

# **LA SOBERANÍA INTERPRETATIVA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONSTITUCIONALISMO POPULAR\***

*Javier G. Rincón - Salcedo\*\**

## **RESUMEN**

La tendencia reciente a manipular el concepto de democracia reduciéndolo a su expresión “electoral” y el desarrollo creciente de lo que se conoce como el proceso moderno y progresivo de constitucionalización de los derechos individuales, han permitido al debate sobre los límites de la interpretación constitucional cobrar nueva relevancia. En este contexto, este artículo busca presentar un análisis de los límites de interpretación de la Constitución centrado en la relación existente entre los tribunales constitucionales y lo que se denomina como la opinión pública. Este análisis es desarrollado tomando como punto de referencia la técnica de interpretación defendida por algunos tratadistas dentro del marco del derecho constitucional norteamericano denominada “constitucionalismo popular”. En este orden, a lo largo de este artículo se busca demostrar que aunque la opinión pública es un elemento que el juez constitucional debe tener en cuenta a la hora de interpretar la Constitución, dicha opinión no es más que un elemento adicional que le permite enriquecer, sin que su

*Fecha de recepción: abril 10 del 2008  
Fecha de aceptación: abril 22 del 2008*

---

\* Este artículo es producto de investigación en la línea “Justicia y sociedad” del grupo de Investigación “Estudios de derecho público” de la Pontificia Universidad Javeriana. Categoría “A” Colciencias.

\*\* Abogado Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derecho Público, Universidad de Poitiers, Francia. Doctor en Derecho de la Universidad de Poitiers, Francia. Laureado del programa de excelencia EIFFEL del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Francia. Se desempeña como professor del Instituto de Estudios Políticos de París, Francia. Profesor asistente, facultad de Derecho y ciencias sociales, Universidad de Poitiers, Francia. Miembro del Instituto de derecho público de la Universidad de Poitiers, Francia. Contacto: jgrs75@hotmail.com

observación sea obligatoria, su reflexión. En otros términos, en este artículo se busca demostrar que los tribunales constitucionales deben ser órganos soberanos y autónomos en el campo de la interpretación de la Constitución frente a la opinión pública, pues no de otra manera se puede evitar que los derechos de las minorías se pierdan bajo la fuerza de las mayorías y no de otra manera se puede lograr el desarrollo coherente y firme de los derechos individuales.

**Palabras clave:** soberanía, control constitucional, tribunales, pueblo, constitucionalismo popular, opinión pública, interpretación constitucional.

## THE INTERPRETATIVE SOVEREIGNTY OF THE CONSTITUTIONAL COURTS: AN ANALYSIS FROM A CONSTITUTIONAL POPULAR PERSPECTIVE

### ABSTRACT

*The recent tendency to manipulate the concept of democracy reducing it to its “electoral” expression and the increasing development of the process that is known as the modern and progressive “constitutionalisation” of the individual rights, have allowed to the discussion on the limits of the constitutional interpretation to acquire new relevance. Within this context, this article looks for to present an analysis of the Constitution interpretation limits centered in the existing relation between the constitutional courts and what it is denominated as the public opinion. This analysis is developed taking as datum point the interpretation technique defended by some American scholars within the frame of the American constitutional Law denominated “popular constitutionalism”. In this order, throughout this article one looks for to demonstrate that although the public opinion is an element that the constitutional judge must consider at the time of interpreting the Constitution, this opinion is not more than an additional element that allows him to enrich, without their observation been obligatory, his reflection. In other terms, in this article one looks for to demonstrate that the constitutional courts must be sovereign and independent organs in the field of the interpretation of the Constitution against the public opinion, because it is the only possible way to avoid that the rights of the minorities are lost under the force of the majorities and because it is the only way to obtain the coherent and firm development of the individual rights.*

**Key words:** *souverignty, judicial review, courts, people, popular constitutionalism, public opinion, constitutional interpretation.*

Si vemos la esencia de la democracia, no en la todopoderosa mayoría sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el parlamento por la mayoría y la minoría y por ende en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente propio a la realización de esta idea. La simple amenaza de recurrir al tribunal constitucional puede ser entre las manos de la minoría un instrumento propio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse,

por esta vía, en último análisis, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que aquella de la minoría<sup>1</sup>.

Con esta afirmación, HANS KELSEN defendía frente a C. SCHMIDT, en la célebre discusión que sobre la guarda de la Constitución se trabó a comienzos de siglo entre estos dos juristas<sup>2</sup>, la necesidad de entregar la labor de guardián de la Constitución a un tribunal independiente de los tres poderes públicos. Sin embargo, en aquella época, la discusión sobre la guarda de la Constitución se concentraba más en la determinación de quién debía encargarse de supervisar el respeto de las competencias en ella consagradas y no se discutía verdaderamente sobre la pertinencia del órgano encargado de salvaguardar la Constitución que pudiera o debiera convertirse a su vez en guardián y determinador del alcance de los derechos y libertades de los individuos a través de un proceso de construcción argumentativa<sup>3</sup>. En efecto, en aquella época el fundamento de la existencia de los tribunales constitucionales estaba más concentrado en la necesidad de proteger la Constitución en su condición de Norma de Normas, para garantizar la estabilidad del aparato estatal y no, como es el caso hoy en día y desde hace ya varios años, en la dinámica de protección de los derechos de los individuos, la cual aparece como consecuencia de lo que se puede denominar el proceso moderno y progresivo de constitucionalización de los derechos individuales<sup>4</sup>.

Esta dinámica de protección de derechos, que se suma a la de la salvaguarda de la Constitución como norma de normas, ha, de manera evidente, reavivado y profundizado la discusión sobre el alcance y las repercusiones de las decisiones de los tribunales constitucionales y particularmente, dada la necesaria argumentación que debe realizar el juez para darle vida y alcance a estos derechos, que se ha entrado a cuestionar de manera más directa la legitimidad de las interpretaciones de la Constitución realizada por estos tribunales dentro de los sistemas democráticos.

La discusión sobre la legitimidad de los tribunales constitucionales y el lugar que deben ocupar dentro de los Estados es una discusión de larga data, a la cual hasta ahora no se le ha dado un punto final. De hecho, la persistencia de la discusión

---

1 H. KELSEN (trad. S. Baume) *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, Paris, Michel Houdiard, 2006, pág. 20.

2 Sobre este tema ver, entre otros: D. CHAGNOLLAUD, *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe-XXe siècle*, Paris, LGDJ, 2000. P. PASQUINO, *Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle, C. Schmitt et H. Kelsen ?*, in M. Troper, L. Jaune (dir), 1789 et l'invention de la Constitution, Paris, Bruylant LGDJ, 1994., págs. 141-152.

3 En este punto es fundamental aclarar que en ningún momento pretendo excluir o ignorar la presencia en el debate entre SCHMIT y KELSEN del tema del valor y el alcance de la interpretación y argumentación de los jueces en la creación del derecho. Pretendo simplemente resaltar que el debate sobre quién debía ser el guardián de la Constitución y el porqué, no estaba concentrado en la discusión sobre el desarrollo de los derechos y garantías individuales como es el caso actualmente.

4 D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 7 éd., 2006, pág. 410.

sobre la legitimidad de los tribunales constitucionales para –en aras de proteger la Constitución como texto supremo o proteger los derechos de los individuos– contradecir a través de sus decisiones la voluntad de los representantes directos del pueblo, pareciera demostrar que el debate sobre la legitimidad de los tribunales constitucionales constituye, como lo afirma el profesor DOMINIQUE ROUSSEAU, el cuestionamiento límite de la democracia<sup>5</sup>.

Sin embargo, más allá de que sea un cuestionamiento fundamental dentro de la teoría democrática, la discusión sobre la legitimidad de los tribunales constitucionales se ha limitado en algunos casos a dilucidar cuál es el lugar que deben ocupar dichos tribunales dentro del entramado institucional y cuáles son los límites que se le debe imponer al ejercicio de sus funciones interpretativas para que no exista una usurpación de competencias a los poderes públicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Es decir, la discusión se ha concentrado más en el debate sobre el equilibrio de poderes y contrapoderes entre los órganos ya instituidos, dejando al margen el análisis de la *relación directa* que puede o debe existir entre los tribunales constitucionales y el propio soberano (el pueblo) en lo que a la legitimidad en materia de interpretación constitucional se refiere.

La limitación de la discusión se ha presentado principalmente, en mi concepto, debido a la desafortunada manipulación de que en algunos casos ha sido objeto el análisis sobre la legitimidad de los tribunales constitucionales por parte de quienes denomino “demócratas electorales”, los cuales han intentado por todos los medios reducir el debate a una discusión anclada en la perspectiva de la democracia puramente electoral<sup>6</sup>. Estos demócratas electorales afirman que los tribunales constitucionales no tienen la legitimidad para controlar la labor de los representantes elegidos por sufragio universal, pues los miembros que conforman dichos tribunales no son el fruto de una elección por parte del soberano, el pueblo. Una posición que rechazo de plano, pues parte de una doble falacia: Por un lado, de la falacia según la cual la única legitimidad posible dentro de la democracia es el sufragio universal, como si la democracia se redujera a las elecciones, a la representación en las asambleas o a la lógica de las mayorías. Y por otro lado, y en lo que más me interesa hacer énfasis, esta posición adoptada por los demócratas electorales parte de la falacia según la cual la voluntad de los representantes y los representados es una sola e indisoluble sin que exista divergencia posible entre ellos. De acuerdo con esta postura, cuando un tribunal constitucional contradice

5 *Ibid.*, pág. 500.

6 Este tipo de democracia la entiendo, siguiendo los términos de P. Smith, como aquella que se reduce a la existencia de elecciones libres y justas. Es decir, que se encuentra “centrada exclusivamente en el componente electoral de la democracia política. No se refiere a la calidad de la vida democrática, es decir, a la protección de las libertades y derechos de los ciudadanos, ni al desempeño de las políticas públicas (...)” P. Smith, Los ciclos de democracia electoral en América Latina 1900-2000, in *Revista Política y Gobierno*, vol. XI, n° 2, 2004, pág. 192.

a los representantes está contradiciendo directamente la voluntad del pueblo. Un postulado no sólo falso e ingenuo que se ve cada día más desvirtuado por la profunda crisis de representación que se presenta a lo largo y ancho de las democracias mundiales<sup>7</sup>, pero a su vez un postulado que ha desembocado –bajo el supuesto de la protección del derecho de los “elegidos”, ellos sí democráticamente, a legislar o a ejecutar actos libremente según la “voluntad popular” y la supuesta salvaguarda del valor del sufragio universal en la democracia<sup>8</sup> –en tentativas de reducción de los poderes de los tribunales constitucionales.

Así las cosas, intentando por una parte alejarme de la manipulación de la discusión sobre la legitimidad que acabo de mencionar, y por otra parte, ir más allá de la discusión, a pesar de lo interesante que ella pueda ser, sobre en qué órgano debe recaer la función de guardián de la Constitución o la plaza que deben ocupar los tribunales constitucionales dentro de los Estados que deciden adoptarlos, busco proponer en este artículo un análisis del rol que debe o puede jugar de manera directa el pueblo frente al poder de interpretación de la Constitución que detentan los tribunales constitucionales, para que dicho poder sea considerado legítimo.

Un análisis de este tipo me parece de particular interés, dado que a pesar de que considero que la democracia y la legitimidad que de ella se deriva no se agotan en las elecciones y, por ende, que en una democracia real o de ciudadanas y ciudadanos<sup>9</sup>, los tribunales constitucionales como órganos de control de constitucionalidad de la ley y garantes de los derechos de los individuos no son una anomalía del sistema democrático, sino que son órganos que colaboran legítimamente a la realización plena de la democracia, a su vez, estoy convencido de que así como existe la posibilidad de que surjan divergencias entre los representantes (elegidos por sufragio) y los representados, también existe la posibilidad de que existan divergencias entre el órgano encargado de ser el intérprete y guardián de la Constitución y el constituyente primario que desembocan en cuestionamientos de legitimidad.

En este contexto, me parece interesante preguntarse cuál es –dentro del marco de la soberanía popular y del ejercicio de la democracia directa que se encuentra de moda exaltar– el límite de los poderes de interpretación<sup>10</sup> de los tribunales

7 Esta crisis demuestra de manera clara y contundente que entre la voluntad del constituyente primario, el pueblo, y la voluntad de sus representantes (legisladores o ejecutivos) las divergencias no solo son posibles sino, sin duda alguna, una realidad.

8 Sobre este tema ver, por ejemplo: G. VEDEL, “*Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l’Homme*”, in *Pouvoirs*, 1988, n° 45, pág. 149.

9 Sobre la noción de democracia de ciudadanas y ciudadanos, ver: *La Democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, PNUD-ONU, 2004.

10 Por oposición a la noción de interpretación-conocimiento tomaré como referencia la noción de interpretación-voluntad. Es decir, me alejaré de la idea que la norma constitucional tiene un sentido “único” y “verdadero” siendo la labor del juez constitucional de encontrarlo, para adoptar la idea según

constitucionales frente a la voluntad popular. En otros términos, ¿son los tribunales constitucionales verdaderos creadores de derecho ostentadores de un poder soberano a través del cual les es dado interpretar las normas constitucionales aún en contravía de la opinión pública? ¿O la opinión pública debe ser considerada como un elemento determinante de la interpretación de la Constitución y, por ende, los tribunales constitucionales están en la obligación de someter sus decisiones a los lineamientos fijados por dicha opinión para que sean legítimas?

Estas preguntas, que en el trasfondo permiten evaluar la relación entre la soberanía popular y la soberanía de los tribunales constitucionales, en lo que a la legitimidad en materia de interpretación constitucional se refiere, pueden ser contestadas desde diferentes perspectivas, dependiendo del concepto de soberanía que se quiera adoptar y principalmente dependiendo de la posición que se le quiera acordar a los tribunales constitucionales dentro de la estructura institucional de un Estado. Sin embargo, entendiendo la soberanía en su doble significación, por una parte la soberanía como el poder de decidir o de juzgar sin derecho a apelación (es decir, en tanto juez supremo en materia constitucional) y, por otra parte, la soberanía como el poder que no se encuentra limitado por el poder de ningún otro (es decir, en tanto órgano que ostenta un poder ilimitado en materia constitucional), en mi opinión y es lo que procuraré sostener en este artículo, los tribunales constitucionales deben ser órganos soberanos creadores de derecho, cuyo único límite es la propia Constitución como expresión concreta de la voluntad del pueblo (II), siendo entonces la opinión pública una simple guía, no determinante, de la interpretación de la Constitución ni de la fijación del alcance de los derechos de los individuos realizada por los tribunales constitucionales, pero la cual debe ser necesariamente tenida en cuenta por estos para darles legitimidad a sus decisiones (III).

Para desarrollar mi posición, utilizaré como referencia la corriente jurídica del constitucionalismo popular, la cual es estudiada por ciertos académicos norteamericanos de renombre tales como MARK TUSHNET<sup>11</sup>, LARRY KRAMER<sup>12</sup>, RICHARD PARKER<sup>13</sup>, o JEREMY WALDRON<sup>14</sup> en materia de derecho constitucional estadounidense, y dentro del contexto del derecho romano-germánico, con

---

la cual, la interpretación es producto de la voluntad y no del conocimiento, es decir, la interpretación no es verdadera en sí misma sino verdadera porque es válida y dicha validez se desprende del hecho de ser pronunciada por la autoridad habilitada para hacerlo. Sobre la distinción entre estas dos posiciones ver: G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2ª ed., 2006, págs. 104-109; M. TROPER, "La liberté d'interprétation du juge constitutionnel" in P. Amsselele (dir), *Interprétation et Droit*, Bruylant, 1995.

11 M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the courts*, Princeton University Press, 1999.

12 L. KRAMER, *The people themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004.

13 R. PARKER, *Here the people rule: A Constitutional populist manifesto*, i Universe, 1999.

14 J. WALDRON, *The dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.

aproximaciones diversas, por académicos como el profesor ROBERTO GARGARELLA<sup>15</sup> en Argentina o el profesor ÓSCAR GUARDIOLA en Colombia<sup>16</sup>, según la cual, en su concepción más rígida, es al pueblo a quien le corresponde ser el único intérprete y guardián de la Constitución.

Para abordar de lleno este análisis, comencemos entonces por determinar cuáles son las bases de la corriente denominada “Constitucionalismo popular” a partir de las cuales pretendo llegar a las proposiciones antes enunciadas:

### **EL “CONSTITUCIONALISMO POPULAR” COMO TEORÍA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.**

De acuerdo con LARRY KRAMER, el “constitucionalismo popular” es una corriente jurídica de pensamiento, según la cual, a partir de la interpretación histórica del rol que jugó el pueblo en el desarrollo constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica en sus primeros años de existencia, es dado sostener que el máximo poder en materia de interpretación y guarda de la Constitución es el pueblo y que, por ende, hoy hay que devolverle dicho poder para que lo ejerza<sup>17</sup>. Sin embargo, es oportuno precisar que, dado que lo que nos interesa en esta ocasión no es el fundamento histórico del “constitucionalismo popular” sino su postulado según el cual el pueblo debe ser el intérprete y guardián de la Constitución, dejaremos de lado la idea de la función constitucional del pueblo norteamericano en la construcción y desarrollo de su orden constitucional, para concentrarnos únicamente en el aspecto relacionado con el ejercicio de la interpretación y la guarda de la Constitución por parte del pueblo soberano.

Así las cosas, para efectos de poder utilizar el “constitucionalismo popular” como punto de referencia para un análisis de la relación que en materia de interpretación constitucional sostienen el pueblo soberano y los tribunales constitucionales, definiré el “constitucionalismo popular”<sup>18</sup> como: *la corriente jurídica que se encuentra en oposición a toda idea de supremacía constitucional por parte de cualquier órgano constituido y específicamente a toda idea de supremacía de los tribunales constitucionales según la cual el pueblo es el único agente apto para hacer cumplir e interpretar la Constitución en última instancia*. Dentro de

15 R. GARGARELLA, *Democratization and the Judiciary* (co.editor), Frank Cass, 2005.

16 Ó. GUARDIOLA, Famous last words: constitucionalismo popular y el lugar de la verdad en política y derecho, in *Justicia Constitucional: El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, 2006, págs. 165-208.

17 L. KRAMER, *op. cit.*

18 Para definir y describir la noción de “Constitucionalismo popular” que sirve de base a este artículo, propondré los lineamientos principales de la perspectiva propuesta por los profesores ALEXÁNDER y SOLUM de la Universidad de San Diego en su análisis del libro *The people themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review* de L. KRAMER. Para consultar este análisis, ver: L. ALEXÁNDER y L. SOLUM, *Book Review: Popular? Constitutionalism?*, in *Harvard Law Review*, Vol., 118, págs. 1594-1640.

esta lógica, cuando la Constitución es violada, el pueblo protege y hace cumplir la Constitución, ya sea votando contra dichas violaciones o ya sea levantándose de facto contra ellas. Cuando la Constitución es ambigua, el pueblo se encarga de resolver dicha ambigüedad deliberando y articulando el significado que su propia disposición constitucional tiene, porque fueron ellos quienes la elaboraron. Siendo las interpretaciones populares fruto de estas deliberaciones de obligatoria imposición sobre las tres ramas del poder público (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Y finalmente, si el pueblo no está contento con su Constitución o con alguna de sus disposiciones, de manera directa pueden elaborar una nueva, reformar la vigente, suspender su aplicación, o simplemente ignorarla.

El “constitucionalismo popular” es entonces, de manera general, la conjunción de las siguientes proposiciones:

El pueblo mismo hace la Constitución.

El pueblo mismo hace cumplir la Constitución.

El pueblo mismo interpreta la Constitución.

Las interpretaciones constitucionales del pueblo son obligatorias.

La autoridad interpretativa constitucional del pueblo es inapelable respetando las instituciones gubernamentales.

Corolario: La autoridad interpretativa de las instituciones estatales, incluyendo las cortes, está subordinada y sujeta a revisión por parte del pueblo.

Las decisiones constitucionales tomadas por el pueblo se superponen al texto mismo de la Constitución.

En este orden, en términos de los profesores ALEXANDER y SOLUM<sup>19</sup>, dentro del marco del “Constitucionalismo popular”, la Constitución no es ni más ni menos que la voluntad popular, interpretada por el pueblo y protegida por la amenaza del pueblo de hacerla cumplir. La ley ordinaria es la ley de los representantes a nombre del pueblo, pero la Constitución es la ley del pueblo mismo, es por esta razón por la que en el mundo del “constitucionalismo popular”, los gobernantes son los regulados y no los reguladores y la autoridad de interpretación constitucional final permanece con el propio pueblo.

Sin embargo, el constitucionalismo popular, en lo que a la interpretación y guarda de la Constitución se refiere, tiene diferentes grados de aplicación que corresponden a diferentes percepciones del mismo<sup>20</sup>, a partir de las cuales nos es posible determinar cuál es la relación entre el pueblo y los tribunales constitucionales en materia de interpretación constitucional:

19 L. ALEXÁNDER y L. SOLUM, *ibidem.*, p.1616.

20 Clasificación propuesta por los profesores ALEXANDER y SOLUM. *ibidem.*, págs. 1621-1626.

En primer lugar está el *constitucionalismo popular “robusto o rígido” (robust popular constitutionalism)*: Es decir, aquel según el cual es solo al pueblo y a nadie más a quien corresponde la interpretación y la guarda de la Constitución. Así las cosas, los tribunales constitucionales no deben interpretar la Constitución, pues es el pueblo y no el tribunal quien posee la autoridad para darle un determinado alcance a la Constitución a través de su interpretación. Para los más radicales, el pueblo tiene un enemigo y ese enemigo es la supremacía de los tribunales constitucionales, a quienes denominan “los sirvientes constitucionales” de las élites políticas. Como se puede ver, en este tipo de constitucionalismo popular no se discute cuál órgano debe interpretar la Constitución, pues dicha labor pertenece de manera exclusiva al pueblo. Es importante precisar que en este tipo de constitucionalismo popular no se presupone la inexistencia de un tribunal constitucional sino una reducción de su labor a la aplicación estricta de la Constitución sin posibilidad de interpretación, es decir, una reducción del tribunal constitucional a ser “la boca de la Constitución”.

En segundo lugar está el *constitucionalismo popular “modesto” (modest popular constitutionalism)*: En esta forma de constitucionalismo popular la labor de interpretación constitucional del pueblo consiste únicamente en anular las distorsiones groseras de la Constitución por parte de sus intérpretes institucionales. Así, el pueblo solo interviene para desestimar una determinada interpretación o acto que sea considerado como “groseramente” contrario a la idea que el mismo pueblo (constituyente primario) le quiso dar a una determinada disposición constitucional, aportando la interpretación correcta.

En tercer lugar está el *constitucionalismo “trivial u ordinario” (trivial popular constitutionalism)*: En esta forma de constitucionalismo popular, toda interpretación que se haga de la Constitución debe contar con la aceptación por parte del pueblo. Esta forma de constitucionalismo se desarrolla en función de lo que se conoce como la “teoría del reconocimiento” de las normas, dentro de la cual se discute, entre otras cosas, si la simple no oposición a una norma o a una determinada interpretación de la Constitución por parte del pueblo puede ser considerada como una aceptación de la misma, o si por el contrario, toda norma, para considerarla aceptada, debe ser el objeto de una manifestación expresa de aceptación por parte del pueblo.

Finalmente, está el *constitucionalismo popular “expresivo” (expressive popular constitutionalism)*: En esta forma de constitucionalismo popular se considera que la opinión pública colabora a través de un diálogo permanente en la labor de interpretación del tribunal constitucional. Se observa entonces que la noción de pueblo se cambia por la de opinión pública considerando que esta última, mediante un proceso de diálogo con el tribunal constitucional, puede y debe jugar un rol en la determinación del alcance y significado de las disposiciones constitucionales.

Como se puede ver, desde cualquiera de las formas presentadas, el “constitucionalismo popular” es la expresión más o menos fuerte según el caso, de la soberanía popular en materia de interpretación constitucional. Sin embargo, esta corriente que desde el punto de vista teórico es tan atractiva debido a que dentro de la gran moda de la soberanía popular, da al pueblo la mayor jerarquía en la interpretación y la guarda de la Constitución, en la práctica, la misma resulta inaplicable en sus dos niveles más rígidos, a saber, el constitucionalismo popular “robusto” y el constitucionalismo popular “modesto” y aunque por otras razones, también en su nivel trivial. La imposibilidad de aplicar estas formas de interpretación constitucional que proponen una soberanía popular elevada a su máxima expresión, nos lleva no sólo al descubrimiento de las limitaciones de las mismas sino, a su vez, a reafirmar la posición según la cual por razones conceptuales y prácticas, en materia de interpretación constitucional los tribunales constitucionales son soberanos.

### **LA INTERPRETACIÓN SOBERANA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES PRIMA SOBRE LA INTERPRETACIÓN POPULAR**

El elemento que se ha de analizar con respecto a la relación existente entre la soberanía en materia de interpretación constitucional por parte de los tribunales constitucionales y la voluntad popular es el de saber si el pueblo puede ser considerado un intérprete de la Constitución. Responderé a esta pregunta utilizando como referencia las diferentes percepciones del constitucionalismo popular que vengo de enunciar, e intentaré por esta vía demostrar que en materia de interpretación constitucional la soberanía de los tribunales constitucionales se superpone a la voluntad popular, sin que ello implique que es ilegítima en términos democráticos.

En primer lugar, retomemos el constitucionalismo popular robusto, según el cual, la labor de interpretación de la Constitución corresponde de manera exclusiva al pueblo. Considero que este tipo de constitucionalismo popular es imposible de desarrollar en la práctica en razón a que este reposa sobre la idea de que el pueblo es un todo organizado que puede actuar como un solo cuerpo en el campo de la interpretación constitucional. Una idea que considero falsa, dado que al interior del pueblo como conjunto existen divergencias entre los individuos, las cuales, en materia de interpretación constitucional, son constatables, entre otros, en temas tales como el aborto, la eutanasia, la pena de muerte.

Así, pensar que el pueblo podría emitir una posición única a nombre del conjunto de todos los individuos que lo conforman es imposible, por ello en cualquier contexto, para ser el intérprete de la Constitución y expresar su posición, el pueblo

necesita crear instituciones. Es decir, abandona la idea del constitucionalismo popular robusto, pues dicha institución encargada de interpretar la Constitución vendría a hacer las veces de un tribunal constitucional que debe actuar de manera soberana para dirimir las divergencias presentes dentro del conjunto, aun si ese tribunal constitucional es de origen “popular”.

Adicionalmente, para poder aceptar la aplicación del constitucionalismo popular robusto en materia de interpretación constitucional se necesitaría probar, entre otros, que el pueblo como órgano está en capacidad de pronunciarse de manera clara y sin ambigüedades mayores que permitan darle a un determinado derecho o a un texto un alcance y una interpretación específica. Es decir, probar que el pueblo como órgano está en capacidad no sólo de expresar una opinión interpretativa sino, a su vez, de argumentar de manera constructiva las razones de su interpretación. Algo que a su vez considero imposible de realizar en la práctica, dado que aun si aceptáramos la hipótesis de que el pueblo puede interpretar la Constitución de manera unificada como grupo, las razones que los llevan a tomarla variarían indudablemente de un individuo a otro. Así, por ejemplo, las personas podrían oponerse a la aprobación de un impuesto, pero las razones por las cuales lo hacen pueden ir desde una preocupación económica hasta un simple desprecio por el gobierno de turno; en otras palabras, el pueblo como intérprete de la Constitución sólo podría pronunciarse de manera definitiva y sin ambigüedades respondiendo a preguntas cuya respuesta sea sí o no. Pero, ¿cómo construir entonces una interpretación constitucional y cómo desarrollar el alcance de los derechos de los individuos sin que medie una verdadera argumentación?

En últimas, al analizar la aplicación práctica del constitucionalismo popular robusto, lo que se puede concluir es que el pueblo no puede ser el único intérprete de la Constitución remplazando en esta labor a los tribunales constitucionales, dado que su aplicación práctica es un imposible. En otros términos, el Constitucionalismo popular como expresión máxima de la soberanía popular en materia de interpretación constitucional no hace más que desnudar los límites del ejercicio directo de dicha soberanía.

Probada entonces de manera general la incapacidad del pueblo para ser el único intérprete de la Constitución desde el punto de vista esgrimido en el constitucionalismo popular robusto, retomemos ahora el constitucionalismo popular modesto para determinar si desde esta perspectiva el pueblo puede o no ser intérprete de la Constitución. En este tipo de constitucionalismo popular no se plantea, como en el caso del constitucionalismo popular robusto, una eliminación de la función interpretativa del tribunal constitucional, sino que se deja a los tribunales dicha potestad y sólo en caso de divergencia mayor entre los tribunales y el pueblo, este último como soberano se pronuncia para devolver las cosas al orden

establecido desechando la interpretación avanzada por el tribunal constitucional y proponiendo la propia. En estos términos, como se puede ver, independiente de que se respete la existencia del tribunal constitucional y que este sea, por regla general, el llamado a interpretar y determinar el alcance de los derechos de los individuos, lo cierto es que se cae de nuevo en la imperfección de la teoría del constitucionalismo popular en su expresión robusta, en la medida que de nuevo se le está pidiendo al pueblo que actúe como conjunto, a una sola voz y, como ya lo acabamos de ver, esto resulta en la práctica un imposible.

En lo que hace referencia al constitucionalismo popular modesto es, sin embargo, importante precisar que el hecho de que el pueblo no pueda ser intérprete de la Constitución, no quiere decir que el mismo no pueda reaccionar ante las divergencias mayores que puedan surgir con respecto a las interpretaciones emitidas por los tribunales constitucionales. De hecho, esto es perfectamente sano y democrático siempre y cuando se haga por las vías institucionales. Pero cuando el pueblo reacciona, su reacción se encuentra limitada a la expresión de su soberanía a través de la impulsión de reformas constitucionales a partir de las cuales se “derogue”, por la vía del cambio en el texto interpretado, la interpretación dada por el tribunal constitucional. Lo que indica que no estamos frente al pueblo como intérprete sino frente al pueblo como constituyente que reforma el texto de la Constitución total o parcialmente para que se adapte a su voluntad. Sin perjuicio, además, de que el nuevo texto para desarrollarlo necesite nuevamente del ejercicio de la función soberana de interpretación detentada por los tribunales constitucionales.

En este punto, hago la salvedad de que, a pesar de que la fórmula de reforma constitucional popular como reacción a las divergencias groseras suene atractiva, en mi concepto, el constitucionalismo popular modesto (aun limitado a la reacción del pueblo para reformar la Constitución de manera a contrarrestar la acción de los tribunales constitucionales, es decir, sin que tenga el carácter de intérprete) es un ejercicio bastante peligroso, pues de manera implícita se está aceptando y desarrollando la idea de que las interpretaciones de la Corte pueden ser derogadas por la expresión extralegal de una insatisfacción popular, lo que está llevando, sin duda, a crear el espacio para el desarrollo ya no de un constitucionalismo popular sino de un populismo constitucional, en el cual lo que se busca es simplemente satisfacer sentimientos inmediatos y coyunturales sin objetivos de largo plazo, que chocan directamente con la lógica de la construcción de un orden constitucional estable. Sin contar que dentro de este espacio se corre el riesgo mayor de que la reacción del pueblo sea violenta, caso en el cual estaríamos además incitando a la formación de especies de mafias que buscan levantarse en cada ocasión que lo consideren oportuno para hacer sentir su descontento y por la vía de la violencia imponer sus decisiones.

Es cierto que con relación a la forma de expresión y acción del pueblo soberano en materia de interpretación de la Constitución, tanto con respecto al constitucionalismo popular robusto como con respecto al Constitucionalismo popular modesto, algunos defensores del constitucionalismo popular consideran que lo que se pide no es una acción conjunta sino el pronunciamiento de la mayoría. Sin embargo, sumado a la incapacidad de argumentar de manera coherente por parte del pueblo como órgano o de la mayoría como tal, adoptar la regla de las mayorías en materia de la interpretación de la Constitución y del desarrollo del alcance de los derechos individuales, aunque en apariencia democrático, podría resultar catastrófico para el desarrollo de los mismos derechos, debido a que, y esto sin ánimo de querer diabolizar al pueblo o a sus mayorías representadas en los parlamentos, ni tampoco de endiosar a los jueces constitucionales presentándolos como infalibles, confiar el rol de interpretación a las mayorías es romper el equilibrio que debe existir en toda democracia entre estas, como elemento funcional de la misma y los derechos de los individuos, dado que las minorías se encontrarían totalmente desprotegidas. Es en mi concepto evidente que solo un tercero, ajeno a la lógica coyuntural y a las pasiones de las mayorías o minorías de turno, como lo son los tribunales constitucionales, puede intentar entablar un equilibrio entre la regla de las mayorías y los derechos de los individuos de la manera más imparcial posible. –Para afirmar este propósito, sólo hay que pensar en aquellos que, por ejemplo, estaban a favor de la esclavitud y aquellos que estaban en contra de la misma en los Estados Unidos, y preguntarnos cuánto tiempo hubiera tomado este cambio si se tratase de la voluntad de las mayorías, que sin lugar a dudas, no puede ser considerada la voluntad del pueblo–. De hecho, entregar la interpretación constitucional a las mayorías equivaldría, en mi concepto, a convertir el debate sobre el alcance de los derechos individuales y el control constitucional en un debate de pasiones políticas y coyunturales que, sumadas a la imposibilidad de expresarse de manera coherente, generaría una parálisis de todo el sistema constitucional.

Analizados hasta aquí el constitucionalismo popular robusto y modesto y probada de manera general, por una parte que el pueblo no puede ser intérprete de la Constitución, dada en particular, su incapacidad para pronunciarse como órgano y argumentar sus interpretaciones y, por otra parte, que por las razones anteriores el mismo solo puede ejercer una especie de interpretación constitucional por la vía del ejercicio de su poder de constituyente primario. Retomemos ahora el constitucionalismo popular trivial, el cual aborda la labor del pueblo como intérprete de la Constitución desde una perspectiva diferente de las dos anteriores, en la cual se reduce la labor de interpretación del pueblo a su aceptación de las interpretaciones pronunciadas por los tribunales constitucionales. Esta asimilación implica un cambio fundamental en la perspectiva de aproximación al problema de la interpretación, pues nos ubica ya no frente al dilema de saber si es posible que el pueblo ejerza o no la calidad de intérprete de la Constitución sino frente al

problema de determinar cuándo se considera que el pueblo aceptó la interpretación de la Constitución dada por el tribunal constitucional. En términos simples, si la aceptación debe ser expresa o puede ser tácita. Un dilema en mi concepto insuperable en materia de interpretación constitucional popular que lleva a que en este nivel también tenga que ser desechada la labor de intérprete constitucional por parte del pueblo.

En efecto, si acogemos la idea de que la aprobación puede ser tácita, es decir, que como el pueblo no se reveló frente a una determinada interpretación, entonces la estaría acogiendo como propia, no solo estaríamos yendo en contra de una realidad de a puño y es que en la mayoría de los casos el pueblo desconoce las interpretaciones que de los textos constitucionales se realizan, sino que aun si conociere las decisiones de los tribunales constitucionales, ¿cómo encuadrar las razones por las cuales la consideró válida para construir una lógica constitucional popular? ¿La interpretación aprobada tácitamente debe ser considerada como una interpretación del pueblo mismo?

Y si aceptamos que la aceptación debe ser expresa, es decir, que el pueblo se debe pronunciar sobre las interpretaciones de la Constitución esgrimidas por los tribunales constitucionales, ¿Debe serlo para todos los casos? ¿para algunos? Si es para todos, simplemente caemos en el absurdo de su aplicación práctica que inexorablemente llevará a una pronta parálisis del sistema. Si es para algunos, ¿cómo superar en esos casos el problema de la construcción de una argumentación popular para poder construir y desarrollar la Constitución? ¿La interpretación aprobada es una interpretación popular, que en ese caso se convierte en una sola voz con la interpretación del tribunal constitucional? Si la interpretación es aprobada expresamente, ¿debemos asumir que fue una interpretación refrendada por el pueblo y, por ende, aceptar la aplicación del sistema de precedentes constitucionales obligatorios para el propio tribunal constitucional?

En fin, el constitucionalismo popular trivial resulta demasiado vago como para ser considerado un mecanismo aplicable en materia de interpretación constitucional, pues, de un lado el supuesto de la aceptación del pueblo del cual parte, es un supuesto que desde el punto de vista de la interpretación no permite construir una lógica constitucional coherente y, de otro lado, su eventual aplicación llevaría a una parálisis del sistema.

Hasta aquí entonces, dada la incapacidad del pueblo para ejercer una labor de intérprete constitucional, desde las perspectivas planteadas por el Constitucionalismo popular “robusto”, “modesto” y “trivial”, se puede llegar a la conclusión parcial de que si existe un tribunal constitucional dentro del entramado institucional, este debe ser soberano (tanto desde el punto de vista de que sus

decisiones sean inapelables, como desde el punto de vista de que no se encuentre sometido a otro poder) para interpretar la Constitución y desarrollar, por la vía jurídica constitucional, el campo de alcance de los derechos de los individuos<sup>21</sup>.

Sin embargo, la soberanía que predico de los tribunales constitucionales y la imposibilidad de aplicación de estos tres niveles de constitucionalismo popular no implica que el pueblo no pueda y deba jugar un rol fundamental dentro de la interpretación de la Constitución por parte de dichos tribunales. De hecho, el constitucionalismo popular expresivo, a través del replanteamiento conceptual que comporta, permite afirmar que dentro de un sistema democrático la opinión pública es un elemento connatural a la labor de interpretación constitucional ejecutada por los tribunales constitucionales, cuyo estudio les aporta a sus interpretaciones parte de su legitimidad.

### **LA OPINIÓN PÚBLICA, COLABORADOR “NECESARIO” EN LA LABOR DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

Como ya lo afirmaba, el constitucionalismo popular *expresivo* es aquel según el cual *la opinión popular* colabora a través de un diálogo permanente en la labor de interpretación del tribunal constitucional. Este tipo de constitucionalismo se diferencia fundamentalmente de los otros, porque aporta un replanteamiento conceptual en lo que a la labor de la interpretación constitucional por parte del pueblo se refiere. El constitucionalismo popular *expresivo* se caracteriza, por una parte, porque abandona la idea de pueblo como entidad abstracta conformada por la suma de los individuos o como un todo orgánico para retomar el concepto de opinión pública y, por otra parte, porque no da a esa opinión pública la facultad, ni procura dársela, de intérprete directo de la Constitución, sino que la toma como elemento de colaboración de la labor de interpretación constitucional desarrollada de manera soberana por los tribunales constitucionales.

Así, el constitucionalismo popular *expresivo* se diferencia del *robusto*, del *modesto* y del *trivial* porque en él no se contraponen la soberanía popular a la soberanía de interpretación de los tribunales constitucionales, sino que se propone una relación de colaboración entre esta última y la opinión pública. Es decir, se

21 En este sentido, es importante precisar que soberanía no significa que los tribunales constitucionales pueden hacer lo que les plazca, es decir, no quiere decir poder ilimitado. Aunque en la práctica su posición de autoridad última los haga parecer unos dictadores, quienes así los ven, parten de un error conceptual, pues la interpretación constitucional tiene sus límites dentro de la propia Constitución. Sobre los límites de *interprétation* ver, entre otros: M. TROPER, *L'interprétation constitutionnelle*, in *L'interprétation constitutionnelle*, F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir), Dalloz, 2005, págs. 13-26; D. DE BECHILLON, *Huit manières de se demander si l'interprète est libre*, in *L'interprétation constitutionnelle* F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir), Dalloz, 2005, págs. 27-32; J. ESGUERRA, *Nuestro control de constitucionalidad no tiene controles, pero ciertamente tiene límites*, in *Justicia Constitucional: El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, 2006, págs. 81-118.

propone una especie de “coparticipación” de la opinión pública en la interpretación de la Constitución. En este orden, los cuestionamientos que se nos presentan no consisten más en determinar si el pueblo puede o no actuar como uno solo y si puede o no ser intérprete de la Constitución, sino en determinar lo que se debe entender por *opinión pública* para que, en la práctica, esta pueda servir de colaboradora en el proceso de interpretación constitucional desarrollado por los tribunales constitucionales.

Dado que el concepto de *opinión pública* ha sido ampliamente debatido en materia de filosofía política<sup>22</sup>, y dado que dicho debate no es el objeto central de este artículo, entraré directamente a determinar cuál es la concepción de opinión pública que en mi concepto se ajusta mejor a la lógica del constitucionalismo popular *expresivo*. Para ello, –haciendo la salvedad de que en ningún momento pretendo considerar que este debate está agotado–, partiré de dos consideraciones específicas sobre lo que en mi concepto No puede ser considerado como *opinión pública* dentro del contexto de este constitucionalismo popular y así, por la vía negativa, intentar establecer lo que esta noción debe significar para que pueda ser integrada al ejercicio de la interpretación constitucional.

Veamos entonces las dos consideraciones con respecto a lo que no puede ser la *opinión pública*: (1) La opinión pública no puede ser la expresión de la voluntad del pueblo considerado como órgano. Rechazo esta concepción, pues ella presupondría que las opiniones que son expresadas públicamente son idénticas y que existe una unanimidad entre los individuos que conforman el pueblo a la hora de expresarse sobre un tema determinado; lo que en la práctica es imposible<sup>23</sup>. (2) Segunda consideración: la opinión pública No puede ser considerada como sinónimo de la opinión de la mayoría. No puede ser así, pues esto equivaldría a afirmar que existe una sola opinión pública que es la mayoritaria y entonces las opiniones minoritarias, aun siendo expresadas y defendidas en el escenario público, serían consideradas como opiniones simplemente privadas, lo que en simple lógica resulta en extremo excluyente y, por ende, inconcebible dentro de un sistema que se denomine democrático.

Así las cosas, realizadas las dos consideraciones anteriores, cuando hago referencia a la *opinión pública* dentro del contexto del constitucionalismo popular *expresivo*, hago referencia a todas las opiniones expresadas dentro del espacio público, entendido este, en términos de HABERMAS<sup>24</sup>, *como una red para la*

22 Sobre este tema, ver, por ejemplo, los estudios recientes de: N. DE ALMEIDA, *La société du jugement: essai sur les nouveaux pouvoirs de l'opinion*, A. Colin, 2007; J. JULLIARD, *La reine du monde: Essai sur la démocratie d'opinion*, Flammarion, 2007; J. STOETZEL, *Théorie des opinions*, l'Harmattan, 2006.

23 Ver., *supra*.

24 J. HABERMAS, *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société*

*comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de opiniones, en la cual los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas reunidas en torno a temas específicos. Es decir, cuando utilizo la noción de opinión pública, hago referencia a la opinión mayoritaria y a las opiniones minoritarias que puedan ser expresadas en un momento determinado sobre temas de interés público dentro del espacio público y que sean susceptibles de guiar la labor de los gobernantes.*

Entendida así, la *opinión pública* puede participar de la formación de la interpretación de la Constitución a plantear por parte de los tribunales constitucionales, ya sea directamente, porque los tribunales constitucionales tienen en cuenta las críticas populares a sus decisiones<sup>25</sup>, las cuales pueden ser expresadas de manera formal (cuando se expresan dentro del procedimiento específico de interpretación constitucional) o informal (cuando se expresan por fuera del procedimiento específico de interpretación constitucional, pero dentro del espacio público). O ya sea indirectamente a través del tiempo, cuando eligen determinados representantes que posteriormente elegirán determinados jueces constitucionales según sus inclinaciones políticas.

En este orden de ideas, aceptando que el tribunal constitucional tiene desde el punto de vista técnico-legal la última palabra en materia de interpretación, como sucede dentro del marco del Constitucionalismo *popular expresivo*, veamos entonces, en primer lugar, si los tribunales constitucionales están obligados a hacer participar de manera formal a la opinión pública de los debates en materia de interpretación constitucional **(1)**; y en segundo lugar, si dichos tribunales están en la obligación de ser reactivos ante la opinión pública expresada de manera informal **(2)** para que sus decisiones sean legítimas.

**(1)** Con respecto a la primera interrogación, hay que comenzar por precisar que la obligación para un tribunal constitucional de convocar la opinión pública para que de manera formal se exprese en los procedimientos constitucionales, varía siempre según la manera como al interior de cada Estado se han reglamentado los procedimientos en materia de control constitucional y protección de derechos individuales. Sin embargo, en mi concepto, considero que en general no es necesario obligar a los tribunales constitucionales a procurar la intervención de la opinión pública para darles legitimidad a sus decisiones; creo que la simple apertura del proceso para que cualquier particular que tenga interés en él pueda participar es más que suficiente. En otros términos, no es al tribunal constitucional a quien corresponde estar convocando los interesados, ellos deben acercarse cuando

---

*bourgeoise*, Payot, 1993.

25 D. ROUSSEAU, *op. cit.*, págs. 510-514.

así lo consideren pertinente. En cualquier caso, siendo o no obligatorio para los tribunales constitucionales el realizar esta convocatoria, la opinión pública expresada formalmente (voluntaria o convocada) ya sea a nombre personal, de grupos, de colectividades, de partidos, etc., debe ser siempre tenida en cuenta por dichos tribunales a la hora de construir la argumentación de su interpretación. El aspecto formal de la opinión pública obliga a que la misma sea considerada como una petición de parte dentro del proceso constitucional que debe ser resuelta. El juez debe pronunciarse sobre las razones por las cuales desestima una u otra opinión o por qué sólo la acepta parcialmente.

Sin embargo, hay que precisar que la legitimidad de la interpretación del juez constitucional frente a la opinión pública no depende de un fallo a favor de las mayorías de turno o en contra de las mismas. La interpretación se encuentra legitimada con el solo hecho de que, para su sustentación, el juez constitucional haya intentado encontrar, retomando términos de DWORKIN, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y de la doctrina legal (constitucional) de su comunidad, preguntándose cuál es la mejor forma de integrar las posiciones expresadas por la opinión pública dentro de la construcción del orden constitucional; de forma que reflejen de manera más o menos acertada el sentir de la comunidad en su conjunto<sup>26</sup>. En otros términos, el tribunal constitucional legitima su interpretación con el solo hecho de servir de mediador que facilita el diálogo entre los actores directamente involucrados en la materia de discusión para que aparezca el sentido de la interpretación que del texto constitucional se debe hacer en función de las realidades de la comunidad.

(2) Con respecto a la segunda interrogación, a saber, si los tribunales constitucionales deben integrar la opinión pública expresada de manera informal dentro de su argumentación interpretativa, considero que si bien el juez constitucional no puede abstraerse del entorno que lo rodea y, por ende, de las diferentes opiniones expresadas dentro del espacio público, este no se encuentra en la obligación de integrar la opinión pública expresada informalmente dentro del proceso de interpretación constitucional. Rechazo el carácter obligatorio del postulado, pues en mi concepto, teniendo en cuenta la manipulación de que es objeto la divulgación de la misma, las opiniones públicas expresadas informalmente solo deben servir a los tribunales constitucionales para aclarar, si lo consideran necesario, apartes de su discusión. Es decir, son un elemento adicional que sirve como elemento de análisis a los tribunales constitucionales, sin que ello implique que los mismos, como en el caso de las opiniones públicas expresadas formalmente, estén obligados a reaccionar y a explicar el porqué no siguen una u otra posición informal. Es decir, las opiniones, ya sean mayoritarias o minoritarias expresadas

26 R. DWORKIN, *L'empire du droit*, PUF, 1994, pág. 108.

de manera informal, no tienen por qué condicionar la decisión del juez, aunque le pueden ayudar a interpretar la Constitución a partir del estudio de los diferentes puntos de vista esgrimidos informalmente.

En este sentido, me parece a su vez inoportuno que el tribunal constitucional se encuentre obligado a integrar la opinión pública expresada informalmente al proceso de interpretación constitucional, entre otras razones, porque esto abriría la puerta para que dichos tribunales entren en el juego político de la popularidad y de la búsqueda de legitimidad, a través de la emisión de fallos “a la carta” que les permitan salir bien librados del juzgamiento de las masas o simplemente de los medios de comunicación. En otras palabras, esta situación sería una puerta abierta para que los tribunales constitucionales se expongan aún más al juego político del cual deben permanecer ajenos. En este sentido, por ejemplo, los tribunales constitucionales no tienen por qué explicar sus decisiones de manera informal, les debe siempre bastar a ellos y a los individuos, la argumentación expresada de manera formal en la providencia<sup>27</sup>.

Sin embargo, aunque rechazo la obligatoriedad de la integración de la opinión pública informal, considero que los tribunales detentan la función de intérpretes del consenso que se puede crear a través del diálogo y de la expresión de las diferentes opiniones públicas, es decir, de un consenso constitucional que refleje la voluntad general. Esto no significa que los tribunales constitucionales deben seguir la opinión pública informal de la mayoría o de la minoría, eso sería un comportamiento simplista no propio del más alto tribunal en materia constitucional dentro del Estado, pero sí, que deben servir de guía para que a través del análisis de dichas opiniones identifiquen elementos que contribuyan a la construcción de un consenso constitucional que refleje la voluntad general y les permita evitar poner en duda su legitimidad.

En este sentido hay que resaltar que la relación de los tribunales con la opinión pública no responde solamente a una lógica de integración de dicha opinión dentro del trabajo de interpretación constitucional, sino que también obedece a la dependencia de toda institución política (en su sentido orgánico), en algún grado,

---

27 En este punto me parece de gran claridad la posición del profesor J. ROBERT, quien en relación con el Consejo constitucional francés, afirmaba a propósito de la tendencia de dicho Consejo a intentar justificar sus fallos en los medios de comunicación. “Está permitido a toda persona que es juzgada maldecir sus jueces y la crítica es libre. A pesar de lo anterior, el consejo constitucional no está por ese hecho en la obligación de defender públicamente sus decisiones ni hacer publicar comunicados en los que intente justificarse. Tampoco debe tener el interés, aun si los ataques de que es objeto le parecen excesivos, de ripostar oficialmente llamando a sus adversarios a cumplir sus deberes. Una jurisdicción suprema debe ser discreta y reservada. Penetrando en la arena política, se sale de su rol y no puede más que recibir golpes” (nuestra traducción) J. ROBERT, *Le juge constitutionnel, juge des libertés*, LGDJ/MONTCHRESTIEN, 1999.

de la opinión pública. Retomando la posición defendida por TH. MASON, a propósito de las instituciones de gobierno, nada puede existir sin los afectos del pueblo y si se ubica en un lugar independiente de la nación, pronto perderá la afección del mismo, la cual es esencial para que pueda existir en el tiempo. Lo cual no significa, en ningún caso, que la legitimidad proviene de la aprobación popular de las interpretaciones. Como en el caso de la opinión pública expresada formalmente, la legitimidad de la decisión proviene de la valoración de las diferentes opiniones, aun si se decide no tenerlas en cuenta para la argumentación. Entonces, no se trata de que los jueces constitucionales sigan la opinión pública, sino que emitan sus decisiones sin abstraerse de las realidades que los rodean y que están presentes al interior de su comunidad. Intentando así desarrollar su jurisprudencia al ritmo de la sociedad, pero guardando siempre su potestad de darle grandes impulsos por la vía del activismo a la construcción de un orden constitucional más justo.

Finalmente, en materia de constitucionalismo popular expresivo, quedaría por anotar que aunque por esencia su aplicación debe ser anterior a la emisión de los fallos. Ello no excluye la posibilidad de que sirva de guía en materia de interpretación constitucional, a través de la crítica y el debate posterior del que pueden ser objeto las decisiones de los tribunales constitucionales. En efecto, dado que los tribunales constitucionales no son una especie de oráculo infalible, sus decisiones pueden ser revisadas, ya sea por la vía de la reforma constitucional o directamente por el mismo tribunal y para presionar esta revisión la opinión pública juega un papel fundamental<sup>28</sup>.

Así las cosas, el constitucionalismo popular expresivo sería entonces el desarrollo de la idea de que las personas del común deben no solo prestar atención a los temas de debate constitucional para colaborar en la contracción de las decisiones de los tribunales constitucionales, sino a su vez, dar importancia a las decisiones ya tomadas por los tribunales constitucionales para criticarlas cuando excedan sus principios sociales, su historia, su estructura institucional y a su vez votar por aquellos representantes que sean capaces de defender sus puntos de vista frente a dichos tribunales cuando así lo consideren necesario. Un Constitucionalismo popular así entendido, encuadra perfectamente dentro de la lógica de la soberanía constitucional de los tribunales constitucionales y la expresión de la opinión del pueblo en materia constitucional.

## CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, quisiera simplemente anotar que la soberanía constitucional en cabeza de un tribunal constitucional es una decisión política tomada por parte de una comunidad a través de su Constitución, por ello la misma Corte se encuentra ligada por las disposiciones de dicho texto para emitir

28 A pesar de que la misma puede ser manipulada.

sus decisiones. Así, desde el punto de vista práctico, a pesar de que poseen una libertad para construir y ampliar el alcance de los derechos individuales, no por ello actúan dentro de un campo indeterminado. De hecho, es esta delimitación del campo de interpretación fijada en la Constitución la que otorga a las decisiones de los tribunales constitucionales la legitimación democrática que se les exige. Sin embargo, los tribunales constitucionales no pueden hacer abstracción del entorno que los rodea y por ello es oportuno anotar que, a pesar de que la legitimidad desde el punto de vista democrático esté resguardada por una actuación dentro de los límites fijados por la propia Constitución, la convergencia entre las decisiones de dichos tribunales y la opinión pública resulta de fundamental importancia para perpetuar su existencia<sup>29</sup>.

Pero dicha convergencia solo podrá ser alcanzada, de manera adecuada y sin manipulaciones ni para uno ni para otro lado, si en primer lugar, continuamos otorgándoles el voto de confianza a los jueces constitucionales para que interpreten de manera libre y soberana la Constitución, al tiempo que desarrollan los derechos de los individuos. En segundo lugar, si los tribunales constitucionales guardan su condición de servidores, cuya seriedad y conocimiento respetamos en toda su dimensión, pero que se encuentran sometidos como cualquier individuo o autoridad en un Estado de derecho a las disposiciones consagradas por el soberano en la Constitución. Y en tercer lugar, si quienes estudiamos el derecho constitucional entendemos y aceptamos de una vez por todas, aunque sea contrario a la moda, que el ejercicio de la soberanía popular tiene en la práctica límites infranqueables.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS Y MANUALES:

- ALMEIDA de (N), *La société du jugement: essai sur les nouveaux pouvoirs de l'opinion*, A. COLIN, 2007.
- CHAGNOLLAUD (D), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe-XXe siècle*, Paris, LGDJ, 2000.
- DRAGO (G), *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2<sup>a</sup> ed., 2006.
- DWORKIN (R), *L'empire du droit*, PUF, 1994.
- GARGARELLA (R), *Democratization and the Judiciary* (co.editor), Frank Cass, 2005.
- HABERMAS (J), *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 1993.

<sup>29</sup> Es lo que DRAGO denomina “la legitimidad funcional de la jurisdicción constitucional”. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 1998, págs. 133-135.

- JULLIARD (J), *La reine du monde: Essai sur la démocratie d'opinion*, Flammarion, 2007.
- KELSEN (H), (trad. S.BAUME) *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, Paris, Michel Houdiard, 2006.
- KRAMER (L), *The People Themselves. Popular Constitutionalism and judicial Review*, Oxford University Press, 2004.
- PARKER (R), *"Here the people rule": A Constitutional populist manifesto*, iUniverse, 1999.
- PNUD, *La Democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, PNUD-ONU, 2004.
- ROBERT (J), *Le juge constitutionnel, juge des libertés*, LGDJ/Montchrestien, 1999.
- ROUSSEAU (D), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., 2006.
- STOETZEL (J), *Théorie des opinions*, l'Harmattan, 2006.
- TROPER (M), JAUNE (L) (dir), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, Bruylant LGDJ, 1994.
- TUSHNET (M), *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999.
- WALDRON (J), *The dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.

## ARTÍCULOS:

- ALEXÁNDER (L) y SOLUM (L), *Book Review: Popular? Constitutionalism?*, in: Harvard Law Review, Vol., 118.
- BECHILLON DE (D), *Huit manières de se demander si l'interprète est libre*, in: L'interprétation constitutionnelle F. Melin-Soucramanien (dir), Dalloz, 2005.
- ESGUERRA (J), *Nuestro control de constitucionalidad no tiene controles, pero ciertamente tiene límites*, in *Justicia Constitucional: El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, 2006.
- GUARDIOLA (O), *Famous last words: constitucionalismo popular y el lugar de la verdad en política y derecho*, in: *Justicia Constitucional: El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, 2006.
- PASQUINO (P), *Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle*, C. SCHMITT et H. Kelsen?, in M. Troper, L. Jaune (dir), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, Bruylant LGDJ, 1994.
- SMITH (P), *Los ciclos de democracia electoral en América Latina 1900-2000*, in: *Revista Política y Gobierno*, VOL. XI, n° 2, 2004.
- TROPER (M), *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel* in P. AMSELEK (dir), *Interprétation et Droit*, Bruylant, 1995.
- TROPER (M), *L'interprétation constitutionnelle*, in *L'interprétation constitutionnelle*, F. Melin-Soucramanien (dir), Dalloz, 2005.
- VEDEL (G), *Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'Homme*, in *Pouvoirs*, 1988, n°45.

