

LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

(A propósito de “*Justicia constitucional, derechos humanos
y argumento contramayoritario*” de Rodolfo Vázquez)

Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS*

...si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa... surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?

Rodolfo VÁZQUEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunas dificultades de la dificultad contramayoritaria*. III. *Los límites de la función jurisdiccional de control de constitucionalidad*. IV. *La elevación del estándar motivatorio de las decisiones judiciales, sobre todo cuando impliquen la expulsión del ordenamiento jurídico de una decisión legislativa o su inaplicación al caso*. V. *El control de reformas a la Constitución inconstitucionales*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Es un gran placer y un extraordinario honor volver a mi casa del ITAM y a *Jurídicas* de la UNAM, esta gran Universidad desde el punto de vista cuantitativo pero también cualitativo, con ocasión de este merecido homenaje a Rodolfo Vázquez. Hace exactamente 25 años pisaba por primera vez México con motivo del “I Seminario Eduardo García Máynez” gracias a la iniciativa de mi hermano Samuel González Ruiz y a la generosidad de Rodolfo y Ernesto Garzón Valdés, *colándome* de manera incomprensible, salvo

* Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.

por razones de amistad, entre Ulises Schmill, Eugenio Bulygin, Robert Alexy, Manuel Atienza y Julia Barragán. Desde aquel momento, además de surgir una entrañable amistad que aún perdura, Rodolfo Vázquez me enseñó, entre otras muchas cosas, a amar México y, como mexicano nacido en Argentina, que los mexicanos nacemos donde queremos. Deseo para comenzar dejar constancia de mi agradecimiento por su amistad, trabajo, hospitalidad, generosidad y otorgar un intenso sentido ético a todo lo que hace.

Desde hace 20 años,¹ y muy intensamente desde 2007,² Rodolfo Vázquez viene reflexionando acerca del control judicial de constitucionalidad como un requisito necesario, pero no suficiente, de un Estado democrático de derecho.³ A su juicio, los derechos civiles y políticos deben ser considerados “precondiciones” del proceso democrático y ese carácter justificaría que

¹ Salvo error por mi parte, el primer trabajo en el que Rodolfo Vázquez inició esta línea investigadora fue: Vázquez, Rodolfo, “Constitucionalidad y procedimiento democrático”, *Theoría*, núm. 3, 1996, pp. 81-91.

² Desde ese año, Rodolfo Vázquez ha publicado diferentes versiones de su posición sobre la relación entre control judicial de constitucionalidad y democracia, la dificultad contramayoritaria y la independencia judicial, sin cambios importantes en su postura desde 1996. Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, pp. 197-230; *id.*, “Justicia constitucional y democracia”, *Nexos*, México, núm. 358, 2007, pp. 33-39; *id.*, “Justicia constitucional y democracia”, en Ferrer-MacGregor, E. y Zaldívar, A. (coords.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, IMDPC-Marcial Pons-UNAM, t. II: *Tribunales constitucionales y democracia*, 2008, pp. 857-870; *id.*, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 249-264; *id.*, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Colombia, Universidad de Externado, 2010, pp. 507-527 (reditado en Madrid, Trotta, 2010); *id.*, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, *El Foro*, México, Barra Mexicana-Colegio de Abogados, t. XXIV, núm. 2, 2011, pp. 363-381; *id.*, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, Fontamara, cap. 3, 2012, pp. 61-87; *id.*, “Justicia constitucional, argumento contramayoritario y derechos humanos”, en Gómez, Rodolfo y Díez, Rodrigo (coords.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 271-291; *id.*, “Justicia constitucional, derechos humanos y democracia”, *Ex Legibus. Revista de Derecho*, núm. 5, 2013, pp. 23-40.

Las referencias a sus ideas y mi análisis principal, salvo que se indique lo contrario, estarán en Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (que citaré como RV y la página o páginas correspondientes).

³ Con sus palabras, “el propósito de este ensayo, es argumentar a favor de la justicia constitucional como condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia de un Estado democrático de derecho. Este último entendido bajo una concepción sustantivista de la democracia por la que el reconocimiento, garantía y promoción de los derechos humanos ocupa un lugar central” (RV, p. 251).

estén protegidos por la justicia constitucional incluso frente al Poder Legislativo.⁴ Casi tomando como excusa su estudio, pero también como punto de partida para continuarlo con algunas consideraciones por él sugeridas, me parece una buena ocasión para reflexionar acerca del papel de los órganos judiciales de control de constitucionalidad en el Estado democrático de derecho y los límites de su función.

Este análisis es especialmente relevante en México, superados ya los 20 años del inicio de la transformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un verdadero tribunal constitucional,⁵ y tras la radical transformación (al menos desde el punto de vista normativo) del modelo de juez mexicano, que ha transitado (o mejor, está transitando) de un fuerte formalismo y una rígida sujeción a la jurisprudencia vinculante, a tener que efectuar un control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, herramientas que dan una dimensión aún mayor a las objeciones democráticas al control judicial de constitucionalidad.⁶

⁴ Aunque su posición la va desgranando paulatinamente y está por ello expresada a lo largo de todo el trabajo, Rodolfo Vázquez la sintetiza así en la conclusión (RV, p. 264):

“A la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva ‘débil’ y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda pre-condición de la democracia, resulta totalmente implausible; si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondition fundamental que es el derecho a no ser discriminado; y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone —con una comprensión adecuada de la independencia judicial— un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella, favorezca, ahora sí, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones”.

⁵ Ese proceso se inicia, como es sabido, con la reforma judicial de 1994 (aunque entró en vigor el 27 de mayo de 1995) que otorgó a la Suprema Corte mexicana competencia en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (artículo 105 de la Constitución), continuado después con la reforma electoral de 1996, creando el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y estableciendo las acciones de inconstitucionalidad en ese ámbito (artículo 96 de la Constitución). Véase Melgar Adalid, Mario, “Hacia un auténtico Tribunal Constitucional”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, 2004, pp. 133 y ss. La importancia y el impacto de la reforma se aprecian observando que durante 80 años, el periodo anterior a la reforma de 1994, se presentaron ante la Corte 50 controversias constitucionales, mientras que de 1995 a 1997 fueron más de cien. *Ibidem*, p. 141, nota 24.

⁶ Sobre las reformas constitucionales y legales que han propiciado un nuevo modelo judicial en México, véase Nieto Castillo, Santiago, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, TEPJF, 2014, pp. 11 y ss.

Por otro lado, la “cultura constitucional” mexicana ha consistido tradicionalmente en acometer la reforma del texto constitucional como única vía para su adaptación a los cambios sociales cuando se detectaba esa necesidad a juicio, sobre todo, del titular del Poder Ejecutivo: poner al día la Constitución ha sido en la historia moderna de México modificar su *texto*.⁷ En otros sistemas jurídicos, por el contrario, tanto con un modelo de control de constitucional americano como europeo, la mayoría de las adaptaciones de la Constitución a las nuevas necesidades sociales se lleva a cabo por medio (del cambio) de la interpretación del órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad: poner al día la Constitución consiste en modificar su *interpretación*. No es fácil alterar esas prácticas constitucionales, pero parece fuera de toda duda que tras la ya aludida reconfiguración de la Suprema Corte como un auténtico tribunal constitucional irá asumiendo de modo paulatino esa función *adaptadora* del texto constitucional, desplazándose el punto de gravedad de la determinación en cada momento de cuál es el contenido de la Constitución hacia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que justificaría aún más la atención hacia el control de constitucionalidad.

Mi trabajo parte de la idea de que el principal problema del control judicial de constitucionalidad en un Estado democrático de derecho no reside tanto (o no sólo) en la denominada “objeción contramayoritaria”, en cuanto el modo como se configuren el órgano de control y los límites a su función. Dicho de otro modo, la objeción adquirirá una fuerza mayor o menor dependiendo de la manera en la que se lleve a cabo el control de constitucionalidad, que dependerá a su vez de la manera en que esté regulado el órgano, su función y sus límites, y de la propia práctica de éste.

Como señala el artículo 39 de la Constitución mexicana, todo poder público (incluido por tanto el Poder Judicial), “dimana del pueblo” de donde obtienen obviamente todos ellos su legitimidad democrática. Ésta es evidente cuando la integración de los poderes es resultado de una *elección* libre,

⁷ Esta es una constante del constitucionalismo mexicano desde 1917. En casi cien años (hasta la mitad de 2015) la Constitución mexicana ha sido objeto de 642 cambios a través de 225 decretos de reforma, pero es un fenómeno que se ha acelerado los últimos 25 años: desde 1982 (es decir, durante un tercio de vida de la Constitución) se han llevado a cabo 429 reformas (es decir, dos tercios del total de las mismas), de las que casi la mitad (200) han sido durante los últimos diez años, bajo las presidencias de Felipe Calderón y de Enrique Peña Nieto. Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Anteproyecto*, México, Cámara de Diputados-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, disponible en: <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/>. Cada artículo ha sido reformado una media de 4.5 veces y sólo 27 no han sido alterados (el 19%). Fuente: Cámara de Diputados.

como pasa con los poderes Legislativo y Ejecutivo (en este último caso, en México pero no en España), pero más problemática en el caso del Judicial cuyos miembros son designados por medio de una *selección* (en principio) técnica. Ello obliga a establecer otros elementos de legitimación del Poder Judicial en general y de los tribunales constitucionales en concreto. Me centraré sobre todo en dos: los límites de la función jurisdiccional, sobre todo de control de constitucionalidad; y la elevación del estándar motivatorio de las decisiones judiciales, en especial cuando impliquen la expulsión del ordenamiento jurídico de una decisión legislativa o su inaplicación al caso, incidiendo en la idea expresada por Rodolfo Vázquez (apoyándose en José Juan Moreso)⁸ de que no todo control de constitucionalidad se ejerce contramayoritariamente.⁹ Previamente comenzaré con algunas reflexiones y matizaciones que a mi juicio requiere la dificultad contramayoritaria, y terminaré con alguna crítica y propuesta en cuanto al control judicial del contenido de las reformas constitucionales.

II. ALGUNAS DIFICULTADES DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

Con su habitual capacidad de síntesis y análisis para, a partir de ellos, formular propuestas originales, Rodolfo Vázquez efectúa una presentación concisa y precisa de las principales posiciones doctrinales en relación en la compatibilidad del control judicial de constitucionalidad con un sistema democrático.¹⁰ Sin pretender realizar en absoluto una *síntesis* de su excelente *síntesis*, me fijaré sobre todo en la ya “clásica” caracterización de la dificultad contramayoritaria de la justicia constitucional realizada hace casi diez años por Víctor Ferreres.¹¹ Desde su punto de vista, el control judicial de

⁸ El fragmento tomado en consideración por Rodolfo Vázquez se encuentra en Moreso, José Juan, “Sobre el alcance del precompromiso”, *Discusiones*, núm. 1, 2000, pp. 103 y 104, aunque la misma idea está expresada ya en su trabajo en la misma revista “Derechos y justicia procesal imperfecta”. *Ibidem*, pp. 15-51.

⁹ RV, p. 260.

¹⁰ RV, pp. 253-260, donde aborda las posiciones de Bickel, Carrió, Ferreres, Dworkin, Garzón Valdés, Ferrajoli, Bayón, Ely, Nino, Alexy y Courtis, con algunas referencias más puntuales a Gargarella, Moreso, Ackerman y Laporta.

¹¹ Me atrevo a calificarla de “clásica”, ya que no sólo Rodolfo Vázquez la emplea en su trabajo (RV, p. 253), sino que es analizada también en algunos otros trabajos de referencia en la materia como los de Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, pp. 6 y 7, disponible en: http://www.uyf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf (consultada el 27 de junio de 2016); Moreso, José Juan, “Sobre el alcance del precompromiso”, *cit.*, p. 103.

constitucionalidad se convertiría en un mecanismo contramayoritario por la confluencia de tres factores: los tribunales constitucionales poseen una menor legitimidad democrática de origen que el Parlamento cuyos miembros son elegidos por sufragio universal, la rigidez constitucional que dificulta responder a la declaración de inconstitucionalidad con una reforma constitucional, y la abstracción con la que suelen estar redactadas las disposiciones constitucionales y las controversias de significado asociadas a aquélla.

En mi opinión los rasgos señalados por Ferreres reflejan bien, con carácter general, la llamada dificultad contramayoritaria pero pueden ser matizados o completados hasta llegar a conclusiones que tal vez justifiquen una consideración diferente de la admisibilidad democrática del control judicial de constitucionalidad. Veamos.

El primer factor está relacionado con la menor legitimidad democrática de los jueces constitucionales que la del Parlamento, algo completamente cierto siempre que los integrantes del tribunal constitucional no sean elegidos por sufragio universal.¹² Sin embargo, el peso de esta objeción, en primer lugar, va a estar muy conectado con el procedimiento de designación de los magistrados, ya que si son elegidos por una cámara parlamentaria (o por ambas) su legitimidad democrática será menor que la de éstas (aunque similar a la del presidente del gobierno en España, que es elegido por el Congreso de los Diputados), pero mayor que la de magistrados designados por el Poder Ejecutivo, sobre todo cuando éste es elegido por el Parlamento o por cooptación del propio tribunal constitucional, puesto que gozarían de una legitimidad de segundo o incluso de tercer grado. En segundo lugar, es preciso advertir que esa menor legitimidad democrática va a acompañada

¹² Como sucede en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia para los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental, del Consejo de la Magistratura y del Tribunal Constitucional Plurinacional:

Artículo 182: “I. Las magistradas y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal”.

Artículo 188: “I. Las magistradas y los magistrados del Tribunal Agroambiental serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismos y formalidades para los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

Artículo 194: “I. Los miembros del Consejo de la Magistratura se elegirán mediante sufragio universal de entre las candidatas y los candidatos propuestos por la Asamblea Legislativa Plurinacional. La organización y ejecución del proceso electoral estará a cargo del Órgano Electoral Plurinacional”.

Artículo 198: “Las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

habitualmente de un poder más limitado que el de los órganos legislativos,¹³ ya que el tribunal constitucional no elige los asuntos de los que desea ocuparse sino que depende de que le sean planteados por órganos, la mayoría de las veces, legitimados democráticamente por su elección directa por parte de los ciudadanos.¹⁴

Otro límite para el tribunal constitucional derivado también de su menor legitimidad democrática, y con ello entramos en el segundo factor señalado por Ferreres, es que, conforme a los diseños constitucionales, los poderes legislativos tienen siempre la última palabra al reaccionar frente a una declaración de inconstitucionalidad cambiando la Constitución, es decir el único parámetro que (tal vez junto con la controvertida cuestión de los tratados internacionales sobre derechos humanos)¹⁵ puede emplear el tribunal para su control. Es cierto, desde luego, que la rigidez constitucional puede hacer políticamente muy complicado alcanzar el consenso necesario para acometer la reforma y salvar así la regulación sometida a control de constitucionalidad, pero eso dependerá de lo complejo que sea el procedimiento de reforma de la Constitución, de las mayorías requeridas, de la relación

¹³ Por esa razón no hay riesgo, a juicio de Rodolfo Vázquez (RV, p. 264), de que el tribunal constitucional asuma funciones de legislador, ya que no tiene facultades “iniciativas” sino únicamente “controladoras”.

¹⁴ Por ejemplo, en México el artículo 105.II de la Constitución señala como competentes para la presentación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación las acciones de inconstitucionalidad (con diferentes limitaciones en cada caso), entre otros, equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, al 33% de los integrantes del Senado, el Ejecutivo Federal, al 33% de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, al 33% de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, los partidos políticos o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Por su parte, el artículo 162 de la Constitución española establece como legitimados para presentar recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional el presidente del gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

¹⁵ Sobre la reforma constitucional en materia de derechos humanos me he ocupado en Ezquiaga Ganuzas, F. Javier, “La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales. El nuevo artículo 1o. de la Constitución mexicana”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 32, 2011, pp. 187-206; *id.*, “Qué hacer con el artículo primero constitucional. La interpretación de los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales”, en Reyes, Joel y Castillo, Iván (coords.), *5 años de Jornadas Académicas en Michoacán. Una visión jurídica de actualidad*, Morelia, TEEM, 2014, pp. 18-47; *id.*, “Control de convencionalidad sin control de constitucionalidad. Comentario a la sentencia SUP-JDC-695/2007”, en Luna Ramos, José Alejandro y Carrasco Daza, Constanancio (coords.), *Declaración de Oaxaca. Sentencias relevantes en materia de control de convencionalidad*, México, TEJF, 2015, pp. 121-126; *id.*, *Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Potencialidad y límites del artículo primero de la Constitución mexicana*, México, TEJF, 2017 (en prensa).

de fuerzas en los órganos legislativos competentes e, incluso, de la cultura constitucional: la rigidez constitucional es un buen argumento para España, pero no, por ejemplo, para México. Además, el hecho de que no se alcance la mayoría política necesaria para el cambio constitucional puede significar que una parte significativa (a veces será incluso la mayoría) coincide con el sentido de lo decidido por el órgano judicial de control de la constitucionalidad, por lo que dejaría de ser un elemento relevante para justificar la dificultad contramayoritaria.

El tercer factor indicado por Víctor Ferreres es el amplio grado de abstracción que con mucha frecuencia poseen las disposiciones constitucionales, lo que ocasionaría la posibilidad de amplias controversias sobre el significado de las mismas, incrementando así el peligro de que el tribunal constitucional sustituya la voluntad de los órganos legislativos elegidos por los ciudadanos por la propia.¹⁶ Es importante tener en cuenta al respecto, que las controversias en cuanto al contenido, límites y protección de los derechos, la mayoría de las veces es de origen, es decir, que se suscita en el propio órgano constituyente, resolviéndose para alcanzar el consenso necesario para su aprobación por medio de un acuerdo lingüístico que no zanja muchas a menudo las diferentes posturas en presencia. En esos casos no hay una, sino varias voluntades del Constituyente, dejándose tácitamente en manos del tribunal constitucional decidir el contenido y los límites de los derechos y cómo se solucionan los frecuentes conflictos entre ellos. En definitiva, se deja en manos del tribunal constitucional decidir lo que no ha sido posible resolver en el ámbito político.

III. LOS LÍMITES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Una opinión tenida en cuenta por Rodolfo Vázquez, al menos parcialmente, para construir su posición sobre la cuestión que está siendo analizada es la de John Ely, quien otorga a los jueces el papel de controladores del procedimiento democrático vigilando la participación de los afectados, la libertad para expresarse, la igualdad de condiciones de los participantes o la justificación de las propuestas.¹⁷ Aunque Rodolfo Vázquez critica

¹⁶ En un sentido similar, aunque en otro contexto, Rodolfo Vázquez (RV, p. 261) advierte del “carácter controvertible de los derechos que deberíamos considerar ‘precondiciones de la democracia’, su alcance y cómo deberían resolverse los conflictos entre los mismos”.

¹⁷ RV, p. 257. La obra fundamental para esta cuestión es Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980 (que es por donde cita

esta concepción meramente “procedimental” de la democracia, mostrándose más favorable a una concepción “sustantiva”, rescata y se apoya en la parte más material de la teoría de Ely: la referente a que quede protegido y garantizado el derecho a no ser discriminado:¹⁸

El principio de no discriminación, el derecho a no ser discriminado, es una precondition de la democracia, y no parece ser nada controvertible la incorrección que se sigue de excluir a una persona, por ejemplo, por aquellas características raciales o sexuales en cuya posesión no ha mediado acto intencional alguno. La democracia, entonces, descansa sobre una precondition que es necesario asegurar frente a los posibles embates de la mayoría o de una minoría poderosa. Creo que aceptar esta precondition no compromete aún con una concepción sustantiva “fuerte” de la democracia.

En coherencia con esa posición, cuando Rodolfo Vázquez formula su conclusión a favor de un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces en la custodia de los derechos como preconditiones del proceso democrático, señala que “los derechos de participación política suponen una precondition fundamental que es el derecho a no ser discriminado” y que “tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático”.¹⁹

Frente a la posición de Rodolfo Vázquez, y siguiendo parcialmente en este aspecto a Ely, considero que la realidad, no sólo de la práctica seguida por todos los tribunales constitucionales tanto del modelo anglosajón como europeo, sino también de la regulación de las competencias de los órganos de control de constitucional en las Constituciones contemporáneas, está muy alejada de esa propuesta. Habitualmente la competencia que se otorga a los tribunales constitucionales es para la defensa de *toda* la Constitución (si bien con diferente grado de intensidad) y no únicamente para la protección de las condiciones o derechos de los procesos democráticos.²⁰ Independientemente de la dificultad, tanto para el Constituyente como para los jueces, advertida por Rodolfo Vázquez, que implica llegar a un acuerdo acerca de

Rodolfo Vázquez, aunque hay disponible una traducción al español: Ely, John, *Democracia y desconfianza: una teoría del control judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001.

¹⁸ *Ibidem*, p. 258.

¹⁹ *Ibidem*, p. 264.

²⁰ Para una presentación sistemática de los diferentes tipos de conflictos que pueden resolver los órganos judiciales de control de constitucionalidad, véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

cuáles serían esos derechos considerados precondiciones democráticas,²¹ el éxito de esta propuesta dependería de un acuerdo acerca de los límites del control judicial de constitucionalidad y, en general, de las competencias de los tribunales constitucionales, de la configuración del órgano. Límites que, como indicaré más adelante, serían tanto competenciales como referentes al contenido posible de la decisión, es decir marcando lo que cabe en la Constitución y no tanto decidiendo *el* (único y vinculante) significado de las disposiciones constitucionales.

Desde mi punto de vista, el control judicial de constitucionalidad es una consecuencia del concepto liberal de la Constitución como norma, hasta el punto de que, si bien podemos encontrar algunas excepciones, proclamar el carácter normativo de aquéllas sin que el mismo vaya acompañado de un instrumento judicial de control le quita cualquier eficacia real. Implicaría el regreso a lo que Maurizio Fioravanti denomina el “*stato di diritto della tradizione*”, en el que los jueces:

deben aplicar la ley de modo rápido, seguro y uniforme, ya que en la ley hay mucho más que la regulación de un caso concreto. En ella está contenido también, incluso antes que cualquier otra cosa, el principio de unidad política, de tal modo que la infidelidad a la ley, o la puesta en cuestión de su validez —por ejemplo por medio del control de constitucionalidad— constituye una lesión de aquel principio. Por el contrario, a los jueces no les interesa la Constitución.²²

Siguiendo en este punto a Guastini,²³ el ordenamiento jurídico liberal propio de este concepto normativo de Constitución se caracteriza por un poder político limitado por normas jurídicas y por la protección de la libertad de los ciudadanos,²⁴ siendo dos las técnicas principales para lograr esa limitación del poder: por medio de una regulación del órgano que fije los límites dentro de los cuales éste debe efectuar su control, y creando contrapoderes, como los tribunales constitucionales, para controlar el cumplimiento

²¹ RV, p. 261.

²² Fioravanti, Maurizio, “Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione”, *Quaderni costituzionali*, 1/2016, p. 13.

²³ Guastini, Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 143 y ss.

²⁴ Ese concepto de Constitución sería precisamente el que está presente en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. *Ibidem*, p. 150.

por parte de los legisladores de las normas constitucionales.²⁵ Obviamente, ambos elementos se encuentran estrechamente conectados, ya que someter el ejercicio del poder a normas jurídicas constitucionales de nada vale si se confía en el autocontrol de las cámaras legislativas y no se establecen órganos externos (por ejemplo jurisdiccionales) que controlen su cumplimiento.

Por último, me parece importante resaltar que cuando se considera que adoptar mecanismos judiciales de control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias “supone un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional”,²⁶ se está tomando en cuenta una idea idealizada o, incluso, mitificada de un legislador personificado, racional y dotado de voluntad e intención que está muy lejos de las personas concretas que integran los órganos legislativos, la mayoría de las veces colegiados.²⁷ Por eso, cuando se objeta frente al control judicial de constitucionalidad que los jueces no deben intervenir en el control de las decisiones legislativas de legisladores posteriores a la fijación del texto constitucional (o incluso sustituirlas)²⁸ se está partiendo de la idea de que, tanto el legislador constituyente, como el legislador posterior constituido, están dotados de *una única*

²⁵ Véase Troper, Michel, “La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución”, *Doxa*, núm. 22, 1999, p. 345.

²⁶ RV, p. 257.

²⁷ Acerca del postulado de racionalidad del legislador, presente no sólo en el problema que estamos analizando sino también en muchos otros aspectos de la aplicación judicial del derecho, véase Ost, François, “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, en Ost, François y Van de Kerchove, M., *L’interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruselas, FUSL, 1978, pp. 172 y ss.; Lenoble, Jacques y Ost, François *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruselas, FUSL, 1980, pp. 180 y ss.; Ziembinski, Zbigniew, “La notion de rationalité du législateur”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1978, pp. 180 y ss.; Nowak, Leszek, “De la rationalité du législateur comme élément de l’interprétation juridique”, *Logique et Analyse*, 1969, pp. 83 y ss.; Bobbio, Norberto, “Le bon législateur”, en Hubien, H. (ed.), *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de philosophie du droit*, Bruselas, Bruylant, 1971, pp. 243 y ss.; Wróblewski, Jerzy, “A Model of Rational Law-Making”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1979, pp. 41 y ss.; Igartua Salaverriá, Juan, “El postulado del legislador racional (entre método-logía y mitología)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 28, 1990, pp. 114 y ss.; Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía*, núm. 1, 1994, pp. 69 y ss.

²⁸ RV, p. 254: “si se parte de la idea de que el juez sólo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y éstos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa —ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica— surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?”.

voluntad que, por un lado, refleja la voluntad de (todos) los ciudadanos que los han elegido y, por otro, que queda reflejada en su producto normativo. Ello justificaría que el nuevo legislador deba sentirse “libre” de ataduras y no condicionado por decisiones normativas de un legislador anterior que serían las empleadas por el tribunal constitucional como parámetro para medir su conformidad con la Constitución.

Me parece, no sólo que en las cámaras legislativas hay integrantes que participan en las votaciones y otros que no, que han votado minoritariamente en contra del texto aprobado, que conocen el texto que se está sometiendo a votación o que simplemente siguen consignas del jefe del grupo o fracción parlamentaria, sino que, además, las intenciones por las que es apoyada una determinada regulación pueden ser plurales o, incluso, que la redacción sea fruto de un compromiso político para lograr la mayoría necesaria para su aprobación y que el acuerdo se haya logrado sólo sobre el texto pero no sobre lo que significa. En muchos de estos casos la “voluntad del legislador” es plural o simplemente no existe por lo que aludir a ella es invocar un mito:²⁹ tanto la voluntad del Constituyente que debería ser protegida frente al legislador posconstitucional, como la voluntad del legislador presente que estaría reflejando la opinión actualizada de la ciudadanía y que no debería ser condicionada por la del Constituyente.

Para completar estas ideas me parece de interés reflejar aquí, de nuevo, la opinión de Maurizio Fioravanti quien, a pesar de referirse también a un mito pero a su caída, creo que proporciona una buena explicación del fenómeno y que completa coherentemente las ideas que acabo de expresar.³⁰ Desde su punto de vista, el cambio de relación entre el legislador y los jueces, con un mayor protagonismo de estos últimos, no implica sólo un asalto judicial al poder para que el legislador pierda su preminencia, sino algo previo y más profundo “que se sitúa en aquel *prius* inicial sobre el que Rousseau situaba la emergencia de la soberana voluntad general a través de la mítica figura del legislador”.³¹ Es ese “*hecho político originario*” el que el Estado liberal considera presupuesto necesario para la existencia de un ordenamiento constitucional. Con el Estado constitucional se abandona toda mitificación originaria y la Constitución se convierte en un hecho histórico concreto fruto de pactos y compromisos guiados por los partidos políticos: “Privada del carácter mítico de su origen, la Constitución se aproxima a grandes pasos al

²⁹ Una ampliación del modo de funcionamiento del argumento psicológico y sus debilidades puede realizarse en Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, IVAP, 1987, pp. 193 y ss.

³⁰ Fioravanti, Maurizio, “Il legislatore e...”, *cit.*, pp. 15 y 16.

³¹ *Ibidem*, p. 16.

mundo de las normas jurídicas, como las demás normas fruto de voluntades concretas y múltiples, todas mensurables y verificables. Tiende a disolverse el mito del legislador...”.³²

IV. LA ELEVACIÓN DEL ESTÁNDAR MOTIVATORIO DE LAS DECISIONES JUDICIALES, SOBRE TODO CUANDO IMPLIQUEN LA EXPULSIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE UNA DECISIÓN LEGISLATIVA O SU INAPLICACIÓN AL CASO

Como he intentado mostrar en los puntos anteriores, la aceptabilidad democrática de órganos judiciales de control de constitucionalidad depende en buena medida de cómo se configure, los límites normativos que se establezcan y la propia práctica del tribunal. En ese sentido, la calidad y exhaustividad de la motivación de sus decisiones, además de convertirse en sí mismas en frenos a la arbitrariedad judicial, permiten la implementación de nuevos límites que mitiguen la invasión de las competencias normativas de los poderes legislativos democráticos. Utilizaré para ello la distinción entre enunciados o disposiciones normativas y la norma jurídica o significado que formulan.

Rodolfo Vázquez no sólo expone y analiza la opinión de Robert Alexy sobre esta cuestión (como intentaré mostrar, en buena medida —aunque sólo parcialmente— coincidente con la que defenderé aquí), sino que además la toma en cuenta en su configuración de las condiciones que deben regir la relación entre el legislador democrático y el órgano jurisdiccional encargado del control: que la intervención activa de los jueces favorezca “el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones”.³³ Pues bien, para Alexy³⁴ la compatibilidad del control de constitucionalidad con la democracia representativa requiere el manejo de una “representación” o “democracia” argumentativa dentro de un “constitucionalismo discursivo” o “democracia deliberativa” y dos condiciones: el empleo de argumentos “correctos y razonables” y la existencia de personas racionales que acepten esos argumentos sólo porque son correctos y razonables. Entonces, “la razón y la corrección estarán

³² *Idem.*

³³ RV, p. 264.

³⁴ Sigo la exposición de la postura de Alexy efectuada por Rodolfo Vázquez (RV, p. 259).

mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control”.³⁵

En esa misma línea, aunque más cerca de la conclusión de Rodolfo Vázquez cuando habla de la obligación de los jueces constitucionales de “motivar y fundamentar con calidad sus decisiones”³⁶ que de Alexy, considero que la aceptabilidad democrática del control judicial de constitucionalidad depende en buena medida de la calidad de la motivación de sus decisiones y del respeto de los límites de su función sin la invasión a esferas de los otros poderes. Para explicarlo me parece que una aclaración terminológica y conceptual puede ser útil.

Que el control de constitucionalidad de las leyes exige la previa interpretación del texto constitucional y del texto legal es obvio. Sin embargo, distinguir entre los textos objeto de interpretación (que voy a denominar *disposiciones normativas*) y su significado como resultado de la interpretación (para lo que reservaré la expresión *norma jurídica*) me parece que puede proporcionar una buena base para fijar los límites *democráticos* del control de constitucionalidad.³⁷ Desde mi punto de vista, las decisiones que declaren la inconstitucionalidad deben tener como límite la determinación del significado de las disposiciones constitucionales o de las legales sometidas a control, es decir las normas jurídicas que se considera que expresan, para poder compararlas y establecer su conformidad o no, pero sin que la interpretación camufle la redacción de una nueva disposición normativa que sería competencia exclusiva del Poder Legislativo (o en el ámbito de la potestad reglamentaria del Ejecutivo).

Ello implica a su vez una condición más: que el significado (la norma jurídica) que se atribuya a las disposiciones, tanto constitucional como legal, quede justificado con buenas razones, con buenos argumentos respetuosos con la voluntad o intención del legislador siempre que exista y pueda establecerse a partir del texto normativo o de otras fuentes, algo que no siempre sucede, o que no esté justificada en buenas razones la adaptación

³⁵ Véase Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006, pp. 17 y 18.

³⁶ RV, p. 260.

³⁷ Véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “El sistema jurídico” y “Las fuentes del Derecho”, en Barreré Unzueta, M. A. *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 119 y 220; *id.*, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, esp. caps. 4 y 5; *id.*, “*Iura novit curia*” y *aplicación judicial del Derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, esp. cap. VI y VII, y la bibliografía citada en esas obras.

del significado a la realidad social.³⁸ Naturalmente, el estándar de calidad motivatoria y argumentativa deberá ser más alto para justificar la declaración de inconstitucionalidad que la conformidad con la Constitución de la disposición objeto de control (por imperativo de la presunción de constitucionalidad de la legislación); también para resolver cuando el enunciado es resultado de un compromiso legislativo exclusivamente acerca de su texto, sin que exprese una única intención normativa sino varias; y, por último, la motivación deberá ser igualmente reforzada para justificar el abandono de la voluntad original del legislador y adaptar el significado de la disposición constitucional o de la controlada a una nueva realidad social.

Coincido, por tanto, plenamente con Rodolfo Vázquez³⁹ (y con José Juan Moreso en quien se apoya)⁴⁰ en cuanto a que no todo control de constitucionalidad es ejercido en forma contramayoritaria. Es más, seguramente la mayoría de las veces los tribunales constitucionales resuelven intentando indagar cuál fue la voluntad o intención del legislador (muy especialmente del Constituyente), o al menos justifican su decisión por referencia a la misma. Otras veces el conflicto es entre la letra de la Constitución, como expresión de la voluntad del Constituyente, y su intención obtenida de otras fuentes, como los debates constitucionales. Y, por último, incluso cuando la realidad social se usa para justificar no seguir la intención del Constituyente y cambiarla para adaptar el significado a la actualidad, se legitima considerando que el Constituyente quiere que lo que dijo en las disposiciones constitucionales se adapte a la realidad social cambiante.

V. EL CONTROL DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN INCONSTITUCIONALES

El artículo de Rodolfo Vázquez termina con estas palabras que, a mi juicio, merecen un breve comentario:

Tales razones me llevan a pensar que en la situación límite en la que el órgano reformador de la Constitución introduzca en ésta una norma inconstitucional, que ponga en riesgo el mismo proceso democrático —y que se accione a la justicia por la vía del amparo o de la acción de inconstitucionalidad— co-

³⁸ Acerca de la conexión entre la fuerza persuasiva de los argumentos interpretativos con la racionalidad del legislador, véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentos interpretativo...”, *cit.*

³⁹ RV, p. 260.

⁴⁰ Moreso, José Juan, “Sobre el...”, *cit.*, pp. 103 y 104.

responde al órgano límite en su calidad de Tribunal Constitucional dirimir el conflicto tanto en sus aspectos procedimentales como con respecto al fondo mismo del problema y, en su caso, expulsar la norma del ordenamiento. No se trata, entonces, de asumir funciones de legislador puesto que el órgano judicial no tiene facultades “iniciativas” sino sólo “controladoras”; ni tampoco se trata de abrir las puertas al decisionismo como espero haber mostrado en este ensayo.⁴¹

Comparto plenamente la preocupación por la posibilidad de que el legislador democrático (en el sentido de haber sido elegido por los ciudadanos por medio de elecciones libres) promueva reformas constitucionales que pongan en riesgo la propia democracia. Sin embargo, mantener que en esos casos el tribunal constitucional debe servir de barrera de contención y expulsar la reforma del ordenamiento jurídico no sólo por razones procedimentales (algo incuestionable) sino también materiales, me parece que es abrir una puerta que durante todo su trabajo Rodolfo Vázquez se dedica a mantener sólo entreabierta. Me explicaré.

Si el legislador introduce en la Constitución una disposición *inconstitucional* (en el sentido que “ponga en riesgo el mismo proceso democrático”) y se admite que el tribunal constitucional pueda controlar tanto el procedimiento de reforma como el contenido de la misma, expulsándola incluso del ordenamiento jurídico, se plantea el grave problema de cómo saber que la disposición es inconstitucional, con qué parámetro lo establecerá y justificará el tribunal: ¿con las disposiciones constitucionales reformadas o sustituidas? Naturalmente sería un absurdo. Es preciso no olvidar que *toda* la Constitución es Constitución, y que referirnos a disposiciones de la Constitución *inconstitucionales* es una manera (impropia) de hablar. El parámetro para la constitucionalidad, el único que legítimamente puede emplear el tribunal constitucional, es la Constitución, por lo que para determinar que una norma incorporada a la Constitución es inconstitucional estaría empleando otro parámetro extraconstitucional que podría derivar en posiciones iusnaturalistas.

Quizás la única solución para evitar atentados a la democracia desde el propio sistema democrático sería (y de ahí su importancia y la de la reforma del 2011 a la Constitución mexicana en la materia) el derecho internacional de los derechos humanos.⁴² Los tratados y convenciones internacionales que los contemplan pueden convertirse en un adecuado parámetro para

⁴¹ RV, p. 264.

⁴² Véase al respecto mis obras ya citadas acerca de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

controlar las reformas constitucionales sobre derechos, sobre todo, como sucede con el sistema interamericano y el europeo, cuando existe un órgano jurisdiccional garante del cumplimiento de la Convención. Esta vía permite esquivar la objeción con la que iniciaba este punto, ya que es una respuesta intrasistema, puesto que implica la aplicación de una disposición constitucional (por ejemplo, el artículo 1o. de la Constitución mexicana o el artículo 10.2 de la Constitución española). Sin embargo, este tipo de control de convencionalidad (o de “regularidad” diría la Suprema Corte de Justicia de Nación mexicana) de la Constitución no podría concluir con un pronunciamiento de nulidad de la disposición constitucional reformadora. En primer lugar, la manera de proceder para el tribunal constitucional sería realizar una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales con las de los tratados buscando la compatibilidad, siendo la resultante una norma constitucional.⁴³ En segundo lugar, en caso de que esa armonización resulte imposible, habría que ser conscientes de que confrontar las disposiciones constitucionales con las de los tratados sería equivalente a confrontar dos disposiciones constitucionales porque así lo establece la propia Constitución al remitir para la interpretación de los derechos a los tratados internacio-

⁴³ Es paradigmática sobre este tema la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, registro 160525, Pleno, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, t. 1, materia(s): Constitucional, P. LXIX/2011(9a.), p. 552. PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

nales. Por ello, la solución estaría en la jerarquización axiológica pero no estructural de las normas constitucionales e internacionales.⁴⁴

VI. CONCLUSIONES

Es verdad que los jueces constitucionales poseen una menor legitimidad democrática que los parlamentos, al ser, en el mejor de los casos (y salvo que se prevea su elección por sufragio universal) de segundo grado. Pero esto no es algo insólito incluso en relación con otros poderes, como el presidente del gobierno o de las comunidades autónomas en España, cuya legitimidad es igualmente de segundo grado al ser elegidos por los parlamentos elegidos directamente por los ciudadanos, sin que se plantee una objeción de este tipo. Además, esa menor legitimidad se ve compensada por una atribución de poder más limitada que, en el caso de los tribunales constitucionales y de los poderes judiciales en general, consiste en que sólo pueden pronunciarse cuando les es planteada la cuestión.

Un segundo límite al poder de los tribunales constitucionales que ha sido abordado siguiendo a Víctor Ferreres consiste en la posibilidad de que el legislador responda a la inconstitucionalidad con una reforma constitucional que, a veces, resulta políticamente difícil por la rigidez constitucional, pero tal vez expresión, cuando no se alcanza el consenso requerido, de que la decisión de inconstitucionalidad sólo es parcialmente contramayoritaria.

Las amplias controversias interpretativas acerca del significado de las disposiciones constitucionales consecuencia de su frecuente generalidad, ha sido mencionado como un factor adicional que puede incidir en la invasión por parte de los jueces del campo del legislador. Sin embargo, esa misma generalidad se encuentra a menudo en la propia redacción que en los órganos legislativos se da a las disposiciones para alcanzar las mayorías requeridas para su aprobación, impidiendo hablar de vulneración o seguimiento de la voluntad legislativa, puesto que en estos casos no existe o es plural.

El camino en ocasiones propuesto de limitar la competencia de los tribunales constitucionales a la vigilancia de las condiciones de los procesos democráticos choca con la realidad de la regulación del control de constitucionalidad en nuestro entorno. De una manera más sencilla, he querido justificarlo resaltando la conexión entre la concepción normativa de la

⁴⁴ Véase Guastini, Riccardo, “Gerarchie normative”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1997; *id.*, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 173 y 174; *id.*, *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè, 2011, pp. 165-167; Giorgio Pino, “Norme e gerarchie normative”, *Analisi e Diritto*, 2008, p. 288.

Constitución y el control de constitucionalidad, ya que una de las vías para limitar el poder político sometiéndolo al derecho es precisamente ese tipo de control judicial externo entendido como un contrapoder beneficioso para la democracia.

En alguna medida, resaltar el costo democrático que implica el control de constitucionalidad supone seguir manejando una imagen mitificada de un legislador personificado dotado de una única voluntad que puede ser traicionada por los jueces, algo que está muy alejado de la realidad.

Un límite importante del control de constitucionalidad, imprescindible para que no sea cuestionada su compatibilidad con el sistema democrático, es la calidad de la motivación de las sentencias del tribunal constitucional. Con objeto de establecer criterios un poco concretos en este aspecto, he propuesto que los jueces estarían dentro de su ámbito de competencia cuando determinan el sentido de las disposiciones constitucionales (y mejor aún, limitarse al techo constitucional que no puede ser superado) y de las disposiciones legales sometidas a control, pero se estarían excediendo en su función e invadiendo competencias del legislador, cuando por medio de una operación aparentemente interpretativa se redacta una nueva disposición constitucional o legal. Ello requiere adicionalmente que el significado quede justificado con buenas razones, obligación que se incrementa para motivar la declaración de inconstitucionalidad, en los casos en los que no se puede justificar la interpretación por referencia a la voluntad legislativa, y cuando se hace prevalecer la adaptación del significado a la realidad social.

De manera coincidente con Rodolfo Vázquez y José Juan Moreso, he defendido que la dificultad contramayoritaria sería aplicable sólo a algunos casos, no a la mayoría. Habitualmente la justificación por parte de los tribunales constitucionales de sus decisiones se realiza a partir de una intención legislativa, sea real o supuesta.

Considero, por último, que dar al tribunal constitucional la competencia para controlar, no sólo el cumplimiento de los procedimientos de reforma constitucional, sino también sus contenidos cuando esté en riesgo el sistema democrático, plantea la dificultad de establecer cuál debe ser el parámetro tenido en cuenta por el juez para decretar la inconstitucionalidad. Se ha propuesto como solución emplear las posibilidades de las disposiciones constitucionales que remiten a los tratados internacionales para la interpretación de los derechos, usando éstos como parámetro para juzgar el contenido de las reformas constitucionales.