la confirmación

²⁶ Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, trad. de J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1987, p. 228; Aragón Reyes, Manuel, “Estado y democracia”, en García de Enterría, E. y Clavero Arévalo, M. (dirs.), *El derecho público de fines de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997, p. 35. Muy cerca de estas nociones está la concepción de “resistencia constitucional” desarrollada por Tomás y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, Alicante, núm.15-16, 1994, p. 639.

²⁷ Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota anterior, p. 34.

²⁸ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 9, p. 24.

²⁹ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobio, México, FCE, 1995, p. 269.

³⁰ Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 26, pp. 228 y 245; Hesse, K., “Constitución y derecho constitucional”, en López Pina, A. (ed.), *Manual de derecho... cit.*, nota 14, p. 9.

³¹ *Ibidem*, p. 229.

“de la tesis de la exclusividad de la fuerza determinante de las relaciones fácticas”, al extremo “de la norma vacía de realidad o de la realidad vacía de normatividad”.³²

La estructura programática de la Constitución realza la necesidad de su activación responsable y la proyectabilidad de sus contenidos. En las Constituciones existen diferentes tipos de normas, con distinta eficacia jurídica o diferente nivel de aplicabilidad inmediata, pero todas vinculan efectivamente a ciudadanos y poderes públicos.³³ Por ello, es importante distinguir, como hace A. Nieto, entre la normatividad de la Constitución y sus efectos, ya que afirmar lo primero no conlleva que aquélla sea “siempre y en todo caso directamente aplicable”. Esto no es obstáculo para afirmar que toda norma constitucional está dirigida a ser efectiva en la realidad social.³⁴ Existen preceptos que pueden ser aplicados directamente, y otros cuya “eficacia se encuentra interferida por la peculiaridad de su naturaleza o por el tenor literal de su estructura”³⁵ y que, por tanto, exigen una ley que los desarrolle, “pero no para entrar a formar parte del mundo jurídico, sino para alcanzar su plena garantía como derechos subjetivos” y obtener de los tribunales la ejecución de alguna obligación incumplida.³⁶ Sin embargo, como escribe Solazabal, siguiendo a Biscaretti, la calificación de la Constitución como norma jurídica en ocasiones pro-

³² Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 19, p. 61. No podemos olvidar, sin embargo, que, como se ha escrito: “si una ausencia total de reformas termina provocando el alejamiento entre realidad constitucional y realidad política, convirtiendo a la normativa fundamental en letra muerta sin significación operativa para la vida del Estado, un cambio permanente y continuo de las normas constitucionales determina que, políticamente, pierdan su valor simbólico de ley suprema y, jurídicamente, sufran un embate notable en cuanto sistema de garantías de los derechos y libertades”. Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 21, p. 64. “Demasiadas reformas a la Constitución hacen daño al prestigio de una Constitución”. Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 26, pp. 226-228. Las continuas reformas erosionan a las Constituciones, las hacen perder su fuerza normativa y “su virtud estabilizadora”. Como escribe Hesse: “Si tales modificaciones se acumulan en poco tiempo la consecuencia inevitable será el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa. Condición básica de la eficacia de la Constitución es que resulte modificada en la menor medida posible”, Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 19, p. 69.

³³ Importante al respecto García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, pp. 35 y ss.

³⁴ Häberle, P., en López Pina, A. (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, cit.*, nota 9, p. 328.

³⁵ Nieto, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *RAP*, Madrid, núms. 100-102, 1983, pp. 387 y 395.

³⁶ Prieto Sanchís, Luis, “Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales”, *REDC*, Madrid, núm. 1, 1981, pp. 223-225.

duce que se repare sólo en el valor jurídico de los preceptos que prescriben obligaciones a los poderes públicos por establecer derechos a favor de los particulares. Hay que considerar, por el contrario, que además de este tipo de normas existen dentro de la ley fundamental *directivas* “que fijan los objetivos a perseguir por la organización política”; *valores*, que son la expresión de la normativización de la “conciencia jurídico-política de la comunidad” y que muchas veces se concretan como *mandatos al legislador*; *principios fundamentales* del ordenamiento y *normas de organización* “que establecen instituciones u órganos del Estado, regulando su composición, los procedimientos básicos para la formación de su voluntad y las relaciones de los mismos entre sí”. Todas estas normas, a pesar de que pueden no estar suficientemente desarrolladas, tienen carácter jurídico y, por lo mismo, fuerza vinculante por el solo hecho de estar incluidas en el texto normativo fundamental.³⁷ Su eficacia se deriva, precisamente, de sus finalidades, objetivos, orientaciones y mandatos; en suma, de su fuerza programática. Se puede decir que están en espera de configuración. Como escribía Calamandrei: a través de estas disposiciones, la Constitución se reviste de muchas ventanas abiertas hacia el futuro, puesto que son las normas que poseen “una mayor potencialidad de cambio histórico”. Por ello no podemos aceptar que, como escribió Schmitt refiriéndose a la Constitución de Weimar, las diversas prescripciones que tienen una finalidad programática propicien la configuración asistemática, la debilidad y el oscurecimiento de la Constitución;³⁸ por el contrario, creemos que están “puestas” para dotar a la comunidad de instrumentos para conformar su futuro, asegurar su continuidad y unidad e incentivar la imaginación, comunicación y solidaridad entre los ciudadanos.

La *estructura abierta de la Constitución* responde al propósito de consolidar su legitimidad, mantener su estabilidad y duración, asegurar la acción de integración que realiza a través del tiempo,³⁹ hacer efec-

³⁷ Solazábal Echevarría, Juan José, “Alcance jurídico de las cláusulas definitivas constitucionales”, *REDC*, Madrid, núm. 15, 1985, pp. 83 y 84. También se puede ver la importante e influyente clasificación recogida por Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente del derecho”, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993, pp. 88 y ss.

³⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Universidad, 1982, p. 140.

³⁹ Denninger, Erhardo, “Principios constitucionales y derechos fundamentales como normas abiertas”, en López Pina, A. (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 179.

tiva la intención de adaptarse a las cada vez más nuevas condiciones y circunstancias sociales, abarcar todo el ordenamiento jurídico, regular ampliamente la vida de la comunidad y ordenar al Estado como unidad política. Este carácter abierto, “universal”, de la Constitución, encuentra su fundamento en una concepción de la soberanía popular que tiene como titular al pueblo de hoy, a las “generaciones vivas”, que buscan un modelo para la configuración de su vida presente sin pretender vincular eternamente a las próximas generaciones, que deben tener la libertad de conformar su organización de acuerdo con sus propias necesidades históricas.

Para cumplir este propósito, las Constituciones se “autoabrevian”, ya que, como afirma Elia siguiendo a la juez Hufstedler, la extensión desmesurada de sus regulaciones es una condena a muerte para una norma que quiere estar viva. Esto hace que en ellas sólo se especifiquen principios básicos y se consagren sólo las reglas, temas y directrices más generales de la vida de la colectividad, sin que esto signifique falta de certeza o inexistencia de normas firmes y seguras. El carácter abierto y la concreción, sin embargo, no son posibles de forma ilimitada; necesariamente se debe regular “aquello que no debe permanecer abierto pues cuando se entiende a la Constitución como un orden-marco se exigen dos cosas, definición de lo que se fija y de lo que queda abierto”.⁴⁰ Entre aquello que decididamente debe regularse está, además de la garantía de los derechos fundamentales de los individuos y la regulación de los procesos políticos, la esfera de organización y forma del Estado, la distribución de competencias entre los órganos estatales y los principios fundamentales que rigen a la comunidad.

Las normas constitucionales se presentan con una “abstracción y generalidad intrínsecas” para dejar amplio espacio a la actuación de las fuerzas políticas y garantizar un proceso político libre.⁴¹ Así se hace posible la existencia de una “sociedad libre, pluralista y en evolución” y se satisface la necesidad de que los diversos individuos y grupos que coexisten en la sociedad puedan, además de sentir a la Constitución “como su propio hogar”, disponer de márgenes para una política orientada hacia el futuro. Con su “incomplitud deliberada”, la Constitución garantiza, dentro de sus confines y mediante su estructura, un “compromiso de posibilidades”, la espontaneidad de la vida social, la expresión de diversas concepciones políticas y sociales y la competencia para asumir la

⁴⁰ Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 26, pp. 220-223.

⁴¹ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 9, p. 6.

dirección política.⁴² Zagrebelsky ha visto en esta concepción de la Constitución un cambio trascendental, ya que la misma transforma la idea que consideraba a la norma fundamental como centro del que todo derivaba por irradiación a “centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La política constitucional mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva”.⁴³

El carácter abierto de la Constitución, que constituye su auténtica especificidad, se manifiesta, según Schneider, en tres formas básicamente: estructural, material y funcional.

La *apertura estructural* se revela en la existencia de lagunas dentro del texto constitucional, su carácter incompleto e imperfecto, su neutralidad ideológica y en la falta de identificación con determinados objetivos y convicciones políticas, y se concreta regulando “en absoluto o sólo parcialmente, algún ámbito de la vida y cuando importantes cuestiones particulares han quedado conscientemente abiertas, precisamente para que sean resueltas en una libre confrontación política”. En este sentido, la Constitución se presenta como un marco en el que caben opciones políticas distintas, que no tiene la pretensión de carecer de lagunas ni ser “unidad sistemática cerrada”.⁴⁴ Como escribe gráficamente A. Nieto: “La Constitución... no es un continente sin lagunas, es un archipiélago de islas de derecho positivo”.⁴⁵ Esto explica por qué estos documentos no pueden tener preparadas “respuestas explícitas a todas las cuestiones que se plantean en la comunidad, pues el intento de dominar el problema con una casuística técnica y conceptualmente precisa, también tiene necesariamente que contener lagunas”.⁴⁶ Para Schneider, el tema más representativo de lo anterior es el orden económico social; de acuerdo con el principio de “neutralidad”, la Constitución debe permanecer abierta a diversos fines, por lo que no puede contener una decisión definitiva a favor o en contra de un determinado sistema social o económico, sino dejar en manos de la libre correlación de fuerzas políticas su desarrollo interno.

⁴² Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 14; Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 26, pp. 220-223.

⁴³ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁴ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 9, pp. 17 y 18.

⁴⁵ Nieto, Alejandro, *op. cit.*, nota 35, p. 374.

⁴⁶ Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 26, pp. 220-223.

Así, la inconclusión de la Constitución significa, además de la expresión de los límites de la configuración jurídico-constitucional, la voluntad de dejar a las fuerzas políticas la capacidad de decidir qué es lo más conveniente en determinado momento histórico.⁴⁷

La *apertura material* se manifiesta, como escribe Schneider, en la indeterminación y amplitud interna de las normas constitucionales, las cuales ofrecen con frecuencia, por la forma de cláusulas generales que adoptan, sólo una reducida densidad regulativa por la variabilidad de sus significados. Las normas se muestran, como señala Rubio Llorente, esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas, porque contienen “derecho concentrado”. Esta estructura materialmente abierta se manifiesta “por la amplitud material del área de regulación o por la indeterminación del significado de determinadas normas constitucionales. Hay normas cuya densidad normativa o regulación es reducida cuando tienen una extensión del tipo de las cláusulas generales, por lo que su elevado grado de abstracción necesita siempre de una concreción escalonada”.⁴⁸

La *apertura funcional* se expresa en la heterogeneidad e incluso contradicción de las estructuras constitucionales que poseen “idéntica pretensión de validez y de conformación de la sociedad”, pero diversa procedencia política y significado histórico. En toda Constitución se puede observar una situación de tensión normativa, indicativa de cierta heterogeneidad y falta de unidad, que se manifiesta en una serie de “contraestructuras” que, según las circunstancias, pueden quedar concretadas y acentuadas de distinta manera. Es el caso de fórmulas como Estado de derecho, Estado democrático, Estado social o el de estructuras políticas, como la del federalismo. El objetivo de la plasmación de estas “estructuras antinómicas”, que expresan “posiciones ideológicas no sólo discrepantes, sino antitéticas”,⁴⁹ es aumentar la continuidad, flexibilidad y efectividad de la Constitución y posibilitar un proceso político libre. El acoplamiento de elementos heterogéneos, con una acentuación diferente, constituye una

⁴⁷ Schneider, Hans Peter, “La Constitución. Función y estructura”, p. 46, “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, p. 73, y “Constitución y método. Interpretación constitucional desde el punto de vista teórico”, pp. 59 y 60, *cit.*, nota 1.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁹ Baratta, Alessandro, “Estado de derecho, derechos fundamentales y derecho judicial”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Costa Rica, núm. 57, 1987, p. 119. Reproducido también con el título de “Defensa de los derechos humanos garantizados por la Constitución”, *Revista Judicial*, Costa Rica, núm. 50, 1990, pp. 13-22.

parte sustancial de la dinámica específica de la praxis constitucional.⁵⁰ Hesse también comparte esta idea de que la Constitución no debe construirse sobre estructuras unilaterales, ya que ello le permite sobrevivir a una realidad política y social cambiante.

Si la Constitución pretende que sus principios fundamentales mantengan su fuerza normativa, dice, tendrá que admitir, tras operarlo cuidadosamente, algún elemento de la estructura contraria. Si tratase de realizar uno de esos principios en toda su pureza su normatividad se vería arrinconada por la realidad; los principios que pretende realizar se verían suprimidos.⁵¹

La Constitución posee “principios competitivos” que conviven, a pesar de que se dirigen en direcciones opuestas, para otorgarle flexibilidad y permanencia.

En virtud de todo lo anterior, podemos decir, con Schneider, que la cualidad de la Constitución se mide en función del espacio que deja a las fuerzas políticas para que puedan realizar sus objetivos sin provocar efectos desintegradores; su finalidad es la creación y mantenimiento de una sociedad “en donde la voluntad popular no tiene otras limitaciones que las de mantener abiertas todas las posibilidades”.⁵² La Constitución debe ser expresada en términos abiertos para que pueda “profundizar en el tiempo”, “adentrarse en el porvenir” y así “ganar el futuro del Estado constitucional”. Por ello es posible decir que una adecuada comprensión de su significado es la que la caracteriza como “enraizada en la historia” y abierta al pasado, presente y futuro de la sociedad.⁵³ De esta forma, la Constitución demuestra ser, para decirlo con Heller, una forma abierta “a través de la cual pasa la vida” en la que se encuentran las bases para “que cada generación pueda decidir libre y ordenadamente su propio destino” y los fundamentos para la solución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes. Así es como la norma fundamental está en

⁵⁰ Schneider, H. P., *op. cit.*, nota 1, pp. 50, 59-63 y 74. Forsthoff también entiende la Constitución como una combinación de criterios heterogéneos que deben completarse mutuamente en sus respectivas repercusiones. Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñoz, Madrid, IEP, 1975, p. 257.

⁵¹ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 19, p. 68. También Canotilho Gomes, J. J., *Derecho, derechos, tribunal, tribunales*, Madrid, REP, 1988, pp. 824 y 825.

⁵² Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 37, p. 98.

⁵³ Smend, Rudolf, *op. cit.*, nota 14, p. 102; Häberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. de I. Gutiérrez, Madrid, Trotta, 1998, p. 88; *id.*, *op. cit.*, nota 13, p. 9.

posición de cumplir las importantes funciones jurídicas, políticas y sociales que tiene asignadas.

Como escribe Häberle, reconocer y aceptar la apertura de las normas constitucionales, el carácter que tienen de “normas incompletas”, “no acabadas”, trae como consecuencia la ineludible necesidad de proceder a su desarrollo para que desplieguen “toda su eficacia y potencialidad”; cada norma constitucional exige una interpretación orientada a su vigencia práctica y “fuerza vinculante presupone interpretación” y efectividad.⁵⁴ Íntimamente ligada a esta cuestión está el problema de la determinación de aquellos que participan personal y funcionalmente en dicho desarrollo. Es claro que la eficacia de la Constitución depende de la actividad de ciudadanos, juristas y órganos públicos en su conjunto, pues, como se ha dicho, en todos los ámbitos de la vida del Estado se “dirime la eficacia de la Constitución”.⁵⁵ La propia estructura de las normas constitucionales posibilita la existencia de una pluralidad de intérpretes de las mismas; pero no podemos desconocer que, en principio, estas normas deben ser puestas en vigor y hacerse efectivas por “organizaciones que tomen decisiones colectivamente vinculantes”. Todos los poderes públicos, como sujetos cuyos actos aplicativos concurren a la integración del ordenamiento, deben constantemente interpretar la Constitución a través de sus actividades específicas influyendo decisivamente en la orientación y desarrollo del sentido de sus normas,⁵⁶ que, como hemos dicho, pueden estar dotadas de diversos significados en virtud de su estructura abierta. La interpretación realizada por los operadores jurídicos se presenta como una fase esencial de la producción de normas; éstas cobran vida al ser aplicadas por algunas de las instancias a las que el derecho reconoce tal virtualidad y que, principalmente, son el legislador y los órganos jurisdiccionales.⁵⁷ De esta forma, en gran medida, la Constitución será lo que los órganos del Estado hagan de ella,

⁵⁴ Häberle, Peter, en López Pina (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales...*, cit., nota 9, pp. 270, 271, 276, 277 y 328; Quadra, Tomás de la, “La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica”, en López Pina, A. (ed.), *División de poderes e interpretación*, cit., nota 39, p. 136.

⁵⁵ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 36, p. 209.

⁵⁶ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988, pp. 24 y 25.

⁵⁷ Gómez Orfanel, Germán, *El contenido normativo del derecho constitucional*, cit., p. 63.

o, en otras palabras, su eficacia dependerá “del comportamiento regular de los poderes públicos”.⁵⁸

Pero si bien es verdad que la apertura o indeterminación de las normas constitucionales provoca que su especificación pertenezca al legislador o al juez,⁵⁹ en esta labor no puede dejar de influir la configuración específica del sistema constitucional, la naturaleza normativa de la Constitución y el principio democrático que imponen necesarias diferencias y prioridades en dicha tarea interpretativa y de desarrollo. En esta virtud, podemos señalar que las tres formas en que se manifiesta el carácter abierto de la Constitución, mismas que hemos señalado anteriormente siguiendo a Schneider, tienen en común que su primer destinatario, por definición, es el legislador, es decir, responden a que el Constituyente, de forma consciente, ha propiciado dicha estructura para estimular una libre confrontación política, facilitar la “proyección de las normas en el futuro”, configurar un proceso de vida libre y abierto y hacer posible el pluralismo político dentro del Estado. El carácter sintético y abierto que conforma la peculiaridad estructural de la Constitución está puesto a disposición del legislador para que lo desarrolle. Valgan para resumir lo dicho hasta aquí, estas palabras de M. Aragón:

El principio democrático obliga a considerar al órgano representativo del pueblo, esto es, al legislador, como único poder constituido capaz de “realizar” normativamente la Constitución, es decir, con atribuciones para completar mediante normas jurídicas las partes que el constituyente dejó inacabadas, para rellenar, mediante la ley, las lagunas que en la Constitución existan, para optar, en suma, de acuerdo con las ideas que en cada momento obtengan el apoyo mayoritario del pueblo, por las políticas legislativas que el constituyente dejó perfectamente abiertas (apertura sin la cual el pluralismo carecería de sentido).⁶⁰

Las afirmaciones anteriores imponen la relativización y limitación de la actuación del órgano jurisdiccional, y, para nosotros, a fin de hacer suficientemente explícito nuestro discurso, la necesidad de considerar las peculiaridades de las funciones estatales consagradas en la Constitución.

⁵⁸ Nieto, Alejandro, *op. cit.*, nota 35, p. 406; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 36, p. 210.

⁵⁹ Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, p. 26.

⁶⁰ Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 12, p. 120.

II. SEPARACIÓN DE PODERES. FUNCIONES DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO. EL LEGISLADOR Y EL ÓRGANO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución establece los órganos del Estado, su estructura, competencias, funciones y estatus dentro del ordenamiento jurídico; todos garantizan la unidad estatal y participan en el proceso de su formación e integración⁶¹ y tienen asignados, dentro del marco de la división de poderes y de acuerdo con la estructura que les proporcione la suficiente capacidad de actuación,⁶² ámbitos funcionales específicos y diferentes, el mismo rango jurídico-público, paridad jerárquica, recíproca independencia y competencias de coordinación. Existe, además, una “unidad básica y originaria de legitimidad” proporcionada por la ley fundamental, por lo que, como señala De Otto, ningún órgano del Estado ostenta una legitimidad ajena a la voluntad popular. En esta virtud, no existen, en la organización estatal, jerarquía de mando, funciones inferiores o secundarias; todas se encuentran en un mismo plano y en equilibrio. En el Estado constitucional no rige el principio de jerarquía, sino el de competencia, que otorga a cada órgano predominio dentro de su ámbito competencial, independencia en el ejercicio de sus funciones y autonomía en el establecimiento de sus reglas de organización y procedimientos internos.⁶³

La Constitución, además de consagrar un pluralismo de poderes, señala a cada órgano la forma y límites de su actuación. Ésta resulta de las funciones específicas que tienen encomendadas y de las que otros órganos tienen atribuidas. Cada órgano constitucional tiene un rol distinto y exige respeto a su esfera de acción. La existencia de “un pluralismo de centros de decisión” reclama que los mismos se mantengan en el marco de las funciones que tienen encomendadas y que respeten las atribu-

⁶¹ Leibholz, Gerard, “Poder del derecho y poder del Estado en la República Federal de Alemania”, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, IEP, pp. 193 y 194.

⁶² Esta tesis es un viejo principio sostenido por Montesquieu, y que subraya, siguiendo a Mortati, Solozábal Echavarría, Juan J., “Sobre el principio de la separación de poderes”, *REP*, Madrid, núm. 24, 1981, p. 231.

⁶³ García Pelayo, Manuel, “El “status” del Tribunal Constitucional”, *REDC*, Madrid, núm. 1, 1981, p. 28. Como escribe Lavilla: “El grado de sensibilidad y rigor con que se defiende y proyecte en la conciencia social la independencia responsable de cada órgano es la verdadera piedra de toque de la pureza del sistema y de la feliz consecución del equilibrio constitucional”. Lavilla, Landelino, “Juridificación del poder y equilibrio constitucional”, en López Pina (ed.), *División de poderes e interpretación...*, cit., nota 39, p. 59.

ciones conferidas a otros órganos constitucionales. Todos deben actuar basándose en el criterio de corrección funcional,⁶⁴ es decir, no pueden restringir, mediante su actividad, las funciones de otros órganos. Esto no excluye la necesaria y recíproca interferencia, cooperación o coordinación entre ellos. La articulación de poderes es compatible con la obligación de respeto recíproco, sólo subraya la especial lealtad que todos los órganos del Estado deben guardarle a la Constitución, y que se demuestra, en gran medida, en la obligación que tienen de mantenerse en el ámbito de su competencia sin invadir las funciones que les corresponden a los restantes. En pocas palabras: no existe desvinculación entre los poderes del Estado, sino diferenciación funcional; cada uno tiene objetivos propios y finalidades específicas que debe cumplir; además de que, como señala Barile, es parte de su naturaleza ser “indefectibles”, por lo que el reemplazo o sustitución de las funciones “nucleares”, de alguno de ellos, puede tener como consecuencia un cambio de régimen político.⁶⁵ Así, puede decirse que la división de poderes no es un hecho artificial, sino un principio de carácter cualitativo, funcional y racional,⁶⁶ que responde a necesidades y exigencias de la organización política, cuya función es la delimitación, cooperación y control entre los poderes para lograr entre ellos equilibrio y obtener la adecuada ordenación de la vida estatal.⁶⁷

Como se puede deducir de lo anterior, es de gran importancia la determinación del papel de cada uno de los órganos estatales, pues ello condiciona el entendimiento sobre el derecho, el Estado⁶⁸ y la división

⁶⁴ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 9, p. 47.

⁶⁵ Barile, Paolo, “La Corte Costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche”, *Scritti di Diritto Costituzionale*, Padova, CEDAM, 1967, p. 230. También, Trujillo Rincón, M. A., “Sobre la posición del Tribunal Constitucional en el sistema de los órganos supremos del Estado”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 3 y 4, 1988, p. 388. Esta caracterización de la separación de poderes como principio de asignación competencial cuya función se limita a impedir que las competencias asignadas a la Constitución a favor de un órgano, sean ejercitadas por uno diverso, también se encuentra en Cossío Díaz, José Ramón, “El poder judicial de la Federación y la jurisdicción federal”, *Democracia mexicana. Economía, política y sociedad*, México, Conacyt, pp. 177-180.

⁶⁶ Citando a Max Weber, así lo entiende García Pelayo, Manuel, “La división de poderes y su control jurisdiccional”, *RDP*, núm. 18-19, Madrid, 1983, pp. 7 y 9.

⁶⁷ Al respecto véanse los comentarios de García Macho, Ricardo, “Problemática de la división de poderes en la actualidad”, *REP*, núm. 53, Madrid, 1986, p. 189.

⁶⁸ Quadra, Tomás de la, “Interpretación de la Constitución y órganos del Estado”, en López Pina (ed.), *División de poderes e interpretación, cit.*, nota 39, p. 32.

de poderes. Por lo que a nosotros ahora nos interesa, debemos considerar que hay una distinción perfectamente definida entre el rol y las funciones de los órganos de producción legislativa y los del órgano de control de constitucionalidad de las leyes. No se trata de una diferenciación sólo formal, sino estructural, que deriva de la configuración de las modernas organizaciones jurídicas y estructuras constitucionales que distinguen entre el órgano creador y aplicador de normas. Desde esta concepción, es un atentado a la Constitución que el órgano de control resulte mediatizado o sustituido en sus funciones por otros poderes tanto como que él mismo mediatice o sustituya los ámbitos constitucionales reservados a los restantes.⁶⁹ Veamos a continuación, para ser más claros, cuál es, en términos generales, la función del legislador y cuál la que corresponde al órgano de la jurisdicción dentro del Estado democrático de derecho, y, sobre todo, veamos cuál es su relación de vinculación con la Constitución, ya que, como señala Schneider, la vinculación del poder público a la norma suprema no está desarrollada con la misma intensidad y actualidad en todos los ámbitos.

Para el legislador, la Constitución es, además del fundamento para ejercer su acción pública, el marco de referencia dentro del cual puede y debe moverse con libertad y desarrollar sus funciones de dirección política.⁷⁰ Su vinculación con la Constitución tiene un sentido singular, ya que ésta le otorga un amplio espacio dentro del cual puede decidir, con exclusiva y amplia libertad de elección, el contenido que vaya a dar a las leyes, brindándole diferentes alternativas que no están previamente establecidas con carácter definitivo, por lo que su actividad no es concreción de programas o valores predefinidos, sino, como señala De Otto, es innovadora y, hasta cierto punto, discrecional. El principio democrático excluye, en consecuencia, la consagración constitucional de un solo interés público, en el cual el legislador necesariamente deba inspirarse; por el contrario, posibilita que tendencias políticas diversas puedan influir la actividad legislativa en direcciones divergentes con el solo límite del respeto a los principios constitucionales.⁷¹ Como dice Schneider, de la Constitución no se infiere “en detalle qué comportamiento debe seguir el legislador,

⁶⁹ Lavilla, Landelino, *op. cit.*, nota 63, pp. 59 y 60.

⁷⁰ López Pina, Antonio, “Del derecho bajo el Estado previsor”, *Saber/Leer*, Madrid, núm. 58, 1992, p. 11; Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 68, p. 34.

⁷¹ Pizzorusso, Alessandro, “Il controllo sull’uso della discrezionalità legislativa”, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 76 y 77.

o al menos no está detallado, porque, de lo contrario, quedaría notablemente reducida la libertad de la formación democrática de la voluntad”.⁷²

Lo que la norma fundamental consigna para el legislador, así lo entiende Pérez Royo, son límites extremos respecto a su libertad prácticamente total e intangible de conformación de la realidad. Dentro de esos límites extremos, el legislador está facultado para realizar múltiples interpretaciones que pueden significar diversas maneras de entender el texto constitucional y diferentes soluciones a los problemas políticos. Con esto se subraya, explica Zagrebelsky, que la Constitución no es un programa político determinado, sino un cuadro dentro del cual se contienen múltiples posibilidades de actuación. En virtud de ello, el legislador dispone de amplias oportunidades en el momento de regular alguna materia.⁷³ Esto no quiere decir que el ámbito del Poder Legislativo sea el de la arbitrariedad, pues está sometido indudablemente a los dictados de la norma fundamental. Lo que ocurre es que dentro del respeto a esas formulaciones constitucionales mínimas hay una decisión fundamental contenida en la norma básica que es la de dejarle libertad para adoptar las opciones que entienda más convenientes.⁷⁴ Ésta es una garantía de que el Estado avance.

En virtud de lo anterior, podemos decir que el legislador es libre para actualizar y concretar los contenidos jurídico-fundamentales de la Constitución, conformar el ordenamiento jurídico, definir prioridades y aprobar las normas necesarias según criterios de oportunidad y de acuerdo con las exigencias que impongan las circunstancias. Por ello no se puede poner en duda la obra del legislador por cuestiones técnicas en la redacción de la ley ni controlar la conveniencia de sus normas, sus designios o intenciones políticas; éste es libre para elegir fines, tomar medidas en torno de ciertos

⁷² Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 1, pp. 77 y 78.

⁷³ Recuérdese lo que escribía Kelsen: “La libertad del legislador, que no está subordinado más que a la Constitución, no está sometida más que a limitaciones relativamente débiles, su poder de creación es relativamente grande”. Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)”, *Democracia y socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 111, 129 y 131. Un panorama interesante al respecto en Salas, Javier, “El Tribunal Constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, *REDC*, Madrid, núm. 6, 1982, pp. 147-154.

⁷⁴ Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 54, p. 138. Al respecto véase García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1980, t. I, pp. 132 y ss.

objetivos y fundamentar sus decisiones en preferencias valorativas. Como enseña Rubio Llorente, el legislador no necesita justificar sus decisiones como jurídicamente necesarias, sino a lo sumo como jurídicamente lícitas. Las normas constitucionales le otorgan un amplio campo para que programe sus decisiones, seleccione sus propósitos y determine la dirección de la sociedad e, incluso, le brindan la libertad de que no actúe.

Si aceptamos la existencia de un basto campo de elección legislativa dejado a la libre determinación de las fuerzas políticas, se hace necesario circunscribir los poderes del órgano jurisdiccional para evitar que traspase las fronteras que fijan los límites que corresponden al espacio de discrecionalidad de aquéllas. Ésta es una exigencia impuesta por el principio democrático. Si bien la función principal del juez constitucional es velar por la supremacía de la Constitución y, en consecuencia, está facultado para controlar la conformidad de los actos de los órganos del Estado con ésta y, particularmente, la constitucionalidad de las leyes,⁷⁵ dicha actividad es, por tener como único parámetro a la Constitución, aplicación y, posteriormente, creación del derecho. No hay que olvidar tampoco que dicho órgano de control no es la única instancia dentro del Estado que debe poner empeño en la realización de la Constitución y en su respeto, sino que, como se sabe, todos los órganos estatales deben velar por su observancia,⁷⁶ además de que existen formas no jurisdiccionales de control de constitucionalidad de las leyes. Por otro lado, y como veremos más adelante, no es una cuestión menor que este órgano no disponga de potestad normativa ni de derecho de iniciativa ni esté concebido como responsable “de la activa configuración de la comunidad y su futuro”. Su actividad se reduce a declarar conformes a la Constitución o inconstitucionales los actos de los poderes públicos a examen.⁷⁷ Es más, cuando el juez no estima la norma que revisa como inconstitucional, no declara

⁷⁵ Brewer-Carías, Allan R., “Control de constitucionalidad. La justicia constitucional”, en García de Enterría, E. y Clavero Arévalo, M. (dirs.), *El derecho público de fines de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 553 y 554.

⁷⁶ En esto insiste Pliner, Adolfo, *Inconstitucionalidad de las leyes*, Argentina, Abeledo-Perrot, s/f. pp. 14-17. Dice este autor: “El derecho y el deber de velar por la observancia de la constitución, y el poder de remediar los actos inconstitucionales, están abundantemente repartidos en nuestra carta fundamental; y si bien la parte de ese quehacer que incumbe a los jueces, y en particular a la Corte Suprema, cobra en la realidad, y en la trascendencia institucional de su funcionamiento, una jerarquía, un prestigio y una eficacia que la convierten en pieza maestra del sistema, su tarea está lejos de ser exclusiva”.

⁷⁷ Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en López Pina (ed.), *Manual de derecho constitucional*, cit., nota 14, p. 852.

su legitimidad, sólo descarta que ésta tenga algún vicio que propicie su consideración como contraria a la norma fundamental. En otras palabras, cuando el órgano de control considera desestimatorio el recurso presentado, esto no implica una “declaración positiva de constitucionalidad”.⁷⁸

El órgano que ejerce el control de constitucionalidad tiene una relación muy estrecha con el principio del Estado de derecho; incluso se ha dicho que es el “complemento”, la “coronación”, culminación o “piedra de cierre” del proceso evolutivo del Estado de derecho y de la misma noción de Constitución, entendida como norma suprema y positiva.⁷⁹ Este principio, como escribe Kirchhof, mira hacia la conservación; por lo que la jurisdicción constitucional es una instancia que tiende a proteger, asegurar e imponer el derecho producto de la voluntad constituyente, que es, señala Mahrenholz, la única fuente de donde deriva su autoridad. Esta función la realiza siempre de acuerdo con criterios estrictamente jurídicos, lo que ya constituye una importante y limitada forma de participar en el funcionamiento del sistema estatal. Como órgano que preserva los dictados de la Constitución, el juez constitucional es el guardián de la misma.

En virtud de lo anterior, podemos decir que la función primaria de este órgano de defensa de la Constitución es garantizar los principios del Estado de derecho fijando los límites precisos dentro de los cuales pueden desarrollarse las más variadas expresiones políticas;⁸⁰ su actividad es determinar si el significado que el legislador otorga a un precepto o concepto constitucional al desarrollarlo normativamente es uno de sus sentidos constitucionalmente posibles,⁸¹ y en caso contrario sancionar-

⁷⁸ Claro que esta afirmación tiene sus matizaciones, pues en el caso de los denominados recursos directos de inconstitucionalidad, el fallo desestimatorio, como dice Jiménez Campo, se puede ver, para las partes legitimadas para interponerlos, como un pronunciamiento confirmatorio de la constitucionalidad de la norma impugnada. Jiménez Campo, Javier, “Sobre el control de constitucionalidad de las leyes”, en García de Enterría, E. y Clavero Arévalo, M. (dirs.), *El derecho público de fines de siglo...*, cit., nota 75, p. 581; Sandulli, Aldo M., *La giustizia costituzionale in Italia*, Milán, Giuffrè, 1961, pp. 13 y 14..

⁷⁹ García Pelayo, Manuel, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, *El Tribunal de Garantías Constitucionales a debate*, Perú, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1986, p. 23; *id.*, op. cit., nota 63, p. 18; Combellas, Ricardo, “La justicia constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Colombia, 1995, p. 19; Brewer-Carías, Allan R., op. cit., nota 75, pp. 520 y 568.

⁸⁰ García Pelayo, Manuel, op. cit., nota 63, p. 18; Guastini, Ricardo, *Il giudice e la legge*, Torino, Giappichelli, 1995.

⁸¹ Laporta, Francisco J., “Norma básica, Constitución y decisión por mayorías”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 1, 1984, p. 39.

lo con la expulsión y exclusión del sistema para conservar la unidad y coherencia del mismo. En la realización de esta operación, como señala Prieto Sanchís, el juez debe asumir que se halla ante un sujeto libre: el legislador, y que su tarea no es precisar la mejor interpretación posible, sino delimitar el camino dentro del cual la interpretación política de éste resulta admisible, no arbitraria o intolerable. El juez sólo debe buscar los límites del campo de licitud dentro del cual el legislador está autorizado a imponer sus consideraciones y plantear legítimamente distintas opciones políticas.⁸² En este sentido, el órgano de control no puede ser un órgano limitante, sólo actualiza las limitaciones preestablecidas en el ordenamiento; es decir, no limita al poder, sino asegura, fiscaliza y verifica que se cumplan los límites objetivos establecidos en el ordenamiento.

El juez constitucional no debe entender las normas constitucionales en términos de una acabada predeterminación de las opciones políticas, sino que “ha de acercarse a ellas como a las estructuras abiertas que son, limitadoras, no sustitutivas, de la decisión legislativa”.⁸³ En esta virtud le está vedado anular las facultades de opción del legislador, valorar la conveniencia o mérito de la normativa dictada por el mismo, juzgar sus decisiones desde el punto de vista de la oportunidad o realizar un examen de naturaleza política que ponga en cuestión su poder discrecional.⁸⁴ No puede controlar las motivaciones, reflexiones políticas o pronósticos que impulsan al legislador a dictar una norma cuando los coloca como fundamento de sus regulaciones.⁸⁵ Tampoco le está permitido enjuiciar el acierto con el que está llevando a cabo su labor de adopción de decisiones ni realizar juicios políticos de carácter sustantivo ni evaluar si ha hecho uso prudente de sus facultades o verificar que haya dado con las soluciones más justas y funcionales. No puede, por tanto, buscar la única interpretación jurídica posible ni decir que el contenido de una norma es

⁸² Prieto Sanchís, Luis, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *RCEC*, Madrid, núm. 9, 1991, p. 177.

⁸³ Jiménez Campo, Javier, “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en Aja, E. (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 181.

⁸⁴ Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, trad. de J. Jiménez Campo, Madrid, CEC, 1984, vol. II, p. 13.

⁸⁵ Bachof, Otto, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, trad. de L. Cortiñas Peláez, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 57, 1986, pp. 845 y 846. Así también, Pierandrei, Franco, “Corte Costituzionale”, *Enciclopedia del Diritto*, Italia, Giuffrè, 1962, vol. X, p. 906.

el más conveniente políticamente ni evaluar su conformidad con el interés público o controlar los fines que persigue, ya que en el ejercicio de sus funciones le está prohibido expresar juicios de valor o preferencia.⁸⁶ No debe, en suma, analizar la justicia o verdad de la legislación ni su perfección técnica ni su oportunidad política, como señala Jiménez Campo. Su función es realizar un juicio, un control de legitimidad, por lo que tiene impedido decidir cuál es la mejor interpretación del texto constitucional, anteponer sus propias consideraciones políticas o ampliar el ámbito de lo no decidible. El juez puede corregir, pero no suplir la dirección de los órganos constitucionales decisivos en la determinación de las grandes líneas de acción política,⁸⁷ si no fuera así, su presencia sería una traba para la iniciativa política.

Podemos afirmar que la función del juez constitucional dentro del ordenamiento es jurídica: consiste en marcar límites a la actividad del legislador de conformidad con los límites señalados en la Constitución, pero sin sustituir, de ninguna manera, su importante función de dirigir el proceso político; su esencia es ser un órgano de control y no de valoraciones. Si el juez asumiera otra actitud, se podría caer en el peligro de construir, como escribe López Pina: un

Estado de derecho orientado a la Constitución y decidido por la jurisdicción⁸⁸ lo que contrariaría el espíritu del Estado constitucional y generaría gran inseguridad jurídica. El juez está obligado a respetar los principios formales e institucionales consagrados en la Constitución que si bien le asignan la tarea de mantener el proceso político dentro de ciertos límites, cuidar el orden de competencias y los derechos fundamentales establecidos en la misma. No le otorgan la facultad de participar en la definición de los objetivos de la política ni en el ejercicio del poder.⁸⁹

⁸⁶ Denninger, Erhardo, *op. cit.*, nota 39, p. 182.

⁸⁷ Cascajo de Castro, José Luis, "Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional", *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1986, p. 17.

⁸⁸ López Pina, Antonio, "Tareas del Estado y lugar de la Ley", en López Pina, A. (ed.), *Democracia representativa y parlamentarismo*, Madrid, Secretaría General del Senado, 1994, p. 28; *id.*, *op. cit.*, nota 70, p. 10.

⁸⁹ Un juez que no respetase los principios constitucionales sería un juez activista en el sentido peyorativo del término a juicio de Bayón, Juan Carlos, "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional", *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 27, 1996, p. 48; Kirchhof, Paul, *Tareas del Bundesverfassungsgericht en una época de cambios*, trad. de A. López Pina, REDC, Madrid, núm. 49, 1997, p. 32; Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995,

Hay que recordar que los órganos que ejercen la jurisdicción son, como señala Matteucci, órganos de la *iurisdictio* que operan con base en las leyes, y que, como tales, no participan de la función del establecimiento de la dirección política, es decir, del *gubernaculum*.⁹⁰

La tarea del juez no es la de determinar que es lo mejor para el país o que norma particular sería la que más hiciera avanzar el bienestar de la Nación y sus ciudadanos con relación a un determinado asunto de política. Tampoco su misión es la de evaluar si una determinada ley es prudente e incluso justa. En el ejercicio del control judicial el juez ha de determinar no la sabiduría de la ley, sino su constitucionalidad.⁹¹

En consecuencia, en el Estado democrático, el juez constitucional está llamado a esclarecer, como señala Zagrebelsky, los límites máximos de la legítima confrontación sin incluir o excluir alguna posición y desarrollando una tarea tangencial sobre la vida política. Es más, su función de protección de la integridad de la Constitución incluye cuidar la libertad de configuración de las normas constitucionales que tiene el legislador. De esta forma, y como escribe Jiménez Campo, es garante de la Constitución y de la libertad de configuración del legislador, que es un derecho reconocido en toda Constitución democrática.

Lo anterior nos demuestra que la decisión constitucional por una democracia con división de poderes es un sistema delicado, cuya conservación es tarea permanente de todos y cada uno de los órganos del Estado. Este principio atribuye ámbitos de competencia a los poderes estatales en un complejo entramado de controles mutuos, y exige que todos cooperen entre sí y respeten las funciones y tareas de los restantes con el objetivo de hacer funcionar adecuadamente la maquinaria estatal, racionalizada para la protección de la libertad. En esta virtud, las decisiones de todos

p. 54. Así lo entiende también Hesse, a juicio de Schlaich, Klaus, “El Tribunal Constitucional Federal alemán”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. de L. Aguiar de Luque y M. G. Rubio de Casas, Madrid, CEC, 1984, p. 153.

⁹⁰ Matteucci, Nicola, “La Costituzione statunitense e il moderno costituzionalismo”, *La Costituzione statunitense e il suo significato odierno*, trad. de T. Bonazzi, Società editrice il Mulino, 1988, p. 41; Tamayo Salmorán, Rolando, “Una judicatura de amparo (una judicatura ¿para qué?)”, *Estudios en homenaje a Felipe Tena Ramírez*, México, Porrúa, 1999, p. 464.

⁹¹ Al analizar las características del control moderado de constitucionalidad en los Estados Unidos así lo comenta Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, trad. de M. Rubio de Casas y S. Valcárcel, Madrid, Civitas, 1991, p. 144.

los órganos estatales y, particularmente, las del juez constitucional, deben necesariamente considerar el sistema de relaciones establecido en la Constitución, respetar la tarea esencial de configuración de la sociedad asignada al legislador y evitar cualquier “desplazamiento de las funciones constitucionalmente encomendadas”.⁹² El principio de corrección funcional impone, se ha dicho, “el respeto al valor de la democracia”. En toda Constitución democrática existe un mandato que asigna al legislador la función de legislar y que vincula de manera incondicional al juez constitucional.⁹³ Zagrebelsky ha definido con gran claridad este principio de competencia: si la norma está presente en el sistema, corresponde a los jueces extraer su significado; si no está, corresponde al legislador, y sólo al legislador, crearla. Esta alternativa es rígida y no admite escapatorias ni terceras vías.⁹⁴ También Wroblewsky lo entiende de esta forma cuando escribe: “En la configuración de un sistema legal se supone que: pertenecen al sistema legal las reglas que o son promulgadas por el legislador, o son sus consecuencias lógicas o consecuencias interpretativas”.⁹⁵ El legislador posee el monopolio de la producción legítima de normas, por lo que la única fuente de legitimidad del derecho deriva de su creación por el legislador democrático. El respeto al orden constitucional implica el respeto a la función legislativa. Esto nos impele a tratar de buscar, a partir del entendimiento de la posición y las funciones del legislador y del juez constitucional dentro del Estado y del valor de las normas que expide y de la actividad de control que ejerce, cuáles son las causas y consecuencias de las posiciones diferenciadas de ambos órganos y, sobre todo, las razones que existen para la asignación a cada uno de ellos de tan disímiles funciones.

⁹² Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 9, p. 52; López Pina, Antonio, *op. cit.*, nota 88, pp. 32 y 33. En el mismo sentido Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 851; Bouzat, Gabriel, “El control constitucional. Un estudio comparativo”, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, CEC, 1991, p. 73. También esta diferenciación preside el trabajo de Guastini, Ricardo, *op. cit.*, nota 80, pp. 9-33.

⁹³ Mahrenholz, Ernesto G., “Constitución y ley. Acerca de la relación entre poder judicial y poder político”, en López Pina (ed.), *División de poderes e interpretación*, cit., nota 39, p. 72; Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC, 1997, pp. 41-45.

⁹⁴ Zagrebelsky, Gustavo, “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en Barile, P. *et al.* (cura), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Milán, Societa editrice il Mulino, 1982, p. 110.

⁹⁵ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Madrid, Civitas, 1988, p. 83.

III. LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

1. *El principio de interpretación conforme a la Constitución*

Uno de los efectos de la supremacía de la Constitución es el *principio de interpretación conforme*, que es una manifestación del criterio general en virtud del cual toda regla jurídica ha de entenderse en términos compatibles con los enunciados normativos de superior rango jerárquico. Este principio, cuyo reconocimiento como verdadero criterio de la interpretación constitucional es general, y su adopción es obligatorio para todos los operadores jurídicos llamados a aplicar las leyes, significa que el intérprete, entre los varios significados posibles de una norma legislativa, debe optar por aquel que primero se acomode a los dictados constitucionales y, segundo, dentro de estos últimos, el que mejor lo haga.⁹⁶ En todo caso deben desecharse las interpretaciones contrarias a la norma fundamental.⁹⁷

Éste es un “criterio básico, fundamental y prevalente” en la interpretación de cualquier norma, que “hunde sus raíces”, como explica Hesse, en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que indica que todas las normas forman una totalidad que obliga a no contemplarlas de forma aislada, sino inmersas en una unidad sistemática regida por la norma superior que fundamenta la validez de todo el ordenamiento y que impele a que todo producto normativo sea interpretado en consonancia con la misma.⁹⁸ Esta comprensión unitaria del ordenamiento jurídico exige su interpretación coordinada⁹⁹ y la necesidad de evitar y, en su caso, suprimir las contradicciones que puedan existir entre las normas que lo integran. De esta forma, el principio de unidad conduce, inevitablemente, al principio de coherencia o concordancia práctica, en virtud del cual cada norma jurídica adquiere sentido en función del conjunto. Si el ordenamiento jurídico es un sistema, no hay posibilidad de incompatibilidades o antinomias, al contrario, debe existir coherencia en todas sus reglas, por lo que la interpretación debe realizarse de manera que no se produzcan colisiones entre ellas. Los contenidos ambiguos e indeterminados de la

⁹⁶ Jiménez Campo, Javier, “Interpretación conforme a la Constitución”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. III, pp. 3681 y 3683.

⁹⁷ Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 2, p. 79.

⁹⁸ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 9, p. 51.

⁹⁹ Pérez Luño, Antonio A., “La interpretación de la Constitución”, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1995, p. 282.

ley deben ser interpretados de forma acorde a los contenidos de la Constitución, y la respuesta y el remedio a cuestiones dudosas debe resolverse en su interior y no fuera de ella.¹⁰⁰ Por todo esto se puede decir, como ha escrito Schäffer, que la interpretación conforme es una exigencia de interpretación sistemático teleológica, que garantiza la unidad del ordenamiento jurídico. Con su existencia, éste muestra ser un orden jerárquico constituido en un contexto sistémico consistente y coherente, compuesto con reglas que no se contradicen y que están ordenadas axiológicamente de manera armoniosa deviniendo la Constitución el punto de apoyo positivo para la validez y legitimidad de las diferentes normas que se produzcan dentro del ordenamiento.¹⁰¹

El principio de la interpretación conforme es una manifestación de la forma en que la Constitución “impregna” todo el ordenamiento jurídico estatal y “reorienta” toda la producción subconstitucional a sus dictados¹⁰² propiciando su máxima realización. Como ha escrito De la Quadra, éste conlleva “el reconocimiento de que el ordenamiento es un todo con normas superiores que iluminan la interpretación que debe hacerse de las inferiores” que de cualquier forma deben ser “valedoras” de la norma constitucional; es, asimismo, una directiva de actuación a todos los operadores jurídicos que expresa exigencias formales y materiales¹⁰³ y una garantía de la preeminencia que tiene la Constitución en su contenido, principios, fines y objetivos. Con lo anterior fácilmente se pueden colegir, como enseña Jiménez Campo, sus dos elementos característicos: su imperatividad y su condición de criterio sobre la interpretación de normas. Con el primer elemento se señala que la interpretación conforme a la Constitución es, debido al carácter de norma suprema de ésta, un imperativo jurídico para todos los aplicadores del derecho, de manera que todos deben interpretar los productos jurídicos de forma que concuerden

¹⁰⁰ Bachof, Otto, “El juez constitucional entre derecho y política”, trad. de L. Cortiñas Peláez, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, núm. 1-2, 1967, p. 252.

¹⁰¹ Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 95, pp. 38, 39, 44, 45 y 49; Vigo, Rodolfo L., *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 126.

¹⁰² Stern recomienda diferenciar entre la interpretación orientada a la Constitución y la interpretación conforme a la Constitución; esta última sería un instrumento de los tribunales constitucionales en el procedimiento específico del control de normas. Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 26, p. 298.

¹⁰³ Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 54, p. 140; Pérez Luño, Antonio A., *op. cit.*, nota 99, pp. 282 y 283; también, Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 101, p. 127.

con ella siempre y cuando una tal interpretación resulte factible. Con el segundo elemento se entiende dicho principio como una “directiva de preferencia” que “conduce a seleccionar, de entre las varias interpretaciones posibles de un precepto, aquella que mejor se ajusta a las exigencias constitucionales”¹⁰⁴ con objeto de excluir del ordenamiento las normas contrarias a aquélla.

Hay que destacar que no es posible la interpretación conforme, “si quiere seguir siendo interpretación”, en contra del texto o la finalidad legislativa.¹⁰⁵ Este principio opera siempre que no se fuerce el sentido que de forma inmediata se deduzca de la ley a la luz de la voluntad del legislador.¹⁰⁶ El juez constitucional no puede imponer su interpretación a la voluntad del legislador ni ignorar o desfigurar el sentido de las normas ni convertir los preceptos en disposiciones superfluas o construir normas inexistentes en los enunciados normativos. Podemos decir, siguiendo a Stern, que los límites de la interpretación conforme son (a pesar de que el mismo autor reconoce que son dudosos, entre otras causas, porque, como escriben Schäffer y Hass, en los casos concretos es muy difícil establecer un límite exacto entre la correcta interpretación conforme y la incorrecta creación del derecho por parte de los jueces): el tenor literal de la ley, la voluntad del legislador, el objetivo o fin legislativo y el sentido de la propia ley.¹⁰⁷ Éstas son condiciones para una “lógica” interpretación conforme de la Constitución que permiten conservar la certeza del derecho y la seguridad jurídica. “Cualquier otro entendimiento conduce a la desfiguración y manipulación de los enunciados legales, esto es, al cambio legislativo por obra de los jueces, inconciliable con la condición democrática de nuestro Estado”.¹⁰⁸ De ninguna forma la interpretación conforme debe ser un pretexto para el desarrollo de un derecho judicial que complete al derecho legislativo. No hay que olvidar ni desdeñar que

¹⁰⁴ Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 96, p. 3682. Para este autor, el principio de la interpretación conforme no es un criterio que se añade a los criterios tradicionales de interpretación, más bien presupone una previa interpretación legal donde ya se utilizaron los cánones tradicionales. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 51.

¹⁰⁵ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 9, p. 51.

¹⁰⁶ Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 54, p. 142.

¹⁰⁷ Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 26, pp. 298 y 299.

¹⁰⁸ Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 96, p. 3684; *id.*, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley*, Madrid, CEC, 1997, p. 48.

dicho principio fue desarrollado al servicio del mantenimiento de las normas y de la autoridad del legislador, como señala H. Simon.

2. *La presunción de constitucionalidad de la ley*

Si la finalidad del principio de interpretación conforme es proteger la unidad de la Constitución y garantizar su máxima realización, su fundamento es la conservación o subsistencia de las normas legales cuando se procede a su enjuiciamiento. Lo anterior indica la estrecha relación que tiene este principio con el de “mantenimiento de la ley”, que establece que “sólo procede declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal cuando su incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo aquella interpretación conciliadora”.¹⁰⁹ De esta forma, el principio de interpretación conforme resulta ser un método especial para la interpretación de las leyes y, al mismo tiempo, un instrumento de control de normas que tiene como resultado su mantenimiento.¹¹⁰ Lo que pone de manifiesto, como escribe Weber, el necesario respeto al legislador democrático y la existencia de una presunción de validez de sus productos normativos. Esta presunción de constitucionalidad es de importancia fundamental, al grado de que frente a ella deben ceder las reglas habituales de interpretación, pues cumple, entre otras, la función práctica de evitar los vacíos normativos que se producirían “de la eventual declaración de inconstitucionalidad de reglas susceptibles de un entendimiento acomodado a la Constitución”.¹¹¹

Como señala García de Enterría, el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que deja una norma anulada y ello puede dar lugar a confusión, desorden, imprevisibilidad e inseguridad jurídica para los ciudadanos y poderes públicos. Incluso, dice, la laguna creada con la anulación de una norma puede provocar situaciones de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas que la ley anulada regulaba,¹¹² y tener efectos contrarios a los fines constitucionales. Además, la declaración de nulidad de una norma es un ins-

¹⁰⁹ Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 96, p. 3683; García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, p. 96.

¹¹⁰ Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, pp. 203 y 204.

¹¹¹ Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 96, p. 3683.

¹¹² García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 4, p. 96. Tanto las ideas de Crisafulli como las de Di Manno se contienen en Acosta Sánchez, José, *Formación de la Consti-*

trumento reparador, “utilizable sólo cuando esa expulsión resulte medio idóneo para el restablecimiento de la juridicidad conculcada”, es decir, no puede acudir a ella cuando al resultado ablativo “en nada repare, o aún empeore, la situación inconstitucional”.¹¹³ Tómese en cuenta, también, las repercusiones ya no jurídicas, sino políticas que podría tener como efecto la anulación de una norma que afectara cuestiones consideradas importantes para la sociedad, y puede ocasionar gran inestabilidad en el sistema. En consecuencia, será necesario intentar, por vía interpretativa, que no se produzca dicho vacío, y evitar los efectos negativos para no sacrificar la igualdad material, la seguridad jurídica, la certeza y el bien común que se le reconoce a la forma de ley.¹¹⁴

Pero este principio de mantenimiento de la ley, que, como hemos dicho, proviene del deber de realizar una interpretación conforme con la Constitución, está reforzado por las exigencias que impone el principio democrático contenido en la misma; es decir, la presunción de validez de que gozan las normas y actos de gobierno en todos los ámbitos del ordenamiento es más fuerte “cuánto más próximo está el proceso de selección de sus titulares a un concreto acto de expresión de la voluntad popular”.¹¹⁵ De esta manera, la ley goza de una fuerte presunción de validez porque, como afirma De Otto, procede directamente del órgano que representa al pueblo y ello obliga a que el sistema de fuentes, del cual la ley es su “pivote central”, se interprete a su favor. Esta caracterización de la ley como “fuente única, originaria, suprema y omnipotente de creación del derecho” es punto de partida obligado para la interpretación,¹¹⁶ por lo que el juez debe entender la norma constitucional, dentro de lo posible, en el sentido en que la ha concretizado el legislador. “De ahí que la interpretación conforme de las leyes sea, en su efecto reflejo sobre la interpretación de la Constitución, interpretación conforme a la ley”.¹¹⁷

La existencia de esta presunción de constitucionalidad de las leyes impone que únicamente pueda declararse su invalidez cuando existan

tución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional, Madrid, Tecnos, 1998, p. 288.

¹¹³ Jiménez Campo, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley*, Madrid, CEC, 1997, pp. 35-37.

¹¹⁴ Otto, Ignacio, *op. cit.*, nota 2, p. 80; Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 100, p. 253.

¹¹⁵ Lavilla, Landelino, *op. cit.*, nota 63, p. 63.

¹¹⁶ Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 2, pp. 143 y 148.

¹¹⁷ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 26, p. 54.

razones graves y sólidas y se haya producido una colisión manifiesta e indudable con la norma fundamental.¹¹⁸ La decisión del legislador debe ser “no sólo incorrecta, sino, además, irracional, clara e inequívocamente errónea”.¹¹⁹ En caso de duda, o de ciertas reservas, debe aplicarse el principio *in dubio pro legislatore*. Por ello, Wolfe señala que la duda que reclama la deferencia legislativa debe persistir al final del esfuerzo global de determinación de compatibilidad de la ley con la Constitución.¹²⁰ La inconstitucionalidad tiene que ser demostrada a partir de argumentos justificatorios de suficiente peso entre los que tendrán un importante papel los principios de igualdad, coherencia y proporcionalidad. Esta “regla de equivocación clara”, que exige que todo juicio de inconstitucionalidad supere un “test muy estricto” para proceder a su declaración positiva y que da lugar a la formulación del principio de presunción de validez de las leyes¹²¹ y al establecimiento, por medio de ella, de claros límites al ejercicio del poder del juez constitucional, también demuestra que la primacía de la Constitución sobre la ley no da lugar a una primacía de la jurisdicción constitucional sobre el Poder Legislativo.¹²²

La actividad que realiza el juez al momento de revisar la constitucionalidad de una norma es verificar la interpretación efectuada por el legislador, siendo, por tanto, una duda interpretativa la razón de dicho examen. Como señala Ferreres, controlar la constitucionalidad de una ley implica la tarea de decidir si la interpretación del legislador debe ser reemplazada por la del juez,¹²³ y, en este sentido, afirmar la

¹¹⁸ Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 2, p. 148.

¹¹⁹ Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, p. 147. La formulación clásica se halla en la obra de Thayer. Al respecto, véase Dorado Porras, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 15; Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 26, p. 51.

¹²⁰ Wolfe, Christopher, *op. cit.*, nota 91, p. 150.

¹²¹ Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, p. 200; Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, p. 148.

¹²² De forma similar Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”, *REDC*, núm. 17, Madrid, 1986, p. 97. La caracterización clásica de esta concepción es de A. Hamilton, quien sostiene que el poder de control que ejercen los jueces de la constitucionalidad de las leyes no es una manifestación de su supremacía dentro del Estado, sino un arma de defensa de la propia Constitución. Esta noción está recogida en el número 78 de la obra de Hamilton, A. *et al.*, *El federalista*, trad. de G. Velasco, México, FEC, 1994, p. 332.

¹²³ Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, p. 147.

superioridad de un entendimiento sobre otro. En palabras de Rubio, todo conflicto constitucional es pura y simplemente el enfrentamiento de dos interpretaciones: la del legislador y la del juez,¹²⁴ y la declaración de inconstitucionalidad implica que las valoraciones políticas de la representación popular sean desplazadas por las valoraciones políticas del órgano jurisdiccional, por lo que cada vez que éste “anula una ley del Poder Legislativo se está indicando que el poder de unos jueces prevalece sobre el poder de los representantes legítimamente elegidos del pueblo”.¹²⁵ Acto que se considera muy grave y excepcional, pues atenta contra el principio democrático consignado en la ley fundamental.

Como hemos dicho antes, de la estructura normativa abierta de la Constitución se desprende el privilegio que posee el legislador para crear derecho y concretizar y desarrollar sus contenidos.¹²⁶ El juez no puede discutir esta primacía y debe diferirle la especificación de la norma constitucional de lo que se deriva la existencia de una expectativa de subordinación por parte de éste.¹²⁷ La interpretación de la Constitución no es la interpretación de cualquier objeto, sino de la norma suprema del ordenamiento, y el entendimiento o significado del que se dote a sus normas tendrá como efecto la ampliación o limitación de las posibilidades de

¹²⁴ Rubio Llorente, Francisco, “Prólogo”, en Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 121, pp. XXI y XXII. En la doctrina mexicana así lo entiende Carrillo Flores, Antonio, “El Ejecutivo y las leyes inconstitucionales”, en Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Introducción al amparo mexicano*, 3a. ed., México, Noriega Editores, 1999, p. 418.

¹²⁵ Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 68, p. 31. Ya Carré de Malberg decía en 1928 que la cuestión de la constitucionalidad de una ley se reduce sustancialmente a una cuestión de interpretación de los textos y de los principios constitucionales que tiene como objeto preciso buscar y fijar la amplitud de las limitaciones puestas por la Constitución al Poder Legislativo. Carré de Malberg, R., “La garanzia giurisdizionale della Costituzione”, incluido en Kelsen, Hans, “La giustizia costituzionale”, en Geracia, C. (cura), Milán, Giuffrè, 1981, pp. 223 y 224. J. Chatelain escribía en 1959 que “Todo juicio sobre la constitucionalidad de una ley es al mismo tiempo, aun bajo una forma discreta, un juzgamiento del legislador”. *Cit.* por Pliner, Adolfo, *Inconstitucionalidad de las leyes*, Argentina, Abeledo-Perrot, s/f, p. 26.

¹²⁶ Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 56, p. 29. En el ordenamiento mexicano se ha podido decir que la interpretación auténtica la realiza el legislador por disposición de la misma Constitución, es más, que hay un monopolio en la interpretación y esta debe ser la del Poder Legislativo. González Oropeza, Manuel, “La interpretación constitucional en México”, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Alfabuara, 1998, pp. 237-239.

¹²⁷ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 339.

desarrollo de todas las normas del sistema. Todo acto normativo del legislador, cuya actividad es “permanente y directa”, es un acto de interpretación “implícita” y, por tanto, de dotación de significado y alcance de las normas constitucionales.¹²⁸ Como escribe Habermas, la tarea legislativa es realización y continuación del proyecto de creación de la Constitución. Cada ley individual representa una interpretación y un perfeccionamiento hermenéutico “de los principios básicos que se encuentran y se explicitan en una Constitución dada”.¹²⁹ Además, y en principio, sólo el legislador puede derogar o modificar sus productos normativos. En pocas palabras: el derecho no cambia sin la intervención del legislador. Como la producción del derecho es una actividad racional orientada hacia objetivos,¹³⁰ la actividad creadora del legislador y los objetivos que ésta necesariamente conlleva gozan de posición de preeminencia respecto a cualquier otro poder dentro del Estado. Así se reconoce el valor que tienen los productos elaborados por el legislador “en tanto responsable político primario de procurar jurídicamente que, a través de normas jurídicas generales, el «derecho concentrado» en los valores y principios consagrados constitucionalmente se explye y gane en precisión histórica”.¹³¹ El legislador es el encargado de imponer la dirección política del Estado y el juez debe considerarse sujeto a ella. La presunción de constitucionalidad es una forma de sujeción del juez a la ley; éste depende de las líneas de actua-

¹²⁸ Ezquiaga, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., nota 125, p. 158. En palabras de Kelsen, se podría decir que la ley es un acto de aplicación de la Constitución que continúa el proceso de determinación que configura el sentido de la secuencia graduada de normas jurídicas o de la sucesión de normas de un grado a otro del ordenamiento. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de J. R. Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 350; *id.*, “Sulla teoria dell’interpretazione”, trad. de R. Guastini recogido en Comaducci, P. y Guastini, R. (cura), *L’analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 109. Labor interpretativa “implícita” es el término que utiliza Cruz Villalón, Pedro, “¿Reserva de Constitución?”, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999, p. 144. Las citadas son dos características que a la actividad interpretativa del legislador le atribuye H. Fix-Zamudio en Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la interpretación en el ordenamiento mexicano”, *La interpretación constitucional*, México, UNAM, p. 25.

¹²⁹ Habermas, Jürgen, “¿Impera el derecho sobre la política?”, trad. de E. Rivera López y S. Abad, *La Política, Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Barcelona, núm. 4, 1998, p. 18.

¹³⁰ Ezquiaga, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 128, p. 158.

¹³¹ Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, 101, p. 131.

ción del legislador, de su voluntad política y, por lo mismo, está colocado en una posición derivada de sus designios.

Así, las exigencias propias del sistema jurídico, la estructura abierta de la Constitución, la delicada distribución de competencias entre los diversos órganos del Estado, la libre autodeterminación del legislador para dotar de contenido a las normas constitucionales impelen a dotar a la ley de una resistencia mayor o de una flexibilidad especial, en virtud de la amplitud con la que aquél puede determinar la dirección política del Estado. Pero ¿basta todo esto para afirmar la existencia de una presunción de legitimidad de los productos normativos elaborados por el legislador?, ¿cuáles son las razones de fondo por las que existe una primacía del legislador y no de otros operadores jurídicos en la concretización de normas?, ¿por qué la presunción de constitucionalidad de la ley es una regla de interpretación tan importante capaz de relegar a otras consideradas también fundamentales?, ¿es suficiente decir que dicha presunción existe por ser el Poder Legislativo un órgano electo por el pueblo?, ¿cuáles son las peculiaridades que la actividad legislativa reviste y que le permite imponer su entendimiento en la interpretación de normas? A contestar estas preguntas (en las que late la cuestión de determinar por qué el principio democrático es “el eje central del Estado constitucional”), cuyas respuestas pretenden ser el fondo de las cuestiones reseñadas arriba, dedicaremos el siguiente apartado.

IV. CAUSAS POR LAS QUE EXISTE UNA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Ha sido Ferreres Comella quien mejor ha sistematizado los argumentos que justifican la presunción de constitucionalidad de que goza la ley en el Estado constitucional democrático de derecho.¹³² Para este autor, son tres los argumentos que permiten hablar de dicha presunción de validez de la ley en razón de las características de su génesis: el argumento epistémico, el de la igual dignidad política y el de la corregibilidad de los errores; a estos tres argumentos agrega uno complementario que llama *de lege data*. Sin embargo, el argumento central es el primero, el que señala que la superioridad de la democracia está fundamentada en su valor epistémico. Este argumento comprende a los restantes y así lo vamos a

¹³² Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, pp. 163-213.

entender en este trabajo. Por tanto, lo que se realizará en adelante es una justificación normativa y no empírica de la democracia y de su superioridad, precisamente, por su valor epistémico, con objeto de encontrar las razones de la existencia de la presunción de constitucionalidad de los productos normativos elaborados por el legislador. Con ello se hará, al mismo tiempo, una fundamentación normativa de la supremacía del legislador para la creación de leyes sin olvidar que cuando se realiza este tipo de justificación se hace referencia al origen de las reglas y principios que rigen su funcionamiento y se les atribuye, como consecuencia, un valor inmanente.

Antes quiero hacer una breve acotación que me parece relevante. En un importante trabajo, el maestro Laporta señala que todas las pautas y reglas sociales que emanan de los representantes políticos están dotadas de una justificación ética inicial si además de no entrar en conflicto con exigencias morales más fuertes, cumplen con los siguientes requisitos: 1) la institución representativa se basa en el sufragio universal y reconoce a todos y cada uno capacidad como agentes en el proceso de decisión electoral; 2) se articula un sistema normativo de libertades lo más amplio posible; 3) se produce una discusión libre y equitativa de las opciones; 4) se concede el mismo valor decisorio a cada voto, es decir, se rige por el principio de mayoría, y 5) se reproduce con una periodicidad razonable.

Todos estos requisitos son sin duda trascendentes para el entendimiento de la relevancia que tiene la representación política dentro del Estado democrático, pero están dirigidas, por el contexto del trabajo de este destacado jurista, a un solo objetivo: justificar la autonomía de un mecanismo cuya tarea específica, como dice él mismo, es satisfacer la necesidad social de designar al individuo o individuos que fungirán como representantes en virtud de la división del trabajo social existente en un grupo social determinado, y que puedan emitir válidamente las decisiones de aplicación y modificación de las reglas y pautas de coordinación e interacción que regulan en su interior el funcionamiento de dicho grupo. Para Laporta, si la institución representativa está formada de manera justa, es decir, si se rige por los principios que hemos mencionado, todas sus decisiones estarán dotadas de una justificación ética inicial y tendrán una pretensión fundada de obligar, por lo que quien se oponga a tales normas

ha de soportar la carga de la prueba.¹³³ Nosotros no podemos desmentir estas afirmaciones tan sólidamente justificadas, pero sí pensamos que la presunción de legitimidad de las decisiones de los representantes deriva no sólo ni mucho menos exclusivamente de estas consideraciones, que sin dejar de ser importantes son sólo una condición para sostener firmemente la existencia de dicha presunción de legitimidad. Para completar dichas afirmaciones hay que pasar al estadio siguiente, es decir, hay que situarnos no en los extremos del procedimiento democrático, sino en su interior y verificar las condiciones que está llamado a satisfacer para hacer de sus productos resultados válidos éticamente justificables, ya que la idea de autolegislación debe hacerse valer en el derecho mismo.¹³⁴ Situarnos en esta posición, además, abre otras vertientes que parecen cerradas o definitivamente concluidas cuando sólo hacemos alusión al estadio anterior.¹³⁵

La ley goza de presunción de constitucionalidad por la configuración del método que se utiliza para su creación. Como escribe Habermas, dicho método es la estructura nuclear del sistema político articulado en términos de Estado de derecho, y constituye el espacio público adecuado para la deliberación, toma de decisiones y formación general y racional de la opinión y voluntad colectivas. A través de él se institucionalizan discursos y negociaciones con ayuda de formas de comunicación que lo hacen un mecanismo apto para lograr un mayor acercamiento a decisiones moralmente verdaderas.¹³⁶ Su superioridad reside en sus características intrínsecas, en sus criterios institucionales, en su estructura deliberativa, en la calidad de sus resultados y en la función sociointegradora que realiza. La racionalidad inscrita en el proceso de producción legislativa es, en consecuencia, la que otorga legitimidad¹³⁷ a la ley y superioridad al legislador. Este procedimiento discursivo de entendimiento,¹³⁸ capaz de

¹³³ Laporta, Francisco J., “Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política”, *Doxa*, Alicante, núm. 6, 1989, pp. 139 y 140.

¹³⁴ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 193.

¹³⁵ Ruiz Miguel, Alfonso, “Problemas de ámbito de la democracia”, *Doxa*, núm. 6, 1989, p. 98.

¹³⁶ Rosenkrantz, Carlos F., “La democracia: una crítica a su justificación epistémica”, *Doxa*, núm. 10, 1991, p. 266.

¹³⁷ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 380 y 381.

¹³⁸ En las actuales democracias occidentales pueden distinguirse tres tipos ideales de procedimientos para la creación de normas jurídicas: el discursivo, el estratégico y el instrumental. Así lo explica Tuori, Kaarlo, “Ética discursiva y legitimidad del derecho”, trad. de J. Aguiló Regla, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 52 y ss.

institucionalizar formas de comunicación para la formación racional de la voluntad política, que cuenta con una intersubjetividad de orden superior y en cuyo seno puede tener lugar la percepción, identificación y tratamiento de los problemas necesitados de regulación y considerados relevantes para la sociedad,¹³⁹ es el más confiable método de autoorganización colectiva¹⁴⁰ y conforma el núcleo de nuestra concepción de la democracia.

Es posible decir, con Elías Díaz, que el procedimiento democrático se basa en tres presupuestos contenidos en las normas constitucionales que lo rigen:¹⁴¹ *primero*, los individuos se reconocen recíprocamente autónomos a través del otorgamiento de ciertos derechos fundamentales básicos que condicionan todo el procedimiento de creación normativa; estos derechos son elementos imprescindibles para la formación discursiva de la opinión y voluntad racional, la regulación legítima de la convivencia, y son la base de legitimidad de todo el ordenamiento jurídico. Para decirlo con Habermas: los derechos son las condiciones bajo las que se institucionalizan jurídicamente las formas de comunicación necesarias para una producción de normas políticamente autónomas,¹⁴² presupuesto imprescindible para la realización equitativa, genuina o auténtica del proceso intersubjetivo de debate acerca de los asuntos de interés general¹⁴³ y elementos necesarios del proceso de autodeterminación política en que consiste la democracia. La universalidad de contenido del procedimiento democrático se realiza a través de la concesión de derechos para todos,¹⁴⁴ lo que presupone y expresa cierta homogeneidad social con objeto de lograr integración e inclusión, dentro de las normas, de los ingredien-

¹³⁹ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 377.

¹⁴⁰ Así lo entiende Habermas a juicio de Vatter, Miguel E., “La democracia, entre participación y representación”, en Porras Nadales, A. J. (ed.), *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 50.

¹⁴¹ Díaz, Elías, *Ética contra política*, México, Fontamara, 1993, pp. 41-46.

¹⁴² Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 169.

¹⁴³ Saavedra, Modesto, “El fundamento de la democracia en la obra de Elías Díaz”, *Doxa*, núms. 15-16, 1994, p. 99. Al respecto véase la afirmación de Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, 2a. ed., trad. de J. F. Fernández Santillán, México, FCE, 1996, pp. 17 y 26, donde dice que los derechos “son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentalmente procesales que caracterizan a un régimen democrático”.

¹⁴⁴ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 142 y 143.

tes normativos de la igualdad y la libertad.¹⁴⁵ *Segundo*, es la expresión más acabada de la soberanía popular, ya que constituye la mejor vía para expresar las decisiones políticas de la comunidad y garantizar la autonomía de la misma. En consecuencia, el principio de soberanía popular, reinterpretado de forma intersubjetiva, queda sustraído de la disposición de esa sociedad, pues remite “en su lectura procedimentalística, a las condiciones que en el marco social posibilitan la autoorganización de una comunidad”. No quedan en manos de la política “las condiciones que hacen posible la producción de derecho legítimo”.¹⁴⁶ En virtud de las dos razones señaladas se puede comprender que la legitimidad se regula dentro del ordenamiento jurídico a través de derechos ciudadanos y de procedimientos de producción democrática de normas.¹⁴⁷ De esta forma, como escribe el autor últimamente citado, se anudan y entrelazan, para brindar legitimidad al sistema jurídico, el derecho a iguales libertades, que implica la libertad de cada miembro de la sociedad y su igualdad con todos los demás, y el principio de soberanía popular, que se expresa a través de un procedimiento democrático cuyos resultados contienen el consenso racional de todos los implicados.¹⁴⁸ *Tercero*, opera a través del principio de la mayoría (no del dominio de la mayoría o de la “casualidad de la aritmética”), que es un criterio fundamental para crear normas jurídicas o tomar decisiones políticas, y que lleva implícitas, en su propia lógica interna, exigencias y cualidades, tales como la tolerancia, la libertad intelectual y la participación política.¹⁴⁹

¹⁴⁵ “Una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros gozan de los derechos incluidos en el coto vedado de los bienes básicos”. Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, p. 648.

¹⁴⁶ Citando a Habermas así lo entiende García Amado, Juan A., “La filosofía del derecho de Jürgen Habermas”, *Doxa*, núm. 13, 1993, p. 242.

¹⁴⁷ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 155 y 156.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 158 y 159.

¹⁴⁹ Díaz, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate, 1984, p. 100. Recuérdese a Sartori, quien señala que la regla de la mayoría es “sólo una fórmula abreviada del gobierno de la mayoría *limitada*, que respeta los derechos de la minoría” y que “exige mayorías cambiantes, el que las diversas partes del cuerpo político puedan ser alternativas de poder”. Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia. I. El debate contemporáneo*, México, Alianza Universidad, 1994, pp. 55 y 57. Laporta considera, por su parte, que las exigencias y requisitos inherentes al principio de decisión por mayoría “son las más amplias libertades posibles en el proceso mismo de la decisión”, por ello puede decirse que “el proceso de decisión por mayorías, la “lógica de las ma-

Hay que destacar la conexión que existe entre el contenido del proceso democrático y los resultados obtenidos a través de él.¹⁵⁰ Éstos se presumen valiosos porque tienden a ser más imparciales que los producidos por medio de cualquier otra forma de adopción de decisiones colectivas, ya que se obtienen a través de un procedimiento que cumple con criterios sustantivos, como el de la participación de todos los afectados e interesados por la vigencia de las normas por aprobar, la discusión y la aceptación mayoritaria. No es que dicho procedimiento sea infalible o que sus productos sean por definición correctos, pero “sí es el menos falible de los procedimientos existentes” y, por lo tanto, el que mejor garantiza que las decisiones adoptadas sean correctas.

Para Nino, la razón esencial de que el procedimiento democrático genere una dinámica de acción colectiva con mayor tendencia a aproximarse a decisiones imparciales que cualquier otro procedimiento alternativo de decisión es la conexión o semejanza que tiene con el discurso moral.¹⁵¹ Su legitimidad radica en que “se corresponde con la práctica discursiva que el nivel posconvencional de la conciencia moral y jurídica en la sociedad moderna requiere para la evaluación de pretensiones de validez normativa problemáticas”.¹⁵² Este horizonte posconvencional de la moralidad rechaza las explicaciones artificiales donde las decisiones son asumidas de forma gregaria y exige razones suficientes para aceptarlas. El procedimiento democrático, precisamente, exige a las decisiones políticamente vinculantes los mismos requisitos que el discurso moral impone a la verdad moral. Lo que permite que la validez de sus productos pueda ser analizada de la misma forma en que se analiza el valor y validez de las normas y juicios morales. Pero señalar que el procedimiento democrático

yorías”, incluye también en muy amplia medida a la “lógica de la no interferencia”. *Op. cit.*, nota 81, pp. 53 y 54.

¹⁵⁰ Nino, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 190 y 191.

¹⁵¹ Nino, Carlos Santiago, “La democracia epistémica puesta a prueba. Respuestas a Rosenkrantz y Ródenas”, *Doxa*, núm. 10, Alicante, 1991, p. 300; Habermas, Jürgen, “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de R. García Cotarelo, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994, pp. 57 y ss. Como se pregunta este último autor: “¿De dónde, acaso, sino de un derecho moral de orden superior, puede derivar su legitimidad el derecho positivo?”, en Habermas, Jürgen *et al.*, *op. cit.*, nota 129, p. 16. De la misma forma en “El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia”, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. de J. C. Velasco Arroyo, Barcelona, Paidós, 1999, p. 251.

¹⁵² Tuori, Kaarlo, *op. cit.*, nota 138, p. 51.

es permeable a los discursos morales no significa que ambos discursos se confundan, pues lo que existe, como escribe Tuori, no son similitudes sustantivas entre las normas jurídicas y las normas morales, sino una relación o entrelazamiento entre sus procedimientos.¹⁵³ El punto en común entre ambos es que su racionalidad garantiza la validez de los resultados obtenidos.¹⁵⁴ Así, el proceso democrático aparece, desde esta concepción, como un sucedáneo de la práctica no institucionalizada de la discusión moral; una especie de discurso moral regimentado o práctico-moral institucionalizado, que preserva y expande, en más alto grado que cualquier otro sistema de decisiones, los rasgos del discurso moral originario¹⁵⁵ y al que se recurre cuando éste resulta no ser operativo. En suma, es debido a las profundas analogías e importantes correlaciones de fondo que existen entre el método y los valores de la democracia y los que impulsan el razonamiento moral por lo que el método democrático se presenta como el más legítimo, justo y ético.¹⁵⁶

Hay algunas características del procedimiento democrático que indudablemente lo separan o desvían del discurso moral con objeto de extender su operatividad pragmática, estabilizarlo, hacerlo concluyente, permitir la solución de problemas colectivos y lograr su institucionalización. Así, ocurre que el discurso moral no tiene límites de tiempo y está dirigido a obtener un consenso unánime acerca de ciertos principios. El procedimiento democrático, por el contrario, tiene como base la imposibilidad de culminar en la aceptación unánime de una decisión y la necesidad de tomarla en un tiempo limitado debido a la presión de las circunstancias, lo que hace que reemplace la exigencia de dicha aceptación unánime por la aprobación mayoritaria.¹⁵⁷ Si no se introdujeran estas dos consideraciones, siempre se tomarían, de forma implícita, respuestas pasivas frente

¹⁵³ Tuori, Kaarlo, “Los intereses y la legitimidad del derecho”, *Positivismo crítico y derecho moderno*, México, Fontamara, 1998, p. 121.

¹⁵⁴ Habermas, Jürgen, “Derecho y moral (Tanner Lectures 1986)”, *Facticidad y validez...*, *cit.*, nota 11, p. 557.

¹⁵⁵ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 388.

¹⁵⁶ Díaz, Elías, *op. cit.*, nota 141, p. 63; *id.*, “Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia”, en Peces-Barba, G. (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 151.

¹⁵⁷ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 155, p. 391; Habermas, Jürgen, “Carl Schmitt: los terrores de la autonomía”, *Identidades nacionales y postnacionales*, trad. de M. Jiménez Redondo, México, Rei, 1993, p. 81.

a los acontecimientos o decisiones favorables al *statu quo*, ya que exigir unanimidad es consignar que el voto de una sola persona es suficiente para no aprobar la línea de acción deseada por los demás, consagrar la dictadura de aquellos que están a favor de que no cambie nada y, por tanto, como señala Elster, establecer un concepto antidemocrático en el que los pocos tienen poder de veto contra el cambio.¹⁵⁸ Desde esta perspectiva, el paso de la exigencia de unanimidad a la regla de mayoría no tiene como causa la imposibilidad de alcanzar aquélla, sino la necesidad de tomar una decisión en un tiempo limitado y evitar la consagración del inmovilismo. En virtud de ello, es decir, por la introducción de un límite de tiempo para terminar las discusiones y la necesidad de votar, y no debido a consideraciones cuantitativas, además de distinguirse entre el proceso informal de la discusión moral y su sucedáneo institucionalizado, se puede definir a la democracia como “un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo”.¹⁵⁹

Sin embargo, no puede dejar de considerarse que la decisión mayoritaria tiene el efecto de que el discurso tienda a la obtención de la unanimidad, ya que el intento de convencer a todos constituye una forma de avanzar hacia el logro de un acuerdo mayoritario. Éste estimula a los interesados en cierta decisión a tratar de obtener la adhesión de tantas personas como sea posible y convencerlos de la bondad de sus propuestas. Asimismo, la necesidad de reunir un mayor número posible de adherentes, el máximo de intereses posible para una determinada causa, constituye un vigoroso incentivo para que cada uno se acerque a posiciones de imparcialidad.¹⁶⁰ Así, la regla de mayoría es un principio que tiende a la unanimidad, preserva la imparcialidad, evita el poder de veto de la minoría y produce adhesiones cada vez más amplias. Los participantes en la discusión tratarán de convencer a la mayor cantidad de personas, lo que requiere que tengan en cuenta los intereses de la mayor cantidad de individuos posible y, como dice Nino, dejándose guiar por el teorema de Condorcet y evidentemente en contra de autores como Rawls, cuan-

¹⁵⁸ Elster, Jon, “Argumentos en pro de la elección constitucional: reflexiones sobre la transición al socialismo”, en Elster, Jon y Slagstad, R. (comps.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de M. Utrilla de Neira, México, FCE, 1999, pp. 324 y 325. Nino señala al respecto: “La oposición de un sólo individuo (o de un número pequeño de individuos) bastaría para que triunfe la alternativa de no hacer nada sobre la de producir un cambio”, *Ética y derechos humanos...*, *cit.*, nota 155, pp. 373 y 391.

¹⁵⁹ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 150, pp. 167 y 168.

¹⁶⁰ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 155, pp. 392-396.

tas más personas apoyan una decisión, más posible es que sea correcta, pues más probabilidades existen de satisfacer sus intereses.¹⁶¹

Asimismo, el procedimiento democrático resuelve, y también en esto se desvía del discurso moral, el problema de la imputación en el sentido de que las normas producidas a través de él se convierten en jurídicamente obligatorias, es decir, las normas morales se transforman, mediante este procedimiento, en normas sociales vinculantes garantizándose su obediencia.¹⁶² Otro aspecto que distingue al discurso moral del procedimiento democrático es que el contexto del discurso en que opera el primero es toda la humanidad, su auditorio es universal, mientras que el del segundo es una comunidad estatal y social concreta, y, por tanto, un ámbito restringido de validez, requisito exigido por la seguridad de que los sometidos al derecho puedan apelar a una instancia que monopolice el ejercicio de la violencia.¹⁶³

Por otro lado, el procedimiento democrático conduce a una formación racional de la voluntad porque permanece permeable a los temas y argumentos que se presentan dentro de la comunidad.¹⁶⁴ Sin embargo, hay materias que, a diferencia del discurso moral, están excluidas de su ámbito. Como escribe Garzón Valdés, están excluidos “todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida”.¹⁶⁵ Dentro de la negociación entran todos los bienes secundarios, es decir, todos aquellos que no sean considerados bienes primarios. En otras palabras, el procedimiento no tiene valor epistémico respecto a la totalidad de la dimensión moral, ya que no está constituido por principios morales intersubjetivos, sino por ideales morales autorreferentes o personales; tampoco se aplica a temas científicos y, en general, a temas fácticos, religiosos y filosóficos.¹⁶⁶ En suma, como señala Habermas, en los discursos jurídicos, el tratamiento argumentativo de las cuestiones práctico-morales queda limitado por vía de la institucionalización jurídica. Limitado metodológicamente, por su vinculación al derecho vigente;

¹⁶¹ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 206; *id.*, *op. cit.*, nota 150, pp. 178-180.

¹⁶² Tuori, Kaarlo, *op. cit.*, nota 138, p. 47.

¹⁶³ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 190. Para una crítica interesante al respecto García Amado, Juan A., *op. cit.*, nota 146, pp. 246 y 247.

¹⁶⁴ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 611.

¹⁶⁵ Garzón Valdés, Ernesto, *op. cit.*, nota 145, pp. 644-646 y 649.

¹⁶⁶ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 161, p. 182.

objetivamente, por los temas y cargas de la prueba; socialmente, por las condiciones de participación, inmunidades y distribución de papeles, y temporalmente, por los plazos de decisión.¹⁶⁷

El procedimiento democrático, por tanto, tiende a producir leyes justas porque para su aprobación debe cumplir ciertas condiciones similares a las que satisfacen los principios morales para ser válidos. Las desviaciones que se detecten dentro del mismo tienen que ser reconducidas al parámetro que representa el modelo del discurso moral originario, por lo que se pueden impugnar sus resultados cuando el margen de desviación es excesivo. En esta virtud, el procedimiento democrático es el sistema que disminuye, como ningún otro, la probabilidad de desvíos morales en el dictado y aplicación de normas jurídicas, precisamente por la conexión intrínseca que posee con la moralidad. Recuérdese, en este sentido, que se trata de un sucedáneo del discurso moral y, por tanto, adquiere, de manera imperfecta si se quiere, su mismo poder legitimador, reduciendo la posibilidad de errores al mínimo.¹⁶⁸

El procedimiento democrático genera una tendencia a la imparcialidad en la voluntad y en el juicio, y la propensión a obtener productos normativos que solucionen los conflictos intersubjetivos, ya que opera como criterio regulador para la adopción de principios sobre el tratamiento armónico de los intereses personales. La imparcialidad, que comprende un conjunto de ideas, tales como la generalidad (que exige que los principios adoptados no distingan situaciones sobre la base de nombres propios o descripciones definidas), la universalidad (que reclama que las soluciones resultantes se apliquen a todas las situaciones) y la separabilidad e independencia de las personas (que otorga amplios márgenes de autonomía a cada una de ellas),¹⁶⁹ se produce en el momento de adoptar una solución como resultado de una práctica discursiva con carácter inclusivo; esto es, por el involucramiento en el debate y en la toma de decisiones de “personas con diferentes identidades y formas de vida”.

Por ello se puede decir que hay dos características importantes que generan esta tendencia a la imparcialidad: primero, en el procedimiento se escucha e intervienen todos los interesados, y, segundo, la decisión es tomada por mayoría, habiendo una gran intervención de los afecta-

¹⁶⁷ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 560.

¹⁶⁸ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 155, p. 398.

¹⁶⁹ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 151, p. 302.

dos en el resultado. Los sujetos concurren al proceso de toma de decisiones e inciden en su producto. El procedimiento está construido para que represente los intereses de todos los involucrados,¹⁷⁰ ya que se basa en el presupuesto de una participación general, que considera a todos los individuos con igual derecho a discutir y decidir las leyes mediante las que han de regirse,¹⁷¹ y exige que únicamente sean válidas las normas que todos los afectados acepten como participantes en un discurso práctico. Todos los interesados deben intervenir en la discusión y en las decisiones que se tomen, ya que “la discusión colectiva es insuficiente si la decisión luego la toma uno o unos pocos, pues en el proceso de convencer a los demás para una decisión mayoritaria es donde se genera la tendencia a la imparcialidad”.¹⁷²

El procedimiento reconoce en todos los participantes similares pretensiones de intervención, idéntica capacidad para formarse una concepción de lo justo e igual facultad de actuar en la vida pública. Todos son interlocutores válidos y competentes para dar a conocer y expresar sus intereses con las mismas oportunidades, justificar sus propuestas, participar en los diálogos, deliberación y decisión de las cuestiones que les afecten en virtud del principio de igual consideración y respeto y, específicamente, del derecho a ser tratado como igual, pues dicho procedimiento implica que “cada uno sea igual que los demás en el momento de deliberar y decidir”.¹⁷³

El proceso democrático es un espacio que otorga la misma consideración y oportunidad a las opiniones, necesidades, problemas e intereses de todas las personas examinando adecuadamente las implicaciones del caso. Reconociendo un “trasfondo diferenciado de convicciones conscientes” o de “pluralismo razonable”,¹⁷⁴ otorga a cada miembro de la

¹⁷⁰ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 150, p. 186.

¹⁷¹ Cortina, Adela, “La justificación ética del derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls”, *Doxa*, Alicante, núm. 2, 1985, p. 140.

¹⁷² Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 161, p. 207.

¹⁷³ MacCormick, Neil, “Derecho, el imperio del derecho y democracia”, trad. de A. Méndez Garrido y S. Frisbie, *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, CGPJ, 1995, p. 417; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, pp. 389 y 390.

¹⁷⁴ El “pluralismo razonable”, que excluye un “consenso valorativo comprensivo”, indica que “existen perspectivas de valor distintas e incompatibles, todas ellas razonables, y según las cuales la gente aparece bajo condiciones favorables para el ejercicio de su razón práctica. El ejercicio bien intencionado de la razón práctica por parte de gente razonablemente interesada en vivir con otras personas, bajo términos aceptables por parte de ellas, no conduce a la convergencia en torno a una filosofía de la vida en particular”.

sociedad las mismas posibilidades de plantear sus inquietudes, valores y dudas con objeto de profundizar en el entendimiento de lo que se considera sustancial para la comunidad. Por ello, como mecanismo de entendimiento intersubjetivo, crea la posibilidad de un debate libre, abierto y reflexivo¹⁷⁵ en el que intervienen individuos autónomos, no sujetos a algún tipo de manipulación, que pueden expresar con libertad sus puntos de vista, utilizar sus capacidades sin presiones y participar en la discusión voluntariamente. Así se obtiene un equilibrio justo en el que se hacen oír múltiples voces y se tienen los intereses equitativamente en cuenta para formar, como escribe Alexy, una voluntad común que disuelva el poder y la violencia y haga realidad la idea de la igualdad básica al evitar “que un particular grupo de gente se encuentre en posesión del conocimiento de las necesidades de la colectividad”.¹⁷⁶

En el debate participan necesariamente aquellos que están involucrados en el conflicto que se pretende resolver o en las decisiones que se tomarán, porque son éstos los que conocen con exactitud y representan los intereses, planes de vida y rasgos contrapuestos que pueden estar en la base generadora de aquél.¹⁷⁷ Como escribió Mill, sólo los afectados, o “potencialmente afectados”, están ubicados en posición de expresar y defender, de forma adecuada y con conocimiento de causa, sus propios intereses, por lo que no hay mejores jueces e intérpretes de los valores involucrados que los mismos afectados que participan en el proceso colectivo de decisión.¹⁷⁸ Se considera afectado a “cualquiera a quien puedan concernir en sus intereses las consecuencias a que presumiblemente pueda dar lugar una práctica general regulada por normas”.¹⁷⁹ La afectación exige, por tanto, que intervengan dentro del proceso todos aquellos que puedan recibir un beneficio o un perjuicio y tengan capacidad para poder manifestar su voluntad,¹⁸⁰ aunque no cuenten con suficiente organización, difusión o cobertura social. La ausencia de los interesados va en detrimento del valor que debe otorgarse a los intereses que representan.

Cohen, Joshua, “Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa”, trad. de A. Echegollen Guzmán, *Metapolítica*, México, núm. 14, 2000, p. 25.

¹⁷⁵ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 155, p. 396.

¹⁷⁶ Gargarella, Roberto, *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995, p. 140.

¹⁷⁷ Nino, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, Madrid, CEC, 1989, p. 129.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 105.

¹⁷⁹ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 172.

¹⁸⁰ Ruiz Miguel, Alfonso, *op. cit.*, nota 135, pp. 100 y 102.

Esto trae como consecuencia que dentro del proceso se preste atención a todos los intereses posibles y se busquen soluciones que los satisfagan.¹⁸¹ Lo que provoca que el razonamiento de las minorías también forme parte del resultado final. Esta amplia participación en la discusión de todos aquellos que puedan resultar afectados por la adopción de una decisión, sobre todo cuando tienen intereses opuestos, es la mejor garantía de que el resultado se aproximará al consenso ideal.¹⁸² Es más, la decisión, al considerar todos los intereses involucrados de manera imparcial, sienta las bases para que la resolución de los problemas aparezca como el producto de un esfuerzo cooperativo y el procedimiento como el camino para la “búsqueda cooperativa de la verdad”. Así se consigue una sólida integración social, que, como decía Kelsen, es la característica básica del principio de mayoría.

Asimismo, el procedimiento democrático está diseñado para ser receptivo de todas las contribuciones, razones e informaciones que existan en la sociedad. Los participantes pueden tener acceso a la mayor cantidad de información para comprender las necesidades de regulación de determinada materia, formarse una opinión amplia de los intereses involucrados, conocer las alternativas y propuestas formuladas, los argumentos invocados y la distribución de apoyos. Cuando la cuestión es resuelta todos tendrán “la misma información completa acerca del camino que el debate ha tomado”,¹⁸³ situándose en posición de comprender todos los hechos relevantes.¹⁸⁴ Esta amplia perspectiva a través de la cual se analizan los asuntos, provocada por la introducción de contribuciones, temas e informaciones, frena la parcialidad de los actores y posibilita llegar a resultados racionales que tengan a su favor una presunción de aceptabilidad.¹⁸⁵ Como escribe Habermas:

¹⁸¹ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 150, pp. 176-178.

¹⁸² Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 177, pp. 129 y 130, y nota 161, p. 203. Al respecto véanse las interesantes críticas de Farrell, Martín Diego, “In cerca della volontà di Dio”, en Martino, A. A. (cura), *La giustificazione morale della democrazia*, Quaderni dell’Istituto di Scienza Politica, Università di Genova, 1990, pp. 65 y 66.

¹⁸³ Estas últimas son palabras de David Braybrooke y están citadas en, Fishkin, James, *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*, trad. de J. F. Malem, Madrid, Ariel, 1995, p. 68.

¹⁸⁴ Al respecto véanse las reflexiones de Rodríguez Larreta, J., “Il paradosso della irrilevanza morale del governo”, en Martino, A. A. (cura), *La giustificazione morale della democrazia*, *cit.*, nota 182, pp. 52 y 53.

¹⁸⁵ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 214, 218 y 372.

La aceptabilidad racional de los resultados obtenidos de conformidad con el mencionado procedimiento se explica por la institucionalización de una red de formas de comunicación que, en idea, aseguran que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír y se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles.¹⁸⁶

Hay que insistir en que la institucionalización de la formación de la voluntad política y el aseguramiento de la igual participación en el proceso de producción de normas jurídicas implica la premisa de la competencia básica de todos los ciudadanos para identificar sus intereses, y la idea de que nadie puede ser excluido; todos aquellos que pueden verse afectados por una decisión tienen iguales oportunidades de acceso y participación. Esta comprensión se deriva de la consideración de todos los individuos como sujetos autónomos e iguales para defender sus intereses como intereses generalizables.¹⁸⁷ En otras palabras: en virtud de que el procedimiento democrático presupone una distribución paritaria de derechos dota a las personas del mismo poder para influir en las decisiones e igual derecho a obtener la satisfacción de sus intereses. Pretende ser un sistema justo y equitativo que distribuye el poder con igualdad,¹⁸⁸ reconociendo el valor del igual poder de cada uno en la sociedad. La consideración efectiva de las opiniones e intereses de todas las personas y grupos propicia la realización de la igualdad política,¹⁸⁹ que es un elemento esencial del elemento justicia que impera en los procedimientos de toma de decisiones sociales. El procedimiento, al implicar un equilibrio y división igual de poder entre todas las partes, refleja lo que Habermas llama la “sociedad horizontal de ciudadanos” y asegura un mayor grado de paz social y de estabilidad política que otros métodos.¹⁹⁰ De esta forma, como quería Kant, el procedimiento democrático pretende no cometer injusticias con nadie, y hacer realidad la tradición rousseoniana de que cada individuo debe participar de forma libre e igual en la determinación del interés común.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 238.

¹⁸⁷ Saavedra, Modesto, *op. cit.*, nota 143, p. 106.

¹⁸⁸ Nelson, William N., *La justificación de la democracia*, trad. de M. I. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 31 y 33.

¹⁸⁹ Fishkin, James, *op. cit.*, nota 183, p. 58.

¹⁹⁰ Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, pp. 187 y 188.

El núcleo esencial de la justificación democrática del dominio político es la institucionalización de diálogos racionales y públicos donde gobiernen los argumentos¹⁹¹ y las exigencias de fundamentación. En otras palabras, la característica básica del procedimiento democrático de creación de normas es que institucionaliza “discursos jurídicos que no sólo operan bajo las restricciones externas que les impone el procedimiento jurídico, sino también bajo las *restricciones internas* ajenas a la generación argumentativa de buenas razones”.¹⁹² Como escribe Alexy: las exigencias que se imponen dentro del proceso son, además de reglas cuyo objeto inmediato es el procedimiento del discurso, normas referidas a la estructura de los argumentos,¹⁹³ en su interior no sólo se expresan juicios descriptivos, sino argumentos con poder justificatorio que promueven el valor y poder epistémico del mismo proceso porque presuponen, como señalan Benn y Peters: “el intercambio de críticas y justificaciones conducidas dentro del marco de criterios morales”. Es, en esta virtud, un “contexto de justificación”. Las normas de racionalidad que lo rigen, crean, como dice Aarnio, un “tubo” a través del cual se introduce el material de la discusión.¹⁹⁴ En razón de ello se ha podido definir a una comunidad democrática como aquella “en la que la justificación de los términos y condiciones de la asociación tiene lugar a través de la argumentación y del razonamiento público entre ciudadanos iguales”,¹⁹⁵ o, como dice Cohen, aquella que conduce “el ejercicio del poder mediante un proceso de argumentación congruente con un arreglo de ciudadanos libres e iguales”.

La argumentación implica un intercambio de razones sobre las propuestas presentadas. Las partes plantean proposiciones fundadas con objeto de mostrar su legitimidad y obtener el mayor apoyo posible mientras los demás tienen la oportunidad de conocerlas, considerarlas y responder también de modo justificado; se crea así una situación de contraste entre posiciones argumentativas rivales. A cualquiera se le puede pedir razones de lo que diga o que justifique la corrección de las normas a las que apela. El compromiso de cada uno es con las razones que fundamentan sus

¹⁹¹ Al respecto, véase Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 157, p. 81.

¹⁹² Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 554 y 555.

¹⁹³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 144, p. 137.

¹⁹⁴ Aarnio, Aulis, “Democracia y discurso racional”, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, trad. de P. Larrañaga, México, Fontamara, 1995, p. 73.

¹⁹⁵ Citando a Cohen así lo entiende Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 381.

propuestas,¹⁹⁶ y, por lo mismo, no hay restricciones a la facultad de argumentar, todos tienen presunción de veracidad y no existen discusiones superficiales. Esto muestra que el procedimiento democrático presupone el “uso público de la razón”.

La interacción comunicativa generada en un procedimiento en el que todos los participantes justifican sus propuestas tiende a propiciar el cambio de actitudes políticas, eliminar prejuicios y permitir la creación de consensos motivados de forma argumentativa mediante la moderación de las preferencias. Dichos consensos se obtienen mediante la fuerza de los mejores argumentos, por lo que la generación de derecho legítimo depende del tratamiento presuntivamente racional de los problemas colectivos.¹⁹⁷ Las decisiones tomadas no sólo deben contar con la aprobación de los interesados, sino tienen que estar racionalmente motivadas y ser universalizables y justas. Ésta es, como dice Habermas, la única forma de coacción que es legítimo ejercer dentro del procedimiento y conduce, como enseña Nino:

A una profunda moralización de la política, haciendo que el choque crudo de intereses sea atenuado por las necesidades de ofrecer justificaciones morales de posiciones que pueden favorecer tales o cuales intereses; aunque tales justificaciones sean sólo “racionalizaciones”, la necesidad de formularlas constituye una limitación importante a la persecución del autointerés.

La necesidad de justificar ante los demás, en un debate público, las propuestas que se formulan restringe los planteamientos que pueden hacerse en el proceso de discusión.¹⁹⁸ Como escribe Nino, siguiendo a Singer,

el reclamo por una razón es un reclamo por una justificación que sea aceptable para el grupo en conjunto; y para que lo sea, la justificación debe ser desinteresada. Si la presunta justificación toma en cuenta sólo los deseos o intereses del hablante no hay posibilidad de que ella resulte aceptable para los demás, de que sirva de base a un consenso general.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Ovejero Lucas, Félix, “Teorías de la democracia y fundamentaciones de la democracia”, *Doxa*, núm. 19, 1996, p. 340.

¹⁹⁷ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 398.

¹⁹⁸ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 161, p. 206.

¹⁹⁹ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 155, p. 114.

El procedimiento, en consecuencia, excluye las soluciones basadas en la satisfacción de intereses particulares y en la falta de atención de razones alternativas. Los participantes no pueden presentar propuestas que únicamente justifiquen su interés personal o grupal, sino que deben proponer principios generales, públicos y comunes que sean universalmente aceptados por todos aquellos sujetos imparciales, racionales y conscientes de los hechos relevantes.²⁰⁰ Esto exige, dice Cohen, que se ofrezcan justificaciones que otros puedan aceptar, y no simplemente que se incluyan sus intereses en la toma de decisiones.²⁰¹ De esta forma, el debate democrático tiende a girar en torno a principios de moralidad social válidos, no en torno a conveniencias. La legislación deviene algo sensible a los bienes públicos, siendo los valores los que la motivan.²⁰²

Ackerman dice que en el procedimiento democrático existe lo que llama “comedimiento deliberativo”, pues se dejan de lado las cuestiones que dividen y se dialoga sólo sobre metas prácticas y productivas y premisas de valor público. En este sentido, implica un esfuerzo de “represión selectiva”, un “ejercicio de autocontrol” y “sacrificio emocional” y la presencia inevitable de “reglas mordaza”.²⁰³ Todos los participantes deben estar preparados para encontrar, mediante un “esfuerzo deliberativo comedido”, los supuestos normativos que resulten razonables para todas las partes hasta llegar a un “espacio evaluativo común”. La premisa a la que se sujetan los participantes es que se reúnen para resolver los conflictos de la vida social de manera razonable para todos.²⁰⁴

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 399; *id.*, *op. cit.*, nota 150, p. 185, y nota 151, p. 298.

²⁰¹ La base de esto es la existencia de un “trasfondo diferenciado de convicciones conscientes”. Así, este autor señala: “el requisito de dar razones aceptables para el ejercicio del poder político a aquellos que son gobernados por él...expresa la condición de membresía igualitaria de todos en el cuerpo soberano responsable de autorizar el ejercicio del poder”. Cohen, Joshua, *op. cit.*, nota 174, pp. 32 y 33.

²⁰² Sunstein, Cass R., “Constituciones y democracias: epílogo”, en Elster, Jon y Slagstad (comps.), *Constitucionalismo y democracia*, *cit.*, nota 158, pp. 362 y 363.

²⁰³ Holmes, Stephen, “Las reglas mordaza o la política de omisión”, en Elster, Jon y Slagstad (comps.), *Constitucionalismo y democracia*, *cit.*, nota 158, pp. 49 y ss. Recuérdese en este sentido cómo Kelsen, para quien el procedimiento parlamentario tiende a la consecución de transacciones, pensaba que “la transacción consiste en posponer lo que estorba a la unión, a favor de lo que contribuye a ella”. Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, México, Colofón, 1992, p. 86.

²⁰⁴ Ackerman, Bruce, “Por qué dialogar?”, trad. de R. Roque Baldovinos, *Metapolítica*, México, núm. 2, 1998, pp. 216 y 217. Véase la certera crítica de Farrell, Martín Diego, *op. cit.*, nota 182, pp. 11-14. J. Bohman señala con contundencia que “el punto

Esto, sin embargo, no significa que en el debate no se puedan exponer intereses o preferencias personales; al contrario, pueden exponerse siempre que se justifiquen, “ya que ellas son el objeto de referencia de los principios o preferencias impersonales y su ignorancia no justificada es el test de la parcialidad de estas últimas”.²⁰⁵ Como escribe Rawls, los propios intereses no tienen por qué ser inmoralmente egoístas.²⁰⁶ Tampoco significa que exista una restricción excesiva que excluya las cuestiones políticas más significativas para la comunidad, ya que ello “prejuzgaría por lo menos implícitamente el orden del día a favor del trasfondo a que se está habituado por tradición. Si ni siquiera podemos empezar sometiendo a discusión nuestras diferencias de opinión, no podremos *sondear* las posibilidades de un acuerdo alcanzable discursivamente”.²⁰⁷ El procedimiento democrático es una contienda de preferencias impersonales que atenúa la búsqueda del autointerés de las partes involucradas en el conflicto, evitando problemas de acción colectiva. Sólo pueden presentarse argumentos generalizables que abarquen los intereses o perspectivas de todas las partes, motivo por el que, se ha dicho, supone el abandono de perspectivas egocéntricas: “el individuo debe trascender sus propios horizontes de historia personal y forma de vida, a fin de asegurar la imparcialidad de normas y juicios morales”.²⁰⁸

Con lo anterior, se puede asegurar que están excluidos de cualquier decisión, como señala Nino, siguiendo a Elster, la mera declaración de deseos o intereses; la simple descripción de hechos, tradiciones o costumbres; la expresión de proposiciones normativas que no sean generales o universales sino que, por el contrario, se apliquen a casos concretos y particulares; las inconsistencias programáticas obvias, es decir, las incoherencias o contradicciones,²⁰⁹ las propuestas que no tomen en cuenta los intereses de otros individuos, y el enunciado de proposiciones normativas que no sean morales o aceptables desde un punto de vista imparcial.

central de la deliberación política consiste en resolver los problemas sociales y solucionar los conflictos políticos”. Bohman, James, “La democracia deliberativa y sus críticos”, trad. de I. Carvallo Robledo, *Metapolítica*, México, núm. 14, 2000, p. 51.

²⁰⁵ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 151, p. 303.

²⁰⁶ Comentario por Cortina, Adela, *op. cit.*, nota 171, p. 141.

²⁰⁷ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 387.

²⁰⁸ Tuori, Kaarlo, *op. cit.*, nota 153, p. 132.

²⁰⁹ Al principio de coherencia como componente de la racionalidad se refiere con gran claridad Ackerman, Bruce, *La justicia social en el Estado liberal*, trad. de C. Rosenkrantz, Madrid, CEC, 1993, p. 39.

En general, como se observa, quedan excluidas las posiciones autointeresadas. “Todos estos límites contribuyen al progreso de la discusión hacia la aplicabilidad de criterios de imparcialidad, contra individuos paralizados por el autointerés o indiferentes hacia soluciones propuestas”.²¹⁰

El procedimiento democrático es un proceso discursivo, dialógico y racional en el que los participantes deben estar dispuestos a presentar argumentos y a aceptar réplicas; lo que implica que todos están en condiciones de problematizar cualquier afirmación. En un proceso así, además de que todas las partes pueden presentar propuestas, ninguna de ellas considera sus posiciones como definitivas. Todas pueden ser modificadas o mejoradas con otras aportaciones. Como dice Gargarella, en una situación deliberativa se rechaza tomar las preferencias de las personas como dadas, se acepta que sean interactivamente modificadas y, es más, que la posibilidad de tal cambio es deseable en tanto contribuya a una mayor imparcialidad en las decisiones.²¹¹ Esto fuerza a todas las partes a asumir una posición de disposición a revisar, por razones, sus propios juicios e intereses y, en su caso, a reconsiderarlos, generando un diálogo racional y sincero, refrenando la parcialidad.

²¹⁰ Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 151, p. 172; Elster, Jon, *op. cit.*, nota 158, pp. 322-343.

²¹¹ Gargarella, Roberto, “Crisis de representación, deliberación y political correctness”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. XI, 1994, pp. 248 y 249. Son interesantes al respecto las opiniones de B. Manin. Este autor sostiene que una discusión tiene sentido y justificación sólo si los actores pueden cambiar de opinión entre el momento en que comienza el debate y el que termina. Si ese cambio no es posible resulta indiferente que la discusión tenga lugar o no. “La posibilidad del cambio de opinión es una condición necesaria de la discusión deliberativa (aún si no es condición suficiente)”. “Metamorfosis de la representación”, trad. de M. R. Dos Santos, en Dos Santos, M. R. (coord.), *¿Qué queda de la representación política?*, Argentina, Clacso, Editorial Nueva Sociedad, 1992, p. 22. En otro lugar señala que una discusión puede producir un acuerdo final entre los participantes con opiniones divergentes sólo si son proclives a cambiar sus opiniones durante la discusión. Es más, Manin entiende por discusión un tipo de comunicación en que al menos una de las partes: a) trata de producir un cambio en la posición de la otra parte, y b) lo realiza empleando propuestas impersonales o relacionadas con el futuro a largo plazo. La primera característica denota el elemento de la persuasión que ha de incluir la discusión política para generar consensos; la segunda corresponde a la dimensión racional y argumentativa de la discusión. *Los principios del gobierno representativo*, trad. de F. Vallespín, Madrid, Alianza, 1998, pp. 243-252. Según Lefort, hay dos requisitos para que realmente opere una modificación de los puntos de vista: la libre expresión de las opiniones y la circulación de la información. Lefort, Claude, “La representación no agota la democracia”, en Dos Santos, M. R. (coord.), *¿Qué queda de la representación política?*, cit., *ibidem*, p. 139.

El proceso legislativo está configurado para propiciar un diálogo social abierto, libre, ilimitado, informado, racional, equitativo, exento de coacciones, ampliamente participativo, basado en la fuerza de la argumentación y orientado hacia el entendimiento mutuo. De esta manera permite conformar una verdadera asociación de ciudadanos, construir el interés común y desechar cualquier unión producto de la estrategia o agregación de intereses. La fuerza del mejor argumento tiende a salir victorioso dentro del procedimiento discursivo. Ésta es la única forma en que es posible la conformación del interés común.

Hay otro elemento que explica la superioridad del procedimiento democrático como método de toma de decisiones: las influencias que recibe no se restringen al ámbito parlamentario. La formación de la opinión y la voluntad en las legislaturas se complementa con la opinión informal que surge en los diversos espacios públicos abiertos a todos los ciudadanos,²¹² dándose acceso al núcleo del sistema político, a las propuestas provenientes de la sociedad civil. Existe una estrecha relación entre las deliberaciones reguladas por procedimientos democráticos y los procesos informales de formación de la opinión en el espacio público político.²¹³ Los discursos efectuados representativamente sólo pueden satisfacer la condición de una participación de todos los miembros por igual, si permanecen permeables, sensibles y abiertos a incitaciones, temas, intervenciones, informaciones y razones de la propia sociedad.²¹⁴ En otras palabras, hay una interacción de las deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente, una conexión interna entre la política organizada y la opinión popular, entre la formación institucionalizada de la voluntad política que conduce a la toma de decisiones y el entorno que constituyen los procesos informales no institucionalizados de formación de la opinión, ya que

Una práctica de la autodeterminación de corte deliberativo sólo puede desarrollarse en un juego de interacciones entre la formación de la voluntad en los organismos parlamentarios, programada para la toma de decisiones e institucionalizada en términos de derecho procedimental, por un lado, y la formación política de la opinión en circuitos informales de comunicación política, por otro.²¹⁵

²¹² Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 239.

²¹³ *Ibidem*, p. 384.

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 251 y 252.

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 348 y 349.

Por tanto, el ámbito público de comunicación intersubjetiva no se reduce al ámbito parlamentario. Para que la noción de espacio público opere como concepto normativo, la calidad racional del proceso de producción legislativa no sólo dependerá del trabajo dentro del Parlamento,

también del nivel de participación y del nivel de formación de los participantes, del grado de información y de la claridad y nitidez con que en el seno de la opinión pública quedan articuladas las cuestiones de que se trate, en una palabra: del carácter discursivo de la formación no institucionalizada de la opinión en el espacio público político.²¹⁶

De esta forma, y siguiendo a Habermas, se constata que la soberanía se expresa en las interacciones que se producen entre la formación institucional de la voluntad organizada en términos de Estado de derecho y los espacios públicos políticos culturalmente movilizados. Es una soberanía comunicativamente realizada que brota de los espacios públicos autónomos, pero que toma forma en las resoluciones de las instituciones democráticamente organizadas de formación de la opinión y la voluntad.²¹⁷ “La soberanía popular surge de las interacciones entre la formación de la voluntad común, institucionalizadas con técnicas propias del Estado de derecho, y los espacios públicos movilizados culturalmente, que por su parte hallan una base en las asociaciones de una sociedad civil alejada por igual del Estado como de la economía”.²¹⁸

Todo esto significa que la formación intraparlamentaria de la voluntad sólo constituye un pequeño segmento de la vida pública; ésta abarca también su contexto cultural y base social. A través de este proceso complementario se logra, o trata de lograr, un diálogo continuo, la homogeneización entre las instituciones políticas y la sociedad civil,²¹⁹ y un poder político legítimo. Como el marco institucional del proceso de comunicación dentro del Estado está determinado por los órganos parlamentarios y las redes informales de la esfera pública, este amplio espacio público po-

²¹⁶ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 561.

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 610-612. Claude Lefort señala: “todo lo que hay de fecundo en las iniciativas colectivas, en las iniciativas comunitarias, en los movimientos a veces salvajes que reaniman la exigencia de una participación activa en la vida pública, todo esto adquiere sentido sólo si se articula con la existencia de la representación política”. Lefort, Claude, *op. cit.*, nota 211, p. 143.

²¹⁸ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 218, p. 245.

²¹⁹ Díaz, Elías, *op. cit.*, nota 141, p. 55.

lítico somete a todas las instancias políticas a una “más fuerte coerción legitimatoria”, a una mayor necesidad de dar justificaciones. La expectativa normativa de resultados racionales dentro del procedimiento democrático también se funda en la interacción entre la formación institucionalmente organizada de la voluntad política y las corrientes de comunicación espontáneas de un espacio público no distorsionado por relaciones de poder ni programado para la toma de decisiones, y en ese sentido no organizado. Como dice Habermas, los procedimientos democráticos estatuidos en términos de Estado de derecho “permiten esperar resultados racionales en la medida en que la formación de la opinión dentro de las instancias parlamentarias permanezcan sensibles a los resultados de una formación informal de la opinión en el entorno de esas instancias, formación que no puede brotar sino de espacios públicos autónomos”.²²⁰

Esta concepción, como se observa, extiende el espacio de lo público, reactiva a la sociedad civil considerándola un poder que influye legítimamente fijando límites o dando orientaciones en la esfera de acción del legislador y evita la dependencia de las instituciones respecto a formas de poder no democráticas.²²¹ Partiendo de un esquema similar, Kaarlo Tuori ha diseñado la organización del Estado moderno como un sistema conformado por tres círculos: en el círculo interno se encuentra el Estado como institución burocráticamente organizada; en el círculo externo se hallan los ciudadanos unidos por el poder centralizado del Estado, y en el círculo intermedio está comprendida la sociedad civil. Este círculo intermedio lleva a cabo la mediación entre las esferas de los otros dos círculos.²²² Asimismo, Peruzzotti señala, llevando la importancia de la sociedad civil al plano de los conceptos, pero de forma muy relacionada con la hasta aquí aceptada, que el constitucionalismo está conformado por un complejo institucional tripartito compuesto de un Estado de derecho, un sistema jurídico racional y una moderna sociedad civil: ninguno de estos elementos, dice, es autoestabilizante, sino que dependen uno del otro para su institucionalización y continua reproducción.²²³

En virtud de todo lo anterior, podemos decir que el derecho cobra sentido y legitimidad por el procedimiento mediante el que es generado.

²²⁰ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 614.

²²¹ Bohman, James, *op. cit.*, nota 204, p. 50.

²²² Tuori, Kaarlo, *op. cit.*, nota 153, pp. 148-150.

²²³ Peruzzotti, Enrique, “Constitucionalismo, populismo y sociedad civil. Lecciones del caso argentino”, *Revista Mexicana de Sociología*, México, núm. 4, 1999, pp. 149 y 150.

Sólo es derecho legítimo aquél “racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes”.²²⁴ En otras palabras, el derecho racionalmente aceptado por todos por haber sido creado mediante un proceso de formación discursiva se considera legítimamente establecido. Las características del procedimiento están, en consecuencia, estrechamente conectadas con su producto, que, dice Habermas, es el resultado racionalmente motivado, aunque *falible*, de una discusión acerca de lo que es correcto, *provisionalmente cerrado* por imponerlo así la necesidad institucional de decidir, y *condicionado* al cambio de circunstancias por lo que en principio puede retomarse.²²⁵

Es falible, provisionalmente cerrado y condicionado porque queda abierto a nuevas y posteriores informaciones y razones. Las discusiones pueden proseguir en cualquier momento, ya que la decisión sólo representa la interrupción de un debate continuo, que no refleja sino el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión.

A causa de su conexión interna con una práctica deliberativa la regla de la mayoría funda la presunción de que la opinión mayoritaria, falible, puede servir como base racional de una praxis común hasta nuevo aviso, es decir, hasta que la minoría haya convencido a la mayoría de la corrección de sus (de la minoría) concepciones.²²⁶

Se pueden reabrir los debates, revisar en el futuro las decisiones alcanzadas y continuar defendiendo la posición sostenida por la minoría suponiendo, como quería Kelsen, que éstas no están nunca completamente equivocadas y que el valor epistémico de la decisión tomada mediante el procedimiento democrático a través de una decisión por mayoría no se basa en el hecho de ser más imparcial o más correcta que la posición de la minoría, sino en “que es probablemente más imparcial y por consiguiente más correcta que la decisión que hubiera tomado un individuo o una minoría fuera del proceso democrático”.²²⁷

El procedimiento democrático presupone también la regulación imparcial de las condiciones de convivencia. Implica el esfuerzo de obtener

²²⁴ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 202.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 247 y 248; *id.*, “La soberanía popular como procedimiento”, *cit.*, p. 601.

²²⁶ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 382.

²²⁷ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 155, p. 396.

la convergencia de acciones y actitudes hacia ciertas directrices políticas. Esto es así porque, como señala Nino: “la aceptación compartida de principios para guiar la conducta se obtiene como consecuencia de una búsqueda cooperativa de la verdad”.²²⁸ El proceso democrático es, por consiguiente, una vía para reforzar la cooperación entre individuos, ya que considera a la sociedad, precisamente, como un “sistema de cooperación” entre personas libres e iguales unidas por lazos solidarios. Como escribe Rawls, el procedimiento político establecido en la Constitución se fundamenta en la idea de cooperación social.²²⁹ La participación de un gran número de personas y la obligación de tomar en cuenta las opiniones e intereses de todos conduce a la formación de intereses compartidos. La democracia, por consiguiente, obliga a pensar y actuar en común²³⁰ y genera un ámbito en el que tienden a dominar sus propias cualidades. Estas características básicas del procedimiento tienen un objetivo adicional y derivado: la integración política de la sociedad. Debido a que institucionaliza discursos racionales y procesos ampliamente participativos, es el único mecanismo efectivo dentro del sistema constitucional con el que el derecho puede cumplir su función de integración social.²³¹

Por otro lado, la justificación epistémica de la democracia otorga respuestas a la cuestión referida a la naturaleza obligatoria del derecho; provee, por las condiciones en que se desarrolla, de motivos racionales de obediencia al derecho, ya que cuando las leyes expresan realmente los intereses de los afectados por ellas y se ha llegado a su formulación tras de una deliberación mantenida en pie de igualdad, es moralmente obligatorio obedecerlas.²³² Como escribe Calsamiglia, entender el derecho como un producto racional organiza el consenso sobre la necesidad de su obediencia. Los ciudadanos son destinatarios, pero también autores del derecho establecido, y esta “actitud realizativa” orienta el cumplimiento de las normas jurídicas no por coacción, sino por convicción, no por-

²²⁸ *Ibidem*, p. 390.

²²⁹ Rawls, John, *Sobre las libertades*, trad. de J. Vigil Rubio, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 86 y 87.

²³⁰ Barber, Benjamín, “Democracia fuerte. Un marco conceptual: política de la participación”, trad. de J. A. Gabriel Pérez, en Águila, R. del *et al.*, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza, 1998, p. 292.

²³¹ Habermas, Jürgen, “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas”, *Ensayos políticos*, trad. de R. García Cotarelo, Barcelona, Península, 1988, pp. 129-134.

²³² Cortina, Adela, *op. cit.*, nota 171, pp. 136 y 137.

que sean coactivas sino porque son legítimas.²³³ Esta concepción permite comprender el carácter constitutivo que tienen los principios de autonomía política y autolegislación jurídica en los procesos de legitimación democrática de una sociedad.²³⁴ Es a través de este procedimiento de producción de leyes como se puede alcanzar la autonomía de los individuos y el autogobierno de la comunidad,²³⁵ ya que su diseño responde a la necesidad de lograr su más intensa participación activa en los procesos de creación normativas dando margen para que tanto los individuos como la sociedad se sientan autores de las normas a las que se sujetan, desarrollando, además, su sentido de responsabilidad social.²³⁶ La democracia, como dice Dahl, expande al máximo la oportunidad de cada persona de vivir bajo el imperio de la ley que ella misma elija, maximiza y garantiza la libertad de autodeterminación y el autogobierno de la sociedad, expresando “la voluntad unida del pueblo”. Así se consigue el autogobierno de los ciudadanos apareciendo el Parlamento como una institución cuyos procedimientos están delineados para ello poniéndose en práctica, dice Barber, “mediante instituciones diseñadas para facilitar una continua participación cívica en la fijación de la agenda, la deliberación, la legislación y la ejecución de las políticas”.²³⁷

El procedimiento democrático es el mejor medio por el que una determinada materia puede ser regulada en interés de todos; es un instrumento de realización de normas, valores y principios; en suma, de la libertad dentro de una comunidad política.²³⁸ Su valor “reside en su capacidad para poder decidir asuntos morales” de manera informada y razonada, y, precisamente por ello, es el espacio idóneo para conseguir la protección y ejercicio de los derechos y libertades y la realización fáctica

²³³ Habermas, Jürgen, “Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos”, *La constelación posnacional*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 149; también nota 11, p. 187, y nota 151, p. 251.

²³⁴ Cortés Rodas, Francisco, “Liberalismo y democracia deliberativa. Consideraciones sobre la fundamentación de la libertad y la igualdad”, *Metapolítica*, México, núm. 6, 1998, p. 269.

²³⁵ García Amado, Juan A., *op. cit.*, nota 146, p. 253.

²³⁶ Guisán, Esperanza, “Los límites éticos de la democracia”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1994, pp. 70 y 71.

²³⁷ Barber, Benjamín, *op. cit.*, nota 230, p. 290; Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, trad. de L. Wolfson, Barcelona, Paidós, 1992, p. 113.

²³⁸ Así lo concibe Torre, Massimo la, “Discutiendo de democracia. Representación política y derechos fundamentales”, trad. de J. Ansuátegui Roig, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 3, 1994, p. 232.

y jurídica de la igualdad básica entre todos los ciudadanos.²³⁹ La voluntad general se forma mediante el análisis, la réplica, el debate, la crítica, la justificación razonada de las opiniones y la revisión de las preferencias; y todas éstas son pautas para medir la realización del sistema de derechos.²⁴⁰ El procedimiento democrático permite, asimismo, la formación de una concepción y un criterio de la justicia propiciada y surgida a través del debate y la decisión y, por tanto, suscrita por todos los potenciales afectados. De esta forma, se puede decir que una decisión es injusta o insuficientemente democrática por haber sido adoptada sin la participación equitativa de todos los afectados o de aquellos que hayan podido defender equitativamente sus intereses.²⁴¹ En palabras de Bouzat, la legitimidad de una decisión mayoritaria depende “del grado de amplitud, libertad y participación que alcance el debate público que precede a la decisión, de la forma en que los valores de la autonomía y la imparcialidad presupuestos en el procedimiento democrático sean respetados por la decisión en cuestión”.²⁴²

Por todas estas razones, por la forma en que se desarrolla el procedimiento democrático, porque la decisión a que se llega debe cumplir requisitos semejantes a los que debe satisfacer una proposición para ser considerada moralmente verdadera, por el hecho de que el procedimiento constituye a la sociedad en una comunidad de ciudadanos en donde éstos se sienten autores racionales de las normas, el juez debe diferir su juicio al del legislador democrático, que es quien identifica con mayor precisión el contenido y alcance de las normas constitucionales. Y esta presunción de validez será más fuerte “en la medida en que más gente, con intereses e idiosincrasias contrapuestas, participen en la discusión y decisión, en que esa discusión sea lo más libre posible, en que la argumentación haya tenido un alto grado de racionalidad, en que se haya contado con la mayor información posible”, y cuando más ciudadanos concurren a la misma conclusión en comparación con la que apoya conclusiones alternativas.²⁴³

²³⁹ Díaz, Elías, *op. cit.*, nota 141, pp. 21 y 22.

²⁴⁰ Ovejero Lucas, Félix, *op. cit.*, nota 196, p. 339; Habermas, J., *op. cit.*, nota 11, p. 379.

²⁴¹ Saavedra, Modesto, *op. cit.*, nota 143, p. 101.

²⁴² Bouzat, Gabriel, “La argumentación jurídica en el control constitucional”, *REDC*, núm. 53, Madrid, 1998, p. 280.

²⁴³ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 177, p. 131; Tuori, Kaarlo, “Cuatro modelos de Estado de derecho”, *Positivismo crítico y derecho moderno, cit.*, nota 153, p. 149.

El procedimiento democrático es superior a cualquier otro procedimiento de toma de decisiones por sus características de participación colectiva, deliberación pública y vigencia del principio de mayoría, que están relacionados con los principios de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes. Es el único espacio en el que se pueden realizar las tres condiciones básicas de un sistema democrático: la igualdad política, la no tiranía y la deliberación, que exigen que todas las voces sean escuchadas, se sostengan las pretensiones morales y los intereses de todos los grupos, se otorgue sentido y legitimidad a los resultados del procedimiento y tengan la suficiente autoridad política para imponerse.²⁴⁴ Ningún otro procedimiento de toma de decisiones dentro del Estado democrático posee estas características y, por tanto, ningún otro se aproxima a tener resultados con ese grado de imparcialidad, confiabilidad y racionalidad.²⁴⁵

El proceso judicial, como señala Saavedra, aunque posea, como se sabe, importantes márgenes de participación²⁴⁶ y algunos rasgos propios de una estructura intersubjetiva de diálogo y argumentación o “incentivos para la deliberación”, no tiene las características que posee el proceso democrático. En aquél no puede darse una estructura democrática de participación caracterizada por la libertad e igualdad de aquellos que la integran, debido a que una sola persona se sobrepone al conjunto de los participantes por la imposibilidad de una reconciliación igualitaria y no coactiva de los intereses de las partes. El juez tiene autoridad sobre todos los participantes dentro del proceso, y esta posición de primacía contradice la comunidad ideal de comunicación que caracteriza a toda estructura democrática.²⁴⁷ Como señala Nino:

En el proceso judicial la imparcialidad se introduce a través de la calidad de una o varias personas a las que se supone dotadas de la capacidad moral e in-

²⁴⁴ Son las ideas que recorren todo el trabajo de Fishkin, James, *op. cit.*, nota 183, pp. 55 y ss.

²⁴⁵ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 161, p. 207.

²⁴⁶ Cappelletti incluso ha podido decir que el proceso jurisdiccional es el más participativo y, por ello, potencialmente, el más democrático de todos los procesos públicos. Cappelletti, Mauro, “El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, trad. de J. Rodríguez Zapata, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, p. 292.

²⁴⁷ Saavedra, Modesto, “Poder Judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad”, *Interpretación del derecho y crítica jurídica*, México, Fontamara, 1994, p. 98.

telectual que llevan a una equitativa consideración de todos los intereses involucrados cualesquiera que sean sus titulares, capacidades que están reforzadas por la existencia de ciertos mecanismos que vedan que estén involucrados en el conflicto intereses del propio juez.²⁴⁸

La acción judicial, aun si se presenta como dotada de “hábitos de deliberación”, adolece del defecto inherente a su naturaleza: excluir de los procesos a la ciudadanía.²⁴⁹ Los participantes en la discusión están limitados. Sólo las partes, y en ocasiones los expertos en derecho, pueden participar en las discusiones, y no todos los afectados por la norma. La garantía de imparcialidad sólo se aplica a las partes involucradas, ya que la decisión únicamente alcanza a las personas afectadas por la decisión que el juez dicta.²⁵⁰ “En el mejor de los casos, la discusión entre expertos sólo puede ser un discurso advocatorio que se lleva a cabo en nombre de las partes reales, esto es, en nombre de la comunidad jurídica en sentido amplio”.²⁵¹ Una sola persona debe considerar los intereses de todos los involucrados. Como dice Shapiro, en el procedimiento judicial existe siempre, de forma potencial o presente, una crisis o déficit de consenso. Las partes están en una posición asimétrica: una de ellas puede suspender el diálogo y tomar la decisión sin considerar las posiciones de las otras y de acuerdo con sus propios criterios.²⁵² Un tercero “que decide sobre una relación que no es suya” está colocado en una posición superpartes. En el procedimiento democrático, en cambio, y como señala Nino, todos son parte y todos son jueces, y el control se ejerce con mayor facilidad, ya que lo rige la deliberación y discusión pública. Es obvia así nuestra conclusión: un procedimiento en el que una sola de las partes tiene el derecho de decir la última palabra no puede ser equitativo, por lo que no puede de ninguna manera dejarse, si queremos evitar el surgimiento de una suerte de elitismo epistémico, a una persona o a un grupo reducido de personas la decisión de aquellos asuntos que afectan directa y significativamente a la comunidad.

²⁴⁸ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 155, p. 393, y nota 150, p. 170.

²⁴⁹ Sunstein, Cass, R., *op. cit.*, nota 202, p. 354.

²⁵⁰ Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 150, p. 170.

²⁵¹ Tuori, Kaarlo, *op. cit.*, nota 138, p. 63.

²⁵² Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, *cit.*, nota 126, p. 229; *id.*, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 1997, pp. 86-88.