

# Artículos

---



PARTE I:  
DERECHO, POLÍTICA Y HERMENÉUTICA



# Interpretación y creación judicial del derecho. La tensión entre Constitucionalismo y Democracia

**Autor:** José Luis Rey Pérez

Profesor de Teoría del Derecho

Universidad Pontificia Comillas-ICADE

## Resumen

La inclusión de los derechos humanos en los textos constitucionales, principal característica de los Estados constitucionales, ha otorgado mucho protagonismo a los Tribunales Constitucionales, que son los encargados de custodiar e interpretar el alcance de tales derechos. Se ha cuestionado esta función del poder judicial por ser una restricción a la decisión de las mayorías políticas. En este trabajo, se analizan las características de la tensión entre constitucionalismo y democracia y se intenta ver como el poder judicial puede entenderse como una garantía a la democracia al ser su tarea principalmente interpretativa a partir de lo contenido en el propio texto constitucional.

*Palabras clave:* constitucionalismo, democracia, derechos fundamentales, Tribunal Constitucional.

### Abstract

The introduction of the human rights in the Constitutions, that is the main characteristic of the Constitutional states, has given an important role to Constitutional Courts because they are responsible for protecting and interpreting those rights. This role assigned to judges has been discussed because it means a restriction to the decisions that can be adopted by a political majority. In this paper, the characteristics of the tension between democracy and constitutionalism will be studied and it will be argued that judicial power can be a guarantee of democracy if we understand its role as an interpretative role of the contents of the Constitution.

*Key words:* democracy, constitutionalism, fundamental rights, Constitutional Court.

Recibido: 01.09.2010

Aceptado: 01.10.2010

---

### I. Introducción

Como es de sobra conocido, en la doctrina clásica tradicional, el papel del juez quedaba reducido simplemente a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza ni el rigor de la ley misma”, tal y como expuso Montesquieu en *El espíritu de las leyes*. Esta función asignada a los jueces, consistente en la aplicación automática y casi mecánica de las normas, se correspondía con un modelo de Estado en el que los tres poderes estaban claramente diferenciados: el legislativo debía dictar las normas, el ejecutivo desarrollarlas y aplicarlas, y el judicial ponerse en marcha cuando éstas se incumplieran para hacer valer el carácter coactivo del Derecho. De alguna forma el positivismo teórico reforzó esta visión al defender que el sistema jurídico era un sistema completo, sin contradicciones, pleno y suficientemente claro. Si “in claris non fit interpretatio” y las normas son lo suficientemente claras, entonces la tarea de los aplicadores del Derecho resultaría bastante sencilla.

Sin embargo, esta visión dista mucho de corresponderse con la realidad. El realismo jurídico desarrollado por una serie de autores a principios del siglo XX, nos ha hecho caer en la cuenta de que el juez, al tomar sus decisiones, no actúa de forma tan mecánica como pretendía el formalismo jurídico. La gran aportación del realismo a la teoría del Derecho es, precisamente, hacernos conscientes de que los jueces al tomar sus decisiones tienen un cierto margen de libertad o de discrecionalidad, puede que no tanto como el que algunos realistas pretendieron pero, sin duda, su labor no consiste en una tarea automática, sino en un trabajo de acercamiento de la norma general al caso concreto en el que la interpretación se convierte en el principal trabajo. De ahí que desde hace años la teoría del Derecho haya centrado su atención en la

tarea interpretativa de los jueces y en las formas de argumentación que éstos utilizan para justificar o motivar sus sentencias.

Este tema surge además con inusitada fuerza en el Estado constitucional de Derecho como una evolución o un paso más allá del Estado legislativo de Derecho. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y en los Estados de Derecho contemporáneos, no es meramente una norma procedimental, sino que recoge una serie de contenidos materiales, o dicho con otras palabras, una serie de contenidos de moralidad que positiviza en forma de derechos fundamentales<sup>1</sup>. La Constitución se supone que es así, por un lado, la muestra más clara de la voluntad general, puesto que surge de un consenso especialmente cualificado que se pone de manifiesto en el momento constitucional, y es, al mismo tiempo, un consenso sobre determinados contenidos de moralidad que quedarían sustraídos al poder de decisión de la mayoría en el normal procedimiento legislativo. Garzón Valdés ha utilizado en este punto una afortunada expresión: los derechos fundamentales constituyen el *coto vedado* a la decisión de la mayoría democrática<sup>2</sup>: “la Constitución es aquello sobre lo que no se vota; o mejor, en referencia a las constituciones democráticas, es aquello sobre lo ya no se vota, porque ya ha sido votado de una vez por todas, en su origen”<sup>3</sup>. El poder judicial aparece aquí como el garante de ese coto vedado. Se produce una cierta tensión entre constitucionalismo y democracia porque, por un lado, no está del todo claro el alcance de los derechos incluidos en la Constitución y, por otro, esa tarea de garantía del poder judicial puede ser tachada de contra mayoritaria, puede ser vista como una sustracción al poder democrático.

En este trabajo me propongo reflexionar sobre estas cuestiones: por un lado, ¿qué consecuencias tiene la inclusión de los derechos en los textos constitucionales? ¿Tiene sentido que constituyan una restricción a la democracia? ¿Por qué han de ser los jueces precisamente los que actúen como garantía de esos derechos si carecen del respaldo democrático?<sup>4</sup> ¿Podríamos entonces llegar a un gobierno de los jueces? Y, por último, ¿hay salida a esta tensión entre constitucionalismo y democracia?

## II. La inclusión de los derechos en los textos constitucionales

El paso de un Estado legislativo a uno Constitucional de Derecho viene dado por el papel que en este último juega la Constitución no sólo como una norma que esta-

<sup>1</sup> Vid, entre otros, ALEXY, R., “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático”, *Derechos y Libertades*, n. 8, 2000, pp. 21-42.

<sup>2</sup> GARZÓN VALDÉS, E., “Representación y democracia” en *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 631-650.

<sup>3</sup> ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. M. Mtnez. Neira. Madrid: Trotta, 2008, p. 27.

<sup>4</sup> R. ALEXY explica que “el Estado democrático de Derecho es aquél en el que el legislador es el que de forma exclusiva controla el proceso democrático. En cambio, el Estado constitucional democrático es aquél en el que esta función es llevada a cabo por un tribunal constitucional”, cit., pp. 37-38.

blece cómo deben ser tomadas las decisiones, sino también sobre lo que hay que decidir, como ha puesto de relieve Ferrajoli<sup>5</sup>. Este cambio viene sobre todo de la incorporación de los derechos fundamentales al texto constitucional, lo que ha supuesto que los sistemas normativos ya no sean sistemas dinámicos, tal y como decía Kelsen, sino que se convierten en sistemas mixtos<sup>6</sup> en los que el examen de la validez no es únicamente formal sino que pasa a ser también sustantivo o de contenido<sup>7</sup>. Al haberse incorporado aspectos materiales a la regla de reconocimiento, hay que analizar que las normas del sistema no vulneran ese contenido material presente en la citada regla. Y eso hace, obviamente, que la interpretación juegue un papel relevante, porque como ha señalado Mari Carmen Barranco “hoy una teoría de la interpretación no puede construirse sin tener en cuenta la necesidad de dotar de significado a las disposiciones materiales de la Constitución”<sup>8</sup>. El contenido material recogido en los valores, principios y derechos fundamentales hacen del razonamiento – y, por tanto, de la argumentación- una exigencia constitucional y provocan que la visión mecanicista de la interpretación como simple operación de subsunción esté superada<sup>9</sup>. Si bien podía ser cierto que las disposiciones formales eran más fácilmente interpretables, las materiales vienen presididas por una cierta ambigüedad que se pone de manifiesto, por ejemplo, en los conflictos de derechos, en el alcance que puedan tener los derechos sociales, o en la ambigüedad que presentan muchos derechos fundamentales. Y es aquí precisamente donde el poder judicial adquiere relevancia, porque será él quien deba medir el alcance del contenido de la Constitución a partir de su tarea interpretativa. Como ha señalado Luis Prieto, “la Constitución ha significado un estímulo para el derecho judicial [...] el problema que debe afrontar el juez ya no se limita a inferir si la norma es idónea para resolver un supuesto de hecho, sino que, con carácter previo, ha de preguntarse acerca de la propia legitimidad constitucional de la norma y de la solución más adecuada la luz de esa misma preceptiva constitucional”<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. A. Ibáñez y A. Greppi. Madrid: Trotta, 1999, y *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, trad. A. Greppi. Madrid: Trotta, 2006.

<sup>6</sup> “La creciente presencia de principios puede entenderse como un cierto acercamiento del sistema dinámico al estático, como un intento de que toda norma o decisión jurídica resulte congruente con el conjunto de un ordenamiento que se considera dotado de sentido gracias precisamente a los principios”, PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 24.

<sup>7</sup> No obstante, esto no quita para que Kelsen fuera el gran defensor de la existencia de los tribunales constitucionales, aunque no defendiera una concepción sustantiva de la democracia sino más bien una procedimental. Para Kelsen, en consecuencia, el objeto del examen de constitucionalidad no versa sobre el contenido de la norma, sino sobre su forma de producción. Con todo, Kelsen reconocía el papel de protección de las minorías que ejerce la justicia constitucional. Vid el debate entre SCHMITT, C. y KELSEN, H. en torno a la justicia constitucional, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*. El defensor de la Constitución vs. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, ed. G. Lombardi, trad. M. Sánchez y R. J. Brie. Madrid: Tecnos, 2009.

<sup>8</sup> BARRANCO AVILÉS, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 21.

<sup>9</sup> PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo. A propósito de *El Derecho dúctil* de Gustavo Zagrebelsky”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, 1996, p. 138.

<sup>10</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 122.

En cualquier caso, tampoco existe un acuerdo sobre cómo entender el constitucionalismo. Como señala Marisa Iglesias, es posible diferenciar entre un constitucionalismo político y uno humanista. El primero defiende que en el texto constitucional se recogen una serie de valores y principios en forma de derechos que surgen de concepciones éticas compartidas en la sociedad y cuyo alcance no va más allá de lo pactado por la comunidad política. Esto llevaría, de acuerdo con esta autora, a realizar interpretaciones literales y originalistas de los contenidos recogidos en la Constitución. En cambio, el constitucionalismo humanista considera que la Constitución es un mecanismo para hacer valer a nivel institucional una serie de valores de justicia que se consideran objetivos y universales y eso lleva “a que la distinción entre derechos de los ciudadanos y derechos humanos sea cada vez más fina [...] de otro lado, tiende a una lógica expansiva tanto en la interpretación de las cláusulas constitucionales como en la identificación de principios implícitos”<sup>11</sup>. En mi opinión, sin embargo, aunque partamos de un constitucionalismo político eso no significa que no se pueda hacer una interpretación del contenido de la Constitución, y en particular, de los derechos, de acuerdo con un criterio sociológico. Y es que el contenido de los derechos es muchas veces tan ambiguo que precisa una interpretación acorde con los tiempos para así cumplir con la finalidad del constituyente cuando los reconoció jurídicamente, una finalidad que también tiene que adaptarse a los tiempos<sup>12</sup>.

La dificultad estriba en si esta tarea interpretativa supone un recorte a la decisión democrática. Ésta es la tesis que ha sostenido el ya citado Ernesto Garzón Valdés. Para él, la inclusión de los derechos en la Constitución supone levantar un coto vedado a la decisión de las mayorías, a la decisión democrática. Los derechos funcionarían así como una especie de defensa o de blindaje de las minorías frente a una posible decisión mayoritaria que supusiese una restricción de sus derechos. Y precisamente en esta visión de los derechos como coto vedado es donde se pone más en evidencia la tensión entre constitucionalismo y democracia, entre derechos y democracia. La mayoría no puede decidirlo todo, estamos por tanto en una concepción sustantiva de la democracia que es una idea que limita y debilita el poder de decisión de las mayo-

<sup>11</sup> IGLESIAS VILA, M., “El positivismo en el Estado constitucional” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta-IIJ-UNAM, 2005, p. 95.

<sup>12</sup> De hecho, la rigidez constitucional no está reñida con una interpretación del texto constitucional adaptada a los tiempos, “esta adaptación puede producirse tanto en un sentido *expansivo* de los derechos (como ha ocurrido con respecto a la igualdad y la privacidad, por ejemplo), como un sentido *restrictivo* (así con respecto a la propiedad privada)”, FERRERES COMELLA, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, n. 23, 2000, p. 34. Vid. del mismo autor, *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. Personalmente considero que en términos de derechos hay que abogar siempre por interpretaciones extensivas y no restrictivas, como si la cláusula de no regresividad que algunos textos constitucionales reconocen para los derechos sociales estuviera siempre presente cuando hablamos de derechos. Lo que ocurre respecto a la propiedad es que debido a que su contenido no es generalizable, al ponderarla con otros derechos de mayor importancia debe ceder, entre otras cosas, porque la Constitución no configura la propiedad como un derecho absoluto, sino que reconoce su función social (art. 33.2).

rías. Como apunta Ferrajoli, “los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”<sup>13</sup>.

No obstante, antes de dar por buena esta tesis, creo que es procedente plantearse una serie de cuestiones. En primer lugar, ¿a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de derechos?, porque es sabido que sobre éstos, como sobre el Derecho mismo, existen diversas concepciones; en segundo lugar, ¿juegan el mismo papel siempre los derechos? y, por último, ¿qué entendemos por minoría, son éstas fácilmente identificables o se trata también de un concepto que precisa de interpretación?

En mi opinión, plantear la cuestión de la tensión existente entre constitucionalismo y democracia en los sistemas jurídicos contemporáneos supone adoptar una visión positivista metodológica sobre los derechos. Admitir que los jueces no pueden extender (ni restringir) el catálogo de derechos más allá de lo expresamente reconocido en el texto constitucional, supone en principio limitar la libre interpretación judicial, aunque obviamente los jueces pueden en muchos casos realizar interpretaciones extensivas, lo que no les resta, sin duda, un cierto protagonismo. La Constitución juega entonces un doble papel: por un lado, al hacer a los jueces garantes de su contenido, amplía su margen de enjuiciamiento más allá de lo que se defendía en el positivismo formalista, pero al mismo tiempo, limita el arbitrio judicial porque los jueces no pueden buscar los valores fuera de la Constitución, fuera del Derecho positivo<sup>14</sup>.

Admitir que los jueces están limitados por los derechos que expresamente se reconocen constitucionalmente supone asumir que para hablar de derechos en sentido jurídico, es necesario que éstos hayan sido incluidos en la norma suprema. Dicho con otras palabras, supone admitir lo que en la doctrina española se conoce como concepto dualista de los derechos: estamos en presencia de un derecho fundamental únicamente cuando una pretensión moral justificada que recoge determinados valores de moral o ética pública, esto es, los valores de dignidad, autonomía moral, igualdad, seguridad y solidaridad, es expresamente recogida y positivizada en una norma jurídica, en una norma que en los Estados constitucionales de Derecho suele ser precisamente la Constitución que, como se sabe, tiene un especial respaldo democrático<sup>15</sup>. Gregorio Peces-Barba, en sus últimos escritos, ha añadido a estos dos elementos, el moral y el jurídico, el de la justicia y el de la validez, el de la eficacia exigiendo además que tal pretensión positivizada esté en condiciones de ser realizada, de ser factible, que se den las condiciones materiales como para que ese derecho pueda ser con-

<sup>13</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., p. 24.

<sup>14</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 122 y ss.

<sup>15</sup> Sobre el concepto dualista de los derechos vid. ASÍS ROIG, R. DE, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*. Madrid: Dykinson, 2001.

cretado, materializado y efectivo<sup>16</sup>. Sin duda, la realizabilidad de los derechos es algo muy importante si no queremos que las declaraciones de derechos terminen por convertirse, sobre todo dada la carrera de inflación que éstos conocen, en un brindis al sol, en simple papel mojado. Sin embargo, desde mi forma de ver las cosas, este tercer elemento no pertenecería al concepto mismo de derecho, sino a una institución cercana a los derechos pero supeditada a ellos: las garantías. El siempre agudo Luigi Ferrajoli distingue entre garantías primarias y secundarias. Éstas serían las jurisdiccionales, esto es, las que se ponen en funcionamiento cuando las primarias han sido vulneradas, cuando un derecho no se ha respetado; son las que el poder judicial tiene encomendadas. En cambio, las primarias para él son los deberes y obligaciones que se derivan de la afirmación de un derecho<sup>17</sup>. Por mi parte, sin embargo, voy a entender por garantía primaria algo diferente de los deberes implicados por la existencia de derechos, porque creo que derechos y deberes se encuentran en un mismo nivel: al final los deberes no dejan de ser el reverso de los derechos, y todo derecho despliega un haz de deberes tanto positivos como negativos, dirigidos tanto al Estado como a los individuos. Las garantías se sitúan por debajo de derechos y deberes y son las instituciones que tratan de hacer efectivo el contenido de los derechos y los deberes.

En este trabajo, por tanto, se va a entender derecho en un sentido positivista, y no en un sentido moral. Esto no es óbice para que se considere que en muchas ocasiones los tribunales, cuando tienen que dirimir conflictos de derechos, utilicen en su argumentación elementos morales. Lo único que sostengo es que para que tales elementos morales puedan ser tenidos en cuenta, han de tener una conexión con el derecho efectivamente recogido en la norma jurídica. Y se van a comprender las garantías como las instituciones que concretan y hacen efectivo el contenido de los derechos en cada contexto y circunstancia social, geográfica, económica e histórica. La eficacia no está en el corazón del concepto de derecho, sino que pertenece a los medios institucionales con los que esos derechos se hacen realidad. Se trata de distinguir entre el *objeto* de un derecho y las *formas* en que éste puede ser realizado. Estas formas varían a lo largo del tiempo<sup>18</sup>. Como luego se intentará argumentar en el juego de las garantías es donde reside la discusión política y habrá que ver si ahí pueden o no entrar de alguna forma los jueces.

El reconocimiento constitucional de los derechos supone por tanto un recorte y una indicación de lo que la mayoría debe decidir. ¿Pero es esto así siempre? ¿Cuando la Constitución recoge, por poner un caso, la libertad de expresión está ciertamente

<sup>16</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fdez. Liesa y Á. Llamas. Madrid: BOE-Universidad Carlos III, 1995, pp. 110-113.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., pp. 59-65.

<sup>18</sup> Esto supone poner a la moral y al Derecho por encima de la economía, hacerlo de otra manera supondría que el reconocimiento de los derechos estuviera supeditado a la economía, a una disposición de recursos que se suele presentar como dato objetivo cuando en el fondo responde a una visión ideológica. Igual que los derechos limitan la democracia, limitan, y con mayor razón, el mercado. Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos", *Derechos y Libertades*, n. 2, 1993-1994, pp. 657-670.

dando una orientación al legislativo en torno a lo que tiene que hacer? ¿O esto sólo ocurre en el caso de los derechos sociales, que son derechos que obligan a una prestación? Este argumento ha sido tradicionalmente utilizado por los liberales para ver una diferencia sustancial entre los derechos civiles y políticos y los sociales, económicos y culturales. Así, mientras que los primeros asegurarían una esfera negativa donde no pueden interferir ni el Estado ni el resto de ciudadanos imponiendo por tanto meros deberes de abstención, los segundos impondrían un deber positivo al Estado que se vería obligado a hacer algo, a poner en marcha una serie de políticas públicas. Sin embargo, esta diferencia no es ajustada porque también de las libertades se derivan en muchas ocasiones deberes positivos. Dado el carácter directamente imperativo de la Constitución, los poderes públicos no sólo deben abstenerse para salvaguardar las libertades, sino que están obligados a llevar a cabo determinadas actuaciones precisamente para asegurarlas. En este sentido, tanto unos como otros derechos funcionarían en el marco del Estado constitucional como programas que luego la mayoría democrática debe poner en juego. Para dar realización a las libertades no basta con no hacer, en muchas ocasiones, hay que desarrollar actividades y actividades que son costosas<sup>19</sup>.

Por último, los derechos funcionan como garantía de la pervivencia de la minoría frente a posibles decisiones de la mayoría que pueden poner en riesgo la posición o los derechos del grupo minoritario. Garzón Valdés está pensando en esto cuando habla del coto vedado y a esto se refiere también Dworkin cuando entiende los derechos como triunfos<sup>20</sup>. Las mayorías no podrían decidir, por ejemplo, recortar o restringir un derecho a un grupo minoritario, por mucho que hubieran obtenido un amplio consenso en sede parlamentaria<sup>21</sup>. Precisamente, los jueces funcionan así como garantía última de que esos derechos de las minorías no serán vulnerados. Y es que “el pluralismo es el punto de referencia de la Constitución democrática”<sup>22</sup>. Sin embargo, el concepto mismo de minoría es un concepto que precisa de una interpretación<sup>23</sup>. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de minoría? ¿A una minoría numérica simplemente? No parece que éste sea el sentido. La minoría no hace referencia tanto a la

<sup>19</sup> Desarrollo estos argumentos en “La naturaleza de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, n. 16, 2007, pp. 137-156, y en “El futuro de los derechos sociales”, *Miscelánea Comillas*, vol. 67, n. 130, 2009, pp. 257-281.

<sup>20</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

<sup>21</sup> De hecho, en el caso español, la posibilidad de establecer un recurso ante el Tribunal Constitucional se reconoce, entre otros, a cincuenta diputados o senadores con lo que “se quiere afirmar la oportunidad de acudir al Tribunal Constitucional a los miembros de grupos minoritarios”, MONTILLA MARTOS, J. A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta, 2002, p. 38.

<sup>22</sup> Ídem, p. 88.

<sup>23</sup> Como señala DE LORA, P., “cuando el defensor de la justicia constitucional recurre a la protección de las minorías como última razón justificatoria, asume dos premisas que son cuando menos dudosas. En primer lugar, que cabe identificar claramente a la mayoría, y en segundo lugar, que es predicable de ella su carácter potencialmente peligroso”, “Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, 1996, p. 379.

cantidad, como a la posición de desventaja que un determinado grupo ha ocupado históricamente, a la posición de ausencia de un nivel de representación y de presencia en la esfera pública suficiente. Teniendo en cuenta esto, es obvio que los grandes banqueros o las grandes fortunas son una minoría en sentido numérico, pero probablemente nunca nos referiríamos a ellos como una minoría en sentido jurídico-político. Las mujeres no constituyen una minoría numérica porque son por lo menos la mitad de la población, pero sí lo son en sentido político en tanto que su posición de igualdad jurídica y de representación todavía no se ha alcanzado del todo. Por tanto, cuando en este contexto estamos hablando de minorías nos estamos refiriendo a un grupo que tiene algún tipo de dificultad a la hora de hacer valer sus pretensiones en la discusión pública. Por otra parte, en muchas ocasiones no coinciden las minorías sociales, esto es, las aquí descritas, con las minorías políticas que tienen una presencia en el parlamento y pueden hacer escuchar su voz. Mientras que las segundas pueden recurrir al Tribunal Constitucional solicitando la invalidez de una norma jurídica, las minorías sociales si no cuentan con la complicitad de ningún grupo político no pueden hacerlo, aunque tienen a su disposición en nuestro sistema constitucional el recurso de amparo como forma de obtener la tutela de sus derechos y también otras instituciones como el Defensor del Pueblo que puede acudir al Tribunal Constitucional ante una ley que recorte los derechos de las minorías sociales. El problema que se plantea es doble: por un lado, las fronteras de las minorías no están claras y menos en sociedades plurales y complejas como las actuales donde las personas pueden jugar diversos roles y, en segundo lugar, ¿dónde está el límite? ¿Puede una minoría frenar la decisión de una mayoría? ¿No corremos así el riesgo de alterar el juego democrático y hacerlo víctima de grupos de presión? ¿Cuál es entonces el papel de la judicatura en la defensa de los derechos de las minorías? ¿Por qué los jueces van a ser especialmente sensibles a la hora de defender a estos grupos? Como intentaré justificar, aquí la diferencia entre valores de ética pública y privada será pertinente para ver hasta dónde puede llegar la acción judicial.

### **III. Los derechos como restricción al poder democrático y los jueces como defensores de estos derechos**

Si damos por buena la tesis de Garzón Valdés, tenemos necesariamente que dar respuesta a una serie de cuestiones. En primer lugar, parece obvio que la decisión de incluir unos derechos en un texto constitucional es en sí misma democrática y constituye un acuerdo sobre positivizar en forma de derechos ciertos contenidos de moralidad que serán excluidos del juego y del debate político. Brucke Ackerman distingue en la democracia dos tipos de decisiones: las constitucionales, que son aquéllas que se expresan a través de la Constitución y de sus reformas (especialmente, si esas reformas exigen una votación popular como sería el caso del procedimiento agravado de reforma previsto en el artículo 168 del texto constitucional español) y las normales,

es decir, las que se toman a través del gobierno o del parlamento aprobando leyes de diverso ámbito; éstas son las que constituyen el juego político de todos los días. De acuerdo con Ackerman, los representantes políticos no tendrían autoridad para revocar las decisiones más sustanciales contenidas en la Constitución<sup>24</sup>. Esta idea de una especie de democracia dualista que diferencia entre dos tipos de decisiones, encaja bien con la tesis de Garzón Valdés y con nuestro propio sistema de reforma constitucional. Asumiéndola entonces parece lógico que haya un órgano destinado a salvaguardar esas decisiones tomadas en el momento constitucional, de las que las más importantes son, sin duda, los derechos, y esa tarea vendría asignada en nuestro contexto jurídico a un tribunal constitucional. E incluso llevando la tesis un poco más lejos, parecería también lógico que existiera una casi absoluta rigidez constitucional en lo que a los derechos se refiere. Algo que, por ejemplo, ocurre en Alemania donde el artículo 79 de la Ley Fundamental rechaza cualquier cambio que afecte a los 20 primeros artículos, o en Brasil, donde el artículo 60 de su texto constitucional declara intangibles y fuera de la posibilidad de revisión la totalidad de los derechos en ella recogidos. Sin embargo, no todo el mundo está de acuerdo en diferenciar decisiones democráticas cualitativas y extraordinarias –las constitucionales– y las de menor rango o importancia –las del legislador–. Andrea Greppi defiende que “las mayorías tienen legitimidad para pronunciarse sobre materias triviales, pero también sobre las materias más importantes. De este modo, no podemos decir que los derechos sean barreras *absolutamente* infranqueables. No podemos hacerlo, a menos que estemos dispuestos a renunciar también al conjunto de principios por el cual decimos que, en democracia, la última palabra corresponde a la comunidad política”<sup>25</sup>. Sin embargo, la distinción de los dos momentos democráticos no contradice los principios de la democracia, ya que el momento constitucional es también democrático. Lo que se hace es reforzar la democracia, obligando a tomar conciencia de la importancia de determinadas decisiones a través, por ejemplo, de mecanismos agravados de reforma constitucional. Esto no es debilitar la democracia, sino protegerla, dándole relevancia, exigiendo no sólo una votación regida por el principio de mayoría, sino una deliberación y un acuerdo, un consenso, que es en lo que finalmente consiste la democracia y por lo que tiene valor frente a otras formas de gobierno<sup>26</sup>.

Esto significa que el Tribunal Constitucional en su misión de asegurar estas decisiones democráticas de esos momentos constitucionales especialmente cualificados tiene que desarrollar una relevante tarea interpretativa. Por un lado, en un primer momento, quizá deba interpretar qué es lo que cae dentro de la decisión del

<sup>24</sup> Vid. ACKERMAN, B., *We The People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

<sup>25</sup> GREPPI, A., “Democracia como valor, como ideal y como método” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo*, cit., p. 356.

<sup>26</sup> “Para que exista sufragio universal toda supresión de las minorías debe quedar normativamente excluida”, SALAZAR UGARTE, P., “Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo*, cit., p. 434.

momento constitucional y lo que cae fuera, es decir, tiene que interpretar el propio sentido y alcance del momento constitucional. Por otro, es el órgano que tiene atribuido la interpretación del contenido de esas disposiciones especialmente calificadas. En la práctica, estas cuestiones son complejas. Por un lado, no siempre está claro lo que se entiende por momento constitucional. Es evidente que si aceptamos reformar, por poner un caso, el Título II de nuestra Constitución siguiendo el procedimiento agravado del artículo 168, probablemente nadie dudaría de que estuviésemos ante un nuevo momento constitucional, como efectivamente lo estuvimos en 1978. Pero recientemente se ha planteado la legitimidad del Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional determinados aspectos del Estatuto de Cataluña, acordado y consensuado en el Parlamento Catalán, revisado y corregido pero también aprobado por las Cortes Generales españolas, y votado y aprobado en referéndum por la ciudadanía. Ante la reciente Sentencia 31/2010 de 28 de junio en la que partes de ese Estatuto han sido declaradas inconstitucionales, los políticos catalanes han puesto sobre la mesa hasta qué punto puede el Tribunal Constitucional recortar la decisión democrática de la ciudadanía dejando de alguna forma entrever que, al menos en Cataluña, la aprobación del Estatuto constituiría un momento constitucional. Porque al final, y éste es quizá el punto clave de la cuestión, el órgano jurisdiccional aparece como un poder contramayoritario, castigante de las decisiones de la mayoría.

En principio, pienso que no hay mucho problema en admitir que hay determinadas materias que, por su especial relevancia, no tienen que ser objeto del regateo político y, en este sentido, los derechos son quizá lo más importante. Podría plantearse hasta qué punto, sobre todo ante textos constitucionales muy antiguos y no relativamente jóvenes como el nuestro, las generaciones de un determinado momento pueden atar las manos a las generaciones posteriores<sup>27</sup>, pero esto no supone ningún problema si la Constitución recoge procedimientos de reforma. Simplemente se está exigiendo que si se quiere volver a revisar ese acuerdo constitucional, no se haga por un juego de simples mayorías políticas, sino que se haga con un procedimiento agravado que haga que la gente tome conciencia de que estamos ante un momento constitucional, esto es, ante un momento en el que se van a alterar las normas del juego y eso requiere un especial consenso. El problema es que en la práctica política, hay determinadas circunstancias, como el ejemplo del Estatuto catalán, que se pueden interpretar como momentos constitucionales por determinados grupos de la población pero no por el órgano jurisdiccional que es el que tiene que tomar la decisión, y ahí ese órgano estaría actuando como freno de la decisión democrática. Por otro, dado el carácter necesariamente general que tiene la Constitución y, en concreto, los dere-

<sup>27</sup> Lo que se conoce como la paradoja de la democracia: “cada generación desea ser libre de atar a su sucesora, sin estar atada por sus predecesoras”, esto es posible únicamente para esa primera generación, pero no para las posteriores, todas las generaciones “no pueden alcanzar simultáneamente ese objetivo”, ELSTER, J., *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 159.

chos que ella recoge, cuando se ponen en práctica en casos concretos es cuando los tribunales tienen que tomar decisiones. Y se puede uno plantear hasta qué punto en esa toma de decisiones, en esa interpretación que hacen los tribunales, no están determinando el alcance y concretando el sentido de esos derechos. Y, de nuevo, sería un órgano no democrático el encargado de determinar hasta dónde llega cada uno de los derechos pudiendo recortar el sentido que le pueda querer otorgar una mayoría parlamentaria. Hay quien ha interpretado esto como un “fundamentalismo de los derechos” que tendría efectos devastadores sobre la democracia<sup>28</sup>. Anna Pintore sostiene que los derechos se convierten en un elemento que termina por devorar la democracia y la capacidad de decidir de los ciudadanos<sup>29</sup>. Una propuesta intermedia podría ser defender un constitucionalismo débil que incluyera dentro del coto vedado sólo un mínimo de derechos, aquéllos indispensables para asegurar el juego democrático. Más allá de este mínimo, todo podría ser objeto de discusión democrática<sup>30</sup>. El problema es que, desde mi punto de vista, este constitucionalismo no sería tan débil porque para asegurar la democracia no hace falta tan sólo garantizar los derechos de participación política y la libertad de expresión y opinión, sino que hace falta también reconocer los derechos sociales porque sin ellos no se está en condiciones de igualdad para participar en la toma de decisiones colectiva. El modelo de constitucionalismo débil refleja el modelo liberal del Estado que bajo el argumento de la democracia busca que sólo unos pocos estén en condiciones de implicarse en el juego democrático, los que dispongan de la suficiente riqueza. El constitucionalismo débil terminaría llevándonos a una oligarquía.

Porque, sin duda, el poder jurisdiccional tiene un ámbito de discreción o de margen cuando interpreta los contenidos constitucionales. ¿No sería la mejor interpretación de los contenidos constitucionales la que hace la sociedad a través de sus representantes políticos en el parlamento?<sup>31</sup> Puede, no obstante, que no sea la mejor en términos racionales y argumentativos y por eso aparece la justicia constitucional, como un órgano de control de la racionalidad y la coherencia de la decisión adoptada por el legislador. Es cierto que no estamos en la libre creación judicial del Derecho porque al estar obligados a motivar sus decisiones, los órganos jurisdiccionales no pueden salirse de unos márgenes determinados por la racionalidad, la coherencia con el resto de las normas del ordenamiento, y determinados procesos de argumentación jurídica y de la utilización de ciertos tipos de argumentos o justificaciones. Los tribunales tienen que someterse al Derecho y, en concreto, a lo que dispone la Constitución. Pero también lo es que, aun estando constreñidos por estos elementos, los órganos juris-

<sup>28</sup> MARTÍ MÁRMOL, J. L., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli. Un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo*, cit., pp. 365-402.

<sup>29</sup> PINTORE, A., “Derechos insaciables” en Ferrajoli, L. (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. A. Cabo y G. Pisarello. Madrid: Trotta, 2001, p. 243.

<sup>30</sup> DE LORA, P., “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo*, cit., pp. 251-265.

<sup>31</sup> Como, entre otros, defiende PEREZ ROYO, J., *Curso de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

dicionales tienen un margen de discrecionalidad que puede hacer que el diseño político o el alcance político de determinadas instituciones se decanten por un lado u otro<sup>32</sup>. Una muestra de ello es el interés que los partidos políticos siempre tienen en la formación y composición de los supremos órganos de la magistratura como es el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo. Y dado que no hay una elección democrática del poder jurisdiccional, realmente estas personas están en posesión de una enorme capacidad de decisión que contradice de alguna manera el fundamento de la democracia<sup>33</sup>.

La conciencia de este problema ha hecho que se hayan propuesto determinados mecanismos de democratización del poder judicial, como la introducción de los sistemas de jurados o el planteamiento de posibles mecanismos democráticos a la hora de designar a los representantes de los órganos más altos de la magistratura, algo que de alguna manera de forma indirecta ya ocurre en España con la designación de los miembros del Tribunal Constitucional o del Consejo General del Poder Judicial<sup>34</sup>. No obstante, dudo mucho que ésta sea la solución a los problemas, porque como señala Gargarella “la elección directa de los jueces no representa una salida adecuada a los problemas aquí planteados. Mientras la justicia siga teniendo la posibilidad de contradecir la voluntad de las mayorías en todo tipo de cuestiones y conserve el derecho a pronunciar *la última palabra*, tendremos que seguir hablando de tensiones entre la *justicia* y la *democracia*”<sup>35</sup>. Pero además, yo no sé si someter a la judicatura a los juegos de la política es la solución que requieren nuestros sistemas. Es cierto que desde una posición democrática pura, todo debería estar en manos del poder de decisión de la ciudadanía. Entre otras cosas, porque desde una postura ideal, “la democracia sería la perfecta garante de los derechos humanos y fundamentales. Toda tensión entre derechos fundamentales y democracia estaría eliminada. Derechos fundamentales y

<sup>32</sup> Es interesante en este punto, la postura defendida por Ferrajoli ya que pese a defender un modelo sustantivo de democracia al mismo tiempo aboga por minimizar la discrecionalidad judicial confiando en las posibilidades del lenguaje normativo para reducir la vaguedad o ambigüedad. Sin embargo, como señala GASCÓN ABELLÁN, M., el garantismo de Ferrajoli termina dando a los jueces un gran poder: “en el Estado garantista el legislador no tiene un poder de disposición, pues está limitado por los bienes y valores constitucionales, pero sí lo tiene el juez, como poder de censura de la ley”, “La teoría general del garantismo” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo*, cit., p. 30.

<sup>33</sup> Como sintéticamente dice GARCÍA FIGUEROA, A. al explicar este temor, “la jurisprudencia no puede ser fuente del derecho, porque los jueces no son elegidos por el pueblo”, “Palabras, palabras, palabras... De lo que el derecho les dice a los jueces”, *Jueces para la democracia*, n. 36, 1999, p. 64.

<sup>34</sup> FREEMAN, S., por ejemplo, ha defendido la democratización de la interpretación constitucional, que debería tomar sus decisiones atendiendo a las características de la comunidad política en cada momento, “Original Meaning, Democratic Interpretation and the Constitution”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 21, n. 1, 1992, pp. 21 y ss. Kelsen por su parte también defendió que la objeción democrática a la justicia constitucional podría solucionarse haciendo este órgano electivo: “no puede afirmarse que un Tribunal no pueda estructurarse tan democráticamente como cualquier otro órgano”, KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., p. 358. Vid. sobre Kelsen, PINTORE, A., “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, trad. J. A. Pérez Lledó, *Doxa*, n. 23, 2000, pp. 119-144.

<sup>35</sup> GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 119.

democracia estarían reconciliados sin reserva”<sup>36</sup>. Pero si atendemos a la realidad, nos encontramos con que hoy en día nuestras democracias presentan muchas carencias y muchos vicios. Y es en la democracia real donde se pone de manifiesto esta tensión entre constitucionalismo y democracia, donde los derechos de las minorías se pueden ver amenazados por decisiones tomadas por una mayoría. Quizá es verdad, como dice Ackerman, que en los momentos constitucionales lo que allí se acuerda es fruto de la decisión y de la voluntad de la mayoría, pero las decisiones que se toman en sede parlamentaria muchas veces están bastante alejadas de los deseos del pueblo y responden más bien a intereses, acuerdos, regateos de los partidos políticos, partidos éstos que no tienen en su interior un funcionamiento nada democrático. De ahí la excepcionalidad de los momentos constitucionales, de ahí que lo que surge allí sea fruto de un consenso, de un proceso de discusión argumentado. En la práctica política diaria vemos que las decisiones se toman de forma precipitada y en muchas ocasiones dando respuesta a intereses poco claros. ¿Vamos a hacer entonces a los jueces elegibles por medios democráticos para que se conviertan en una pieza más del juego político? Eso, sin duda, debilitaría el propio proceso democrático porque entonces la judicatura haría lo que determinase la mayoría del momento. Es decir, ya no serviría como una garantía de esos acuerdos fundamentales del momento constitucional, ahora sería, sí, un respaldo más a la mayoría<sup>37</sup>. Y, sin duda, en tal contexto las minorías corren muchos más riesgos, los derechos podrían interpretarse en función del deseo de una mayoría parlamentaria y los jueces ya no serían así la última garantía del sistema. La mayoría carecería de frenos.

Cuando antes he diferenciado entre derechos y garantías primarias y secundarias, lo he hecho precisamente para aplicar esta distinción al tema que nos ocupa. Los derechos, al pertenecer al momento constitucional, no pueden ser objeto del debate político, porque son los requisitos previos del propio juego democrático. Su contenido no puede estar en manos de una mayoría, hay que respetarlos siempre y en todo momento. Sin derechos generales e iguales para todos no hay democracia. Los jueces juegan aquí un papel importante porque dan realización a las garantías secundarias y deben preservar ese contenido esencial del derecho. Obviamente, para minimizar su poder discrecional, la interpretación judicial tiene que darse en unos márgenes y es ahí donde la motivación argumentada de las Sentencias juega un papel determinante. Y es ahí donde tiene que dirigirse la atención de los teóricos y académicos para poner de manifiesto cuándo los jueces han incurrido en fallos argumentativos graves. En cambio, las garantías primarias, las instituciones que en cada circunstancia social, económica e histórica, concretan los derechos son las que constituyen el objeto de la

---

<sup>36</sup> ALEXY, R., “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático”, cit., p. 39.

<sup>37</sup> “Un Tribunal políticamente alineado, quinta columna de fuerzas políticas externas, merecería pura y simplemente ser suprimido, ya que al estar prevenido a favor de la mayoría no tendría otra utilidad que la del encubrimiento y engaño de la opinión pública”, ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos*, cit., p. 57.

decisión democrática. Ellas son las que se tienen que decidir por el juego de las mayorías simples. Esto significa que la Constitución recoge un abanico de opciones bastante amplio entre las que cada mayoría parlamentaria optará para su desarrollo con unas garantías primarias. Pero ese abanico es limitado, hay opciones que quedan fuera de la Constitución<sup>38</sup>. La mayoría, pues, no lo puede decidir todo porque sólo podrá elegir entre aquellas garantías que realicen los derechos, que queden dentro del ámbito de los mismos. La Constitución, por tanto, al recoger los derechos está delimitando por qué margen se puede mover la mayoría<sup>39</sup>. García Amado apunta que la Constitución delimita un orden que puede entenderse de dos maneras: estableciendo simplemente las reglas del juego o bien imponiendo un orden de justicia que se pretende objetivo y que impone un límite al legislador. “En el primer sentido la Constitución es un marco o campo de juego, con sus reglas pero con libertad de jugada dentro del respeto a las mismas y donde nadie es al mismo tiempo jugador y árbitro. En el segundo sentido, la Constitución es programa a realizar, prefiguración de un modelo que a unos les obliga –el legislador- y a otros les convierte en árbitros o controladores de la fidelidad al guión, censores de las desviaciones del camino marcado y perfectamente señalado en el contenido material de los principios –los jueces”<sup>40</sup>. En mi opinión, se podría encontrar un camino intermedio entre estas dos vías, ya que las reglas del juego no son exclusivamente formales o procedimentales sino que exigen unos contenidos –en forma de derechos sociales y de garantía de la igualdad real y no meramente formal- pero eso no significa que contengan un programa cerrado, ya que abren la posibilidad de materializarse en forma de diversas garantías primarias, que serán por las que las mayorías políticas tendrán que decantarse.

Con esto no niego que quizá sería conveniente introducir mecanismos de democratización en el poder judicial. Pero creo que antes quizá tengamos que mejorar la democracia que ya existe y, cuando ésta funcione realmente, cuando estemos más cerca de una democracia cercana a los intereses del ciudadano, donde se delibere, sólo entonces podríamos plantearnos que el poder judicial quizá haya que democrati-

<sup>38</sup> DE LORA, P., “La posibilidad del constitucional thayeriano”, *Doxa*, n. 23, 2000, p. 58. Vid. también MORESO, J. J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 168 y ss.

<sup>39</sup> “Las decisiones democráticas están constreñidas por los derechos fundamentales, el legislador democrático no puede tomar decisiones que vulneren los derechos fundamentales. Ahora bien, quedan multitud de decisiones que son las que colorean la vida de dicha sociedad y encauzan la vida colectiva”, MORESO, J. J., “Sobre los conflictos entre derechos” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo*, cit., pp. 167-168. Son precisamente las decisiones sobre las garantías primarias las que son objeto de discusión en la democracia. Como señala GASCÓN ABELLÁN, M. “en una Constitución que contenga valores y principios de justicia material, si se quiere mantener el pluralismo hay que garantizar al menos dos cosas: primero, la interpretación de esos valores debe ser lo bastante flexible para no ahogar la *opción legislativa*; pero, segundo, dado que también el legislador puede poner en peligro el *pluralismo*, la opción legislativa debería asimismo ser controlada”, “La concepción del Derecho en *El Derecho dúctil*”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, 1996, p. 21.

<sup>40</sup> GARCÍA AMADO, J. A., “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, 1996, p. 82.

zarlo de alguna forma. Pero siempre teniendo en cuenta que la función del poder judicial no es plasmar el acuerdo de las mayorías, sino defender el ámbito de las minorías, defender los derechos como instrumentos contramayoritarios, como “derechos frente a”. Para ello se necesitan jueces que tengan un alto grado de identificación con los valores recogidos en la Constitución, con los valores formulados en forma de derechos. En este sentido los jueces tienen que defender siempre los valores de ética pública e impedir cualquier acción que suponga restringir la autonomía de las personas a la hora de elegir una moral privada y vivir de acuerdo con ella. Por tanto, una tarea muy importante que tendrían asignada en el marco de un Estado liberal, sería la de frenar cualquier decisión de la mayoría que suponga favorecer o imponer un ideal de vida privado sobre otros. Como señala Gargarella, “la justicia debería impedir que los poderes públicos interfieran en cuestiones de moral privada a través del dictado de leyes perfeccionistas, esto es, leyes que pretenden imponer a los distintos sujetos pautas acerca de la buena vida”<sup>41</sup>. No obstante, vemos que, por ejemplo, en España, dado que los magistrados del Tribunal Constitucional se eligen finalmente a iniciativa de los intereses de los partidos políticos, su legitimidad ha sido cuestionada. Quizá debería pensarse en alguna forma de elección donde el componente democrático no fuera tan indirecto, una forma de elección que comprobara realmente el grado de compromiso con los valores constitucionales y de ética pública recogidos en la Constitución, así como su capacidad y sensibilidad con el pluralismo y las minorías. Quizá sería mejor que todos fueran elegidos por el Congreso y el Senado (quitando los dos a elección del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial) y que en la discusión sobre su elección tuvieran voz grupos de ciudadanos elegidos aleatoriamente. No sería tampoco un método perfecto, pero el peligro contramayoritario quizá se reduciría.

#### IV. El riesgo del gobierno de los jueces

Los jueces como garantes de las decisiones tomadas en el momento constitucional han sido vistos con recelo porque en el fondo, eso podría terminar en el gobierno de la judicatura. Carlos Santiago Nino, entre otros, ha expresado este temor de manera muy clara: “si la justificación de la democracia está basada en la soberanía popular, en definitiva, el único órgano de expresión de esa soberanía es el Poder Legislativo y debería restringirse al máximo la posible interferencia de los jueces, ya que no son órganos directos, sino en todo caso indirectos, de la soberanía en esa expresión de la voluntad popular soberana”<sup>42</sup>. Si, por ejemplo, un juez tiene que tomar una decisión ante una insuficiencia en una garantía primaria a un determinado derecho social, entonces estaría determinando qué medidas políticas habría que adoptar y esto podría

<sup>41</sup> GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 264.

<sup>42</sup> NINO, C. S., *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

conducirnos por una pendiente resbaladiza en la que, al final, los jueces tendrían también la última palabra sobre las garantías primarias no siendo verdad por tanto lo que aquí se ha intentado defender, que es sobre éstas precisamente sobre las que versa la discusión, el debate y el juego democrático. De ahí que muchos autores hayan visto con recelo a la judicatura, una judicatura que podría encontrarse totalmente desconectada de la realidad social, dado que los jueces, sociológicamente, suelen pertenecer en su mayoría a determinadas clases sociales dominantes. La tesis de Dworkin en el fondo da ese poder a los jueces, aunque es cierto que Dworkin no defiende en ningún momento la arbitrariedad judicial o la libre creación del Derecho por parte de los órganos jurisdiccionales. La figura del juez Hercules lo que hace es interpretar y descubrir, hacer explícitos, los principios morales que ya existen en esa sociedad, por los que esa sociedad se rige y a partir de ahí derivar una serie de derechos morales que tendrían siempre prevalencia en el caso de un conflicto con un derecho legal que pudiese recortar o afectar tales derechos. Pero lo que Dworkin no nos dice es de qué manera ese juez es fiel a la sociedad en la que opera, de qué forma no va a interpretar tales principios desde su particular punto de vista o de clase. El juez Hércules aparece despegado de la realidad social en la que opera, es, como dice Gargarella, un solitario que no conversa con nadie salvo con sus libros<sup>43</sup>. Y entonces sus decisiones, podrían estar totalmente despegadas de la realidad; Dworkin intenta salvar el peligro de la libre creación judicial del Derecho pero no logra justificar o dar una razón definitiva que nos asegure que ese peligro queda finalmente conjurado.

El juez como intérprete del Derecho no es neutral, no lo puede ser porque está inserto en esa misma sociedad y tiene por tanto una idea acerca de cómo debe ser la misma; en el intérprete sus consideraciones políticas están presentes y eso de alguna forma, si no determinar, sí que va a influir el sentido de sus decisiones. Como bien señala Mario Losano es imposible conseguir la neutralidad del intérprete porque no se pueden dejar de lado los condicionamientos históricos que necesariamente afectan a todo hombre<sup>44</sup>.

Las dificultades de la tarea interpretativa de los jueces se ponen especialmente de manifiesto precisamente en las cuestiones constitucionales y, más en concreto, en todo eso que conforma el coto vedado, en particular, los derechos fundamentales. Es cierto que hoy se admite que ni nos movemos en la tesis del noble sueño, en la que todos los casos serían claros, fáciles y en donde la inclusión de un hecho en el campo de aplicabilidad de una regla se vería de forma evidente con lo que la tarea de la interpretación y aplicación del Derecho se acercaría mucho a la visión mecánica. Ni tampoco estamos en la tesis de la pesadilla en la que todos los casos serían difíciles, en donde todos serían casos de penumbra y los juristas no tendrían clara la aplicación del Derecho. Pero también es cierto que en los asuntos relativos a los derechos funda-

<sup>43</sup> GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 78.

<sup>44</sup> LOSANO, M. G., *Forma e realtà in Kelsen*. Milán: Edizioni di Comunità, 1981, pp. 115-116.

mentales, hay muchos casos difíciles y si hay un territorio donde la tesis de la penumbra tiene validez es precisamente el de los conflictos de derechos. Y esto es especialmente relevante porque como los derechos forman el núcleo esencial del coto vedado, no se podría negar entonces un cierto ámbito de discrecionalidad en los jueces a la hora de dar solución a estos casos, no se podría por tanto refutar la tesis de que podríamos estar en el gobierno de los jueces. En cualquier caso, siempre puede matizarse la tesis del gobierno de los jueces diciendo que éstos toman una decisión para un caso concreto y determinado, decisión que por su misma naturaleza, sólo va a afectar a tal caso (y a los subsiguientes similares a partir del recurso a la jurisprudencia) y eso nunca va a suponer una norma general como las que el legislativo tiene encomendado hacer. Pero también es cierto que cuando el Tribunal Constitucional interpreta los derechos que aparecen de forma abstracta y general en la Constitución está tomando decisiones relevantes sustituyendo, de alguna forma, la decisión democrática. Una decisión del Tribunal Constitucional puede orientar al legislador a que desarrolle una materia de una forma determinada, pero siempre será éste el encargado de hacer tal norma general porque el ámbito donde operan legislativo y judicial es diferente. Con lo que la tesis del gobierno de los jueces se puede matizar para mostrar que no es tan fuerte.

Precisamente asumiendo la visión dualista de la democracia en la que se distinguen entre los momentos constitucionales y los legislativos se podría así dar la razón a la tesis de Hamilton: porque los jueces cuando están determinando la invalidez de una ley o salvaguardando un determinado derecho amenazado por la decisión de la mayoría están haciendo valer la voluntad soberana del pueblo manifestada en la Constitución. Con lo que el poder judicial no sería tanto un poder contramayoritario como un poder cuya función esencial sería servir de garantía a esa decisión mayoritaria<sup>45</sup>, que está cualitativamente en una posición superior, pues se supone más argumentada, contrastada y consensuada.

El problema es que la Constitución no es un texto claro y que no presente dudas en su interpretación y es en ese ámbito interpretativo donde se puede situar el gobierno de los jueces, su margen de decisión.

## V. Un planteamiento de equilibrio entre constitucionalismo y democracia

¿Cómo lograr un equilibrio entre constitucionalismo y democracia? ¿Hay alguna forma de conciliar la apuesta por una total democracia y sus riesgos para las minorías,

---

<sup>45</sup> La tesis de Hamilton en el caso del constitucionalismo norteamericano la explica detalladamente GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, cit., pp. 52 y ss. En este sentido, señala ZAGREBELSKY, G. que “los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 153.

y la apuesta por instrumentos de garantías por parte del aparato judicial y el riesgo que ello tiene de terminar en un gobierno de los jueces? Creo que esta cuestión exige no sólo plantearse el problema en un aspecto puramente teórico sino reconocer cómo funcionan las democracias en los Estados contemporáneos. Y las democracias, como se suele repetir, se encuentran en crisis por muchas causas: un alejamiento de los políticos de sus representados, la existencia de un sistema de partidos que bloquea la intervención de los ciudadanos y donde además hay una absoluta ausencia de democracia interna, la existencia de grupos de comunicación que dificultan el ejercicio de la libertad de expresión (aunque esto hoy quizá se ha visto matizado por la extensión del acceso a Internet), el Estado como la unidad administrativa estándar que no está adaptado a dar respuesta a los problemas globales con los que convivimos hoy en día, la ausencia de verdadera deliberación en sede legislativa, entre otros muchos. Ciertamente, si estamos convencidos de la importancia de la democracia, deberíamos tomarnos muy en serio todos estos problemas para intentar construir una democracia donde las decisiones se tomaran después de un proceso discursivo y deliberativo, donde la ciudadanía tuviera cauces de comunicación y donde la pluralidad se valorara no como un riesgo sino como una riqueza. Si tuviéramos una democracia así, sin duda, las decisiones mayoritarias ya no darían tanto miedo a las minorías porque en el proceso deliberativo éstas podrían exponer sus temores.

Pero lo cierto es que las cosas no son así y quizá no lo sean nunca. De ahí que desde una perspectiva puramente pragmática, parezca conveniente que los jueces jueguen un papel de garantía última de los derechos que interviene una vez que las garantías primarias han fallado o simplemente no se han desarrollado. He intentado argumentar que, cumpliendo este papel, la judicatura no cercena la democracia, sino que la preserva, asegura que las decisiones fundamentales que definen el propio sistema democrático no sean cuestionadas por una mayoría política temporal. Intentar que la igualdad de derechos sea una realidad es contribuir a mantener las reglas del juego democrático. De alguna forma se puede decir que sin derechos no hay democracia y tampoco hay Constitución, como ya explícitamente señaló el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “toda sociedad en la cual no está establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”<sup>46</sup>. En el momento constitucional se dibuja un espectro de garantías primarias por el que a lo largo del tiempo las sucesivas mayorías políticas podrán transitar. Pero si se salen de ese ámbito, entonces el Tribunal Constitucional intervendrá para que no se alteren las condiciones del propio juego democrático<sup>47</sup>. Si éstas desean modificarse, tendremos que iniciar un nuevo momento constitucional.

<sup>46</sup> Esta idea la sostiene también MONTILLA MARTOS, J. A.: “no hay defensa de la Constitución si no hay protección de derechos e intereses y no hay garantía de éstos sin defensa y protección de la Constitución”, *Minoría política y Tribunal Constitucional*, cit., p. 23.

<sup>47</sup> “Si entendemos que los requisitos de la democracia deliberativa y en consecuencia de la ley son que se cumpla el procedimiento parlamentario y que no se coaccione al diputado que vota, pero también que el elec-

Y precisamente para hacer eso, los propios jueces deben también estar sometidos al texto constitucional. Como dice significativamente Zagrebelsky, “el Tribunal decide no sobre la Constitución, sino según la Constitución”<sup>48</sup>. El Tribunal Constitucional tiene que analizar qué interpretaciones caben en el texto constitucional y decidirse por aquélla para la que encuentre mejores razones y argumentos dentro de los fines, valores y principios constitucionales. La Constitución aparece como el límite dentro del cual se tienen que mover los jueces. No hay por tanto libre interpretación, hay un papel que viene definido por los valores que han sido normativamente establecidos en la norma superior del ordenamiento. Sería de alguna forma asumir la tesis que puso sobre la mesa Hart en otro contexto, cuando hablaba de la discrecionalidad judicial ante una laguna jurídica: “Hart sostiene que, si bien es cierto que en los casos difíciles el Derecho establecido no impone concluyentemente una decisión determinada, ello no implica negar que existan pautas (principios, razonamientos por analogía...) que, de algún modo, guían el ejercicio de la discrecionalidad judicial”<sup>49</sup>. Y es aquí donde para evitar que cumpliendo con este papel, los jueces terminasen por ser los auténticos legisladores, el deber de motivación que tienen en sus resoluciones y el control sobre esa motivación puede funcionar como un contrapeso a su potencial poder. De lo que se trata es de asegurar la imparcialidad del juez que es tanto como decir “aminorar en el mayor grado posible” su subjetividad<sup>50</sup>, subjetividad que siempre existirá. Cuando un juez toma una decisión que pueda oponerse a la decisión de la mayoría, lo que tiene que establecerse es una función de examen de la corrección de la argumentación con la que ha llegado a tal conclusión. Los derechos funcionan como límites no sólo a la decisión de la mayoría, sino también a la propia decisión del órgano jurisdiccional, que no podrá contradecir el contenido esencial de tales derechos<sup>51</sup>. Así, los jueces no pueden actuar como el constituyente, que no está sometido a nada, sino que en su margen de decisión únicamente pueden acudir a los criterios morales que forman parte del Derecho en forma de derechos fundamentales, esto es, a los valores de ética pública, y no a sus particulares concepciones sobre la vida buena<sup>52</sup>. Para controlar esto, habrá que ver si su razonamiento es correcto desde un punto de vista argumentativo, controlar que se mueve en los márgenes de la argumentación jurídica, que ha utilizado

---

tor tenga pleno acceso a la información y que pueda participar sin restricciones y en pie de igualdad con todos los ciudadanos, si entendemos que es también condición de la democracia la garantía de un nivel aceptable de existencia, de acceso a los bienes materiales y a la cultura, etc., entonces resulta que, en verdad, condiciones de la democracia son casi todas las prescripciones constitucionales que diseñan un modelo social: los derechos civiles que garantizan la autonomía individual, los de participación que hacen del sujeto un ciudadano activo y, por qué no, también los derechos económicos, sociales y culturales que proporcionan el sustrato material indispensable para el ejercicio de la autonomía y de la participación”, PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 161.

<sup>48</sup> ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos*, cit., p. 33.

<sup>49</sup> LIFANTE VIDAL, I., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 227.

<sup>50</sup> ASIS, R. DE, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 66.

<sup>51</sup> Ídem, p. 84.

<sup>52</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 73.

correctamente los criterios de interpretación (sistemáticos, literal, histórico, sociológico, teleológico y lógico), que ha empleado correctamente los argumentos. Se podría decir que la argumentación jurídica funciona aquí como garante último de que la decisión judicial no ha sido fruto del libre arbitrio, sino que resulta coherente, proporcionada y justificada dentro de los principios que vertebran nuestro sistema jurídico. Es cierto que habrá siempre un momento de decisión por parte del juez, pero ese momento sólo tendrá la amplitud que el propio sistema jurídico quiera otorgarle<sup>53</sup>. Esto no contradice la democracia si creemos que ésta no es simplemente votar, sino que es, sobre todo, razonar. Desgraciadamente, en los debates parlamentarios y políticos actuales, los argumentos y razones que se esgrimen son cada vez más débiles, pero lo fundamental no es qué decisión se tome –por medio del voto– sino las razones que sostengan tal decisión. Cuando la justicia constitucional interviene lo hace dando razones, motivando sus decisiones, confrontando sus argumentos con los del legislador y eso forma parte también de la democracia, es democracia<sup>54</sup>.

Es verdad que frente a las resoluciones de los órganos encargados de este tipo de asuntos, como el Tribunal Constitucional, no caben recursos. Y es precisamente ahí donde los académicos, juristas e intelectuales, deben ejercer un control sobre la corrección de la argumentación para denunciar su incorrección si tal fuera el caso y darla a conocer a la ciudadanía. Como señala Marisa Iglesias, “el Tribunal Constitucional siempre tiene la última palabra pero no necesariamente la interpretación correcta. Esta interpretación correcta la debemos buscar en los argumentos, en el mérito de las razones que aportan los participantes competentes de la práctica. De este modo, es preciso exigir al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, que ofrezca los mejores argumentos”<sup>55</sup>. En este sentido, creo que Zagrebelsky, al analizar el funcionamiento del Tribunal Constitucional italiano, tiene razón cuando defiende que lo ideal sería que las decisiones se tomaran por unanimidad, para él tomar las decisiones en el seno del Tribunal votando es una segunda vía, no la mejor, la forma de solucionar un punto que esté estancado<sup>56</sup>. Y en el fondo, debería ser así también la democracia, que las mejores razones convencieran a todos; como en la práctica, obviamente esto no es posible y en muchas cuestiones existe urgencia, las decisiones se adoptan por el voto<sup>57</sup>. Esto significa asumir la regla Thaylor

<sup>53</sup> Sobre los tipos y técnicas de interpretación constitucional vid. GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. M. Carbonell y P. Salazar. Madrid: IJ-UNAM-Trotta, 2008, y MORESO, J. J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, cit.

<sup>54</sup> “En el Derecho de las sociedades democráticas, lo que importa no son sólo las decisiones, sino las razones –o cierto tipo de razones– que pueden darse en favor de las decisiones”, ATIENZA, M., “El Derecho como argumentación”, *Isegoría*, n. 21, 1999, p. 39.

<sup>55</sup> IGLESIAS VILA, M., “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, n. 23, 2000, p. 102.

<sup>56</sup> ZAGREBELSKY, G. *Principios y votos*, cit., p. 44. “Cuando se vota, permanece siempre un regusto amargo incluso en el caso de que se pertenezca a la mayoría”, p. 47.

<sup>57</sup> “En una situación ideal de argumentación el voto no debería cumplir ningún papel, ya que parece que el resultado esperado es el de la unanimidad de todos en las decisiones. En un estado ideal, los participantes en la

que parte de la presunción de constitucionalidad, presunción que sólo se quiebra cuando todos los miembros del Tribunal Constitucional estuvieran de acuerdo acerca de la invalidez de la norma<sup>58</sup>. Pero lo adecuado es llegar a una solución unánime por las razones y argumentos que la acompañan. El Tribunal Constitucional, como el resto del poder judicial, es un órgano interpretativo regido por el principio de la racionalidad argumental. De ahí que se puedan criticar sus resoluciones cuando las razones aportadas en la motivación de las sentencias no sean solventes o suficientes. Esto supone abrir la interpretación constitucional a lo que Häberle denomina la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”<sup>59</sup>. Por su parte, Andrea Greppi defiende la necesidad de establecer controles democráticos sobre la interpretación de los derechos y sus garantías. Y añade “cuando digo controles *democráticos* me refiero a procedimientos que representen la voluntad política de las mayorías y no a la exigencia de compromiso personal –ético o político- de los intérpretes del derecho a favor de los valores de una sociedad democrática”<sup>60</sup>. Si no queremos eliminar la garantía constitucional y queremos preservar los derechos en su contenido esencial no dejándolos en manos de mayorías políticas que cambian cada cuatro años, creo que efectivamente el control debe hacerlo un órgano bajo la atenta mirada de la sociedad. Una mirada que no versará sobre ideas políticas, sino sobre la corrección argumentativa. No se me ocurre otra manera de hacerlo: “en el ejercicio de la racionalidad y en el esfuerzo argumentativo quizá cabría obtener la compensación justificatoria al déficit de legitimidad democrática”<sup>61</sup>. El Estado constitucional de Derecho precisa entonces de una sólida teoría de la argumentación. Es obvio, que seguirá habiendo tensión entre constitucionalismo y democracia, pero lo que he tratado de justificar es que esa tensión se minimiza poniendo nuestra atención no tanto en cuestiones puramente políticas, como en la argumentación jurídica. Ni la democracia ni los jueces lo pueden todo. Están en una posición de equilibrio, en la que los jueces vigilan que la mayoría parlamentaria no vulnere el contenido de la Constitución, en particular los derechos fundamentales<sup>62</sup>, y los jueces al realizar esa labor vienen determinados por el propio texto constitucional y por el esfuerzo de argumentación, motivación y justificación que tienen que hacer de sus decisiones: “la justicia constitucional no forma parte de la

---

deliberación serían perfectamente racionales y tendrían información completa, de manera que deberían coincidir en determinar cuál es la respuesta correcta” MARTÍ MARMOL, J. L., “Democracia y deliberación. Una reconstrucción del modelo de Jon Elster”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 113, 2001, p. 168.

<sup>58</sup> DE LORA, P., “La posibilidad del constitucional thayeriano”, cit., p. 50. “Defender el principio *in dubio pro legislatore* implica que al que alega la inconstitucionalidad le corresponde la carga de la prueba y que ante la falta de elementos suficientes para contrastarla se utiliza la presunción como forma de salir del *impasse*”, p. 63.

<sup>59</sup> HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*. México: IJ-UNAM, 2001, pp. 148 y ss.

<sup>60</sup> GREPPI, A. “Democracia como valor, como ideal y como método”, cit., p. 354.

<sup>61</sup> GASCÓN ABELLÁN, M., “La concepción del Derecho en *El Derecho dúctil*”, cit., p. 35.

<sup>62</sup> “Lo que sí creo es que la defensa de los derechos fundamentales frente a todos y, por supuesto, también frente al legislador representa una exigencia insoslayable del Estado de Derecho entendido como un Estado de garantías [...] y esa garantía sólo puede ser operativa en el recurso a la instancia jurisdiccional”, PRIETO SANCHÍS, L., “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, n. 23, 2000, p. 189.

democracia pero sirve a la democracia”<sup>63</sup>. Y es que la democracia no debe ser simplemente la forma de elegir al líder político como decía Schumpeter<sup>64</sup>, sino un proceso de razonamiento y de discusión sobre lo qué es lo mejor para el conjunto social<sup>65</sup>, un proceso en el que los peores argumentos deben ser abandonados por los mejores, un proceso en el que se tiene que garantizar una posición de igualdad sustantiva y formal a todos los participantes. Eso es lo que hace la justicia constitucional protegiendo los derechos, asegurarse de que no se violan las precondiciones de la democracia y que las decisiones que se toman son coherentes con las premisas de la propia democracia.

## VI. Conclusiones

El Estado constitucional de Derecho se caracteriza por que en el momento en el que se redacta la Constitución no sólo se establece la forma en la que deben tomarse las decisiones, sino también unos contenidos sobre los que se debe decidir y sobre los que no se puede decidir, esto es, los derechos. Este contenido moral recogido jurídicamente en forma de derechos forma parte también del modelo de democracia que esa sociedad quiere darse, constituyen precondiciones del propio juego democrático.

Sin embargo, los derechos pueden realizarse de diversas formas en función del momento histórico y las condiciones sociales y económicas. Las garantías primarias son el conjunto de instituciones que tratan de hacer efectivo el contenido de los derechos. Las sucesivas mayorías políticas que se producen en las elecciones periódicas, van a ir eligiendo unas u otras garantías primarias, pero lo que no pueden hacer es revocar, suprimir o alterar el contenido de los derechos. Dada la necesaria generalidad y ambigüedad del texto constitucional, el margen de garantías primarias es lo suficientemente amplio para no ahogar la democracia.

Los jueces y, en particular, la justicia constitucional, son los encargados de vigilar que las mayorías políticas se mueven en los márgenes establecidos en la Constitución y no restringen o alteran los derechos en ella reconocidos. El Tribunal Constitucional se configura así como el custodio de las decisiones adoptadas en el momento constitucional. Sin embargo, no se encuentra libre ya que está vinculado al contenido de la Constitución y, en concreto, a los valores de ética pública que constituyen los fundamentos del modelo de democracia adoptado. Esto significa que las decisiones de la justicia constitucional no son absolutamente discrecionales. La justicia constitucional debe justificar sus resoluciones a partir de una argumentación sólida y coherente con el texto constitucional y los valores incluidos en ella. Precisamente, la sociedad y los académicos han de vigilar que el Tribunal Constitucional cumple debidamente con la

<sup>63</sup> ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos*, cit., p. 102.

<sup>64</sup> SCHUMPETER, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Folio, 1984.

<sup>65</sup> Siguiendo a Elster, optaríamos por la lógica de la argumentación frente a la del voto o la negociación. Vid. ELSTER, J., *La democracia deliberativa*, trad. J. M. Lebrón. Barcelona: Gedisa, 2001.

función que tiene encomendada examinando la corrección argumentativa de sus decisiones. En este sentido, sería deseable que las decisiones adoptadas en el seno de este Tribunal fueran por unanimidad, por la fuerza de unos argumentos contra los que otros han resultado vencidos. Esto significa que en los Estados constitucionales, el Derecho es, sobre todo, argumentación.

Teniendo en cuenta estos elementos, se puede concluir que la tensión entre constitucionalismo y democracia se rebaja o, al menos, no es tan fuerte como señalan quienes denuncian un gobierno de los jueces. Y no lo es porque, por un lado, ellos están sometidos al texto constitucional y han de justificar que efectivamente cumplen con el mismo cuando motivan sus sentencias. Sobre esa motivación la sociedad pondrá la lupa para denunciar, si ése fuera el caso, que la argumentación no es correcta. Por otro, la tensión se rebaja porque lo que hace la justicia constitucional es salvaguardar las condiciones del juego democrático que la sociedad se ha dado en el momento constitucional, unas condiciones que no sólo son formales sino también materiales o sustantivas. Estas condiciones tienen que estar a salvo de los vaivenes de la política, ya que el momento constitucional se caracteriza por un esfuerzo más pausado de argumentación y de búsqueda del consenso que el que rige en la política de todos los días. Lo que hace la justicia constitucional es salvaguardar ese consenso argumentado, precisamente, argumentando.

### **Bibliografía**

- ACKERMAN, B.: *We The People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- ALEXY, R.: “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático”, *Derechos y Libertades*, n. 8, 2000, pp. 21-42.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos”, *Derechos y Libertades*, n. 2, 1993-1994, pp. 657-670.
- ASÍS ROIG, R. DE: *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*. Madrid: Dykinson, 2001.
- *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid: Dykinson, 2005.
- ATIENZA, M.: “El Derecho como argumentación”, *Isegoría*, n. 21, 1999, pp. 37-47.
- BARRANCO AVILÉS, M. C.: *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.
- ELSTER, J.: *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- *La democracia deliberativa*, trad. J. M. Lebrón. Barcelona: Gedisa, 2001.
- FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. A. Ibáñez y A. Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

- *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, trad. A. Greppi. Madrid: Trotta, 2006.
- FERRERES COMELLA, V.: “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, n. 23, 2000, pp. 29-48.
- FREEMAN, S.: “Original Meaning, Democratic Interpretation and the Constitution”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 21, n. 1, 1992, pp. 3-42.
- GARCÍA AMADO, J. A.: “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, 1996, pp. 65-86.
- GARCÍA FIGUEROA, A.: “Palabras, palabras, palabras... De lo que el derecho les dice a los jueces”, *Jueces para la democracia*, n. 36, 1999, pp. 58-66.
- GARGARELLA, R.: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- GARZÓN VALDÉS, E.: “Representación y democracia” en *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 631-650.
- GASCÓN ABELLÁN, M.: “La concepción del Derecho en *El Derecho dúctil*”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, 1996, pp. 17-38.
- “La teoría general del garantismo” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (coord.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta-IIIJ-UNAM, 2005, pp. 21-39.
- GREPPI, A.: “Democracia como valor, como ideal y como método” en Carbonell, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta-IIIJ-UNAM, 2005, pp. 341-364.
- GUASTINI, R.: *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. M. Carbonell y P. Salazar. Madrid: IIIJ-UNAM-Trotta, 2008.
- HÄBERLE, P.: *El Estado constitucional*, México: IIIJ-UNAM, 2001.
- IGLESIAS VILA, M.: “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, n. 23, 2000, pp. 77-104.
- “El positivismo en el Estado constitucional” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta-IIIJ-UNAM, 2005, pp. 77-104.
- LIFANTE VIDAL, I.: *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- LORA, P. DE: “Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, 1996, pp. 371-380.
- “La posibilidad del constitucional thayeriano”, *Doxa*, n. 23, 2000, pp. 49-76.
- “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta-IIIJ-UNAM, 2005, pp. 251-265.

- LOSANO, M. G.: *Forma e realtà in Kelsen*. Milán: Edizioni di Comunità, 1981.
- MARTÍ MÁRMOL, J. L.: “Democracia y deliberación. Una reconstrucción del modelo de Jon Elster”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 113, 2001, pp. 161-192.
- “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli. Un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta-IIJ-UNAM, 2005, pp. 365-402.
- MONTILLA MARTOS, J. A.: *Minoría política y Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta, 2002.
- MORESO, J. J.: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- “Sobre los conflictos entre derechos” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo. . Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta-IIJ-UNAM, 2005, pp. 159-170.
- NINO, C. S.: *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fdez. Liesa y Á. Llamas. Madrid: BOE-Universidad Carlos III, 1995.
- PEREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- PINTORE, A.: “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, trad. J. A. Pérez Lledó, *Doxa*, n. 23, 2000, pp. 119-144.
- “Derechos insaciables” en Ferrajoli, L. (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. A. Cabo y G. Pisarello. Madrid: Trotta, 2001, 243-266.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993.
- “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo. A propósito de *El Derecho dúctil* de Gustavo Zagrebelsky”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, 1996, pp. 125-158.
- “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, n. 23, 2000, pp. 161-196.
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- REY PÉREZ, J. L.: “La naturaleza de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, n. 16, 2007, pp. 137-156.
- “El futuro de los derechos sociales”, *Miscelánea Comillas*, vol. 67, n. 130, 2009, pp. 257-281.
- SALAZAR UGARTE, P.: “Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social” en Carbonell Sánchez, M. y Salazar Ugarte, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta-IIJ-UNAM, 2005, pp. 429-445.

- SCHMITT, C. y KELSEN, H.: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución vs. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, ed. G. Lombardi, trad. M. Sánchez y R. J. Brie. Madrid: Tecnos, 2009.
- SCHUMPETER, J. A.: *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Folio, 1984.
- ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.
- *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. M. Mtnez. Neira. Madrid: Trotta, 2008.

