

La interpretación constitucional: problemas de método y de intérprete

Autor: *Federico de Montalvo Jääskeläinen*

Profesor de Derecho constitucional

Universidad Pontificia Comillas-ICADE

Resumen

La norma constitucional, si bien no parece exigir un método de interpretación diferente del que se aplica al resto de las normas del ordenamiento jurídico, sí muestra especiales características que la singularizan y distinguen. De este modo, puede afirmarse que la especificidad que ofrece la interpretación de la norma constitucional no está en el método, sino en el objeto, y ello, tanto por su carácter abierto, lo que se traduce en una mayor presencia en la misma de valores, principios y conceptos jurídicos indeterminados como por su carácter eminentemente político.

Además, todo ello conecta necesariamente con el debate acerca de quién ha de ser, en el sistema político-constitucional, el intérprete último del texto constitucional. Ambos debates que vertebran la propia teoría general de la Constitución, el debate del método y el debate del intérprete, se encuentran estrechamente interrelacionados, de manera que el método se verá notablemente influido por el sujeto y viceversa. Si la norma constitucional aspira a ser una norma abierta e incompleta que se propone regular a la comunidad que se dota de ella por un largo periodo de tiempo (la

relevante estabilidad constitucional), su intérprete último ha de ostentar necesariamente un campo amplio de interpretación y este amplio margen es precisamente el que genera los recelos, bien hacia el Tribunal Constitucional como supremo órgano de interpretación, bien hacia el Parlamento como expresión directa de la voluntad del pueblo.

En definitiva, los problemas de interpretación e intérprete desembocan en el clásico e irresuelto dilema entre democracia y constitucionalismo.

Palabras clave: Hermenéutica constitucional, interpretación constitucional, Tribunal Constitucional, poder contra-mayoritario, principio de mayoría, cláusula *notwithstanding*.

Abstract

The constitutional rule, although does not seem to require a different interpretation of which is applied to the rest of the rules of the legal system, shows special features that distinguished it. Thus it can be said that specificity that offers the interpretation of the constitutional rule isn't method, but the object, and therefore both because of its open nature, which translates into a greater presence in it of indeterminate concepts, principles and values as per their legal character eminently political.

In addition, this necessarily connects to debate about who should be the last interpreter of the constitutional text in the constitutional-political system. Both discussions that crosses itself general theory of the Constitution, debate of method and debate of the interpreter, are closely interrelated, so that the method will be significantly influenced by the subject and vice versa. If the constitutional norm has an open and incomplete standard which would regulate Community adopts it for a long period of time (the relevant constitutional stability), the last interpreter must necessarily hold a broad interpretation area. This wide margin precisely generates mistrust, either towards the Constitutional Court as a supreme organ of interpretation, either towards the Parliament as an expression directly in the will of the people.

In short, the problems of interpretation and interpreter lead to the classic and unresolved dilemma between democracy and constitutionalism.

Key words: constitutional hermeneutic, constitutional interpretation, Constitutional Court, counter-majoritarian power, majoritarian principle, override or notwithstanding clauses.

Recibido: 01.09.2010

Aceptado: 01.10.2010

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar sobre dos cuestiones diferentes, pero directamente interrelacionadas: las singularidades que supone, en su caso, la interpretación de la Constitución frente a la interpretación del resto de normas del ordenamiento jurídico, por un lado, y el debate acerca del intérprete de la Constitución, por el otro.

Por lo que a la primera cuestión se refiere, y a mero modo de introducción, la norma constitucional reviste singulares características que exigen plantear si su interpretación¹ responde a los mismos principios y criterios que el resto del ordenamiento jurídico o, por el contrario, supone nueva forma diferente de interpretación². En todo caso, conviene distinguir ya entre interpretación de la Constitución, a la que va a venir referida la primera parte de nuestro trabajo, de la interpretación constitucional. Esta última no queda constreñida a los límites que supone el texto constitucional, sino que debe ser entendida como interpretación del ordenamiento jurídico de acuerdo con el tenor de la Constitución³. Nosotros vamos a centrar nuestra exposición en la primera modalidad, la interpretación de la Constitución.

Igualmente, suscita especial problemática no sólo el cómo ha de ser interpretada la norma constitucional, sino también, y como consecuencia de las peculiares características de la norma constitucional, quién ha de interpretarla. Dentro de esta pregunta se encuentra la respuesta no sólo a un problema hermenéutico, sino más allá, a un verdadero problema de índole jurídico-político: el determinar en manos de quién está la última palabra en el sistema de poderes que configura el orden constitucional. El cómo y el quién van a centrar, en definitiva, nuestro discurso a lo largo de este trabajo. A este respecto, conviene destacar ya que ambos problemas están perfectamente interrelacionados, dado que las propias singularidades de la norma constitucional van a provocar, como iremos viendo, que el intérprete ostente necesariamente un campo amplio de interpretación. Las propias características del objeto de interpretación provocan la amplitud de los poderes del intérprete.

También es verdad que ambas cuestiones pueden ser abordadas de manera independiente. Así, podemos dar una respuesta concreta al cómo ha de interpretarse la norma constitucional, sin que ello suponga necesariamente atribuir la potestad de interpretar a uno u otro poder (véase, Parlamento o Tribunal Constitucional). Sin

¹ Siguiendo a García Belunde, hemos preferido no distinguir entre hermenéutica e interpretación, ya que si bien se trata de dos niveles o partes distinguibles, el primero, referido a la teoría general y, el segundo, a la aplicación concreta, dar nombres a operaciones tan íntimamente vinculadas puede resultar artificioso y oscurecer, a la postre, el discurso. Vid. GARCÍA BELAUNDE, D., "La interpretación constitucional como problema", *REP*, núm. 86, octubre-diciembre 1994, p. 11.

² Apunta García Belaunde que uno de los motivos por los que no ha habido conciencia de la necesidad y de la peculiaridad de la interpretación constitucional es la creencia de que ella era la misma que la del Derecho privado. Vid. GARCÍA BELAUNDE, D., "La interpretación constitucional ...", *cit.*, p. 16.

³ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 24.

embargo, es también cierto que el cómo tampoco puede olvidar completamente el escalón siguiente del discurso, ya que los principios que han de ser atendidos a la hora de interpretar la norma constitucional pueden verse afectados en su configuración por las características del poder en que el recaiga la potestad principal de interpretación. A este respecto, conviene no olvidar que las reglas por las que se rige el funcionamiento de los diferentes poderes que configuran el Estado constitucional no son idénticas. Por ello, el cómo puede verse también determinado por el quién.

II. Problemas de método

II.1. Singularidades de la norma constitucional y de su interpretación

La mayoría de problemas específicos que la interpretación constitucional plantea obedecen a la naturaleza y configuración de los preceptos constitucionales. Las normas constitucionales contienen unas características que las singularizan dentro del ordenamiento jurídico, ya que la norma constitucional no está orientada a la determinación de soluciones concretas a problemas determinados, sino a configurar un marco de ordenación de los poderes públicos y de garantía de los derechos de los ciudadanos, conforme se viene proclamando desde la propia Revolución Francesa⁴.

Por ello, las particulares que presenta el método de interpretación del Derecho constitucional responden a la particularidad de su objeto, a la especificidad de la norma constitucional. De este modo, no deberían existir diferencias entre el método de interpretación del Derecho y el método de interpretación de Derecho constitucional. La especificidad de la interpretación del Derecho constitucional no está en el método, sino en el objeto⁵.

Entender la interpretación de la Constitución como una interpretación distinta, y sometida a cánones diferentes, si bien es cierto que puede suponer reconocer que la Constitución es norma distinta y, por tanto, suprema, también provoca su aislamiento y debilita su incidencia en la aplicación del resto de normas del ordenamiento jurídico. Pero, aún más, puede incluso afectar a su propia normatividad⁶. Así, el hecho de

⁴ A este respecto, debemos recordar que el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispone que “*En toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución*”, lo que ha determinado que desde ese mismo momento la Constitución como norma obedezca a un doble objetivo, dividir y organizar el poder público y proclamar y garantizar los derechos y libertades, lo que, a su vez, se ha traducido en un doble contenido del texto constitucional: parte orgánica y parte dogmática.

⁵ LAFUENTE BALLE, J.M., *La judicialización de la interpretación constitucional*, Colex, Madrid, 2000, p. 37. Véase también Comanducci cuando apunta que la diferencia entre interpretación de la Constitución y de la ley es más de grado que cualitativa. Vid. COMANDUCCI, P., “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M.A. y GONZÁLEZ LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 94.

⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *op. cit.*, pp. 41 y 43.

que los textos constitucionales incorporan un relevante número de valores y principios y de conceptos jurídicos indeterminados o que se trate, como iremos viendo, de una norma con valor político⁷, provoca, no un método diferente, sino el mismo método, pero sometido a ciertas peculiaridades⁸.

Como nos recuerda PRIETO SANCHÍS en cita de Ferrajoli, el constitucionalismo corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del Derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico⁹. Así, la omnipotencia del legislador que se observa en un primer momento se transforma en un principio de legalidad sustancial, en el que los valores ocupan una posición estelar.

Pero es que, además, los valores que otorgan carácter abierto a la Constitución permiten, a su vez, la mutación constitucional, su adaptación a la realidad más allá de los estrictos cánones de la reforma formal¹⁰. La interpretación del texto constitucional y, por tanto, de sus valores constituirán ya el mecanismo necesario para garantizar la perdurabilidad del texto, conjuntamente con su necesaria adaptabilidad. La rigidez que suponía la adaptación por los cauces normativos formales se complementa con procesos materiales en los que la interpretación de los valores posee un papel estelar. Los valores, en consecuencia, tienen un doble objetivo: otorgar a la Constitución un sentido de unidad, lo que permitirá una interpretación unitaria y no fragmentada del texto, y permitir, al mismo, tiempo la adaptación (mutación) de la Constitución fuera de los mecanismos formales que ofrecía el positivismo.

Igualmente, la Constitución incorpora lo que, siguiendo la distinción de ROSS, constituyen normas de competencia, es decir, normas que crean facultades para que, a través del correspondiente procedimiento, se elaboren normas de conducta (las que prescriben una línea de acción)¹¹. La Constitución regula tanto conductas como competencias para regular conductas, lo que dota a la norma constitucional también de particularidad.

En definitiva, puede así afirmarse que la Constitución es algo más que una norma jurídica ordinaria o, si se quiere, es una norma muy peculiar y ello no sólo atendiendo al criterio de la jerarquía formal¹². No es norma especial por su supremacía dentro

⁷ Tal peculiaridad es destacada, entre otros, por Asensi Sabater. Vid. ASENSI SABATER, J., *Constitucionalismo y Derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 188 a 199.

⁸ El Tribunal Constitucional en Sentencia 18/1991 dispone que la Constitución incluye un sistema de valores que exige una interpretación teleológica de la misma (FJ 2.º).

⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, 2009, pp. 23 y 25.

¹⁰ Desde el momento que se acepta la mutación constitucional, entendida ésta como adaptación de la Constitución a la realidad política y social fuera de los necesarios cauces formales, dejando de ser considerada como un problema, se provoca una quiebra del principio positivista en el ámbito de las normas constitucionales. Vid. SÁNCHEZ URRUTIA, A. V., "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto", *REDC*, año 20, núm. 58, enero-abril 2000, p. 130.

¹¹ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, Universitaria, Buenos Aires, 1970, pp. 29 a 34.

¹² NIETO, A., "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *RAP*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983, p. 395.

del ordenamiento jurídico, sino por las características que se predicán de las propias normas que incorporan los textos constitucionales. Obviamente ello no ha de determinar que el método interpretativo sea singular o diferente del que se emplea en otras ramas del Derecho, sino que, a la hora de interpretar la norma constitucional, cualquiera que sea el método empleado, no han de ser olvidadas dichas peculiaridades.

II.2. La Constitución como norma con vocación de permanecer

El origen etimológico del término *constitución* hace referencia a la creación de algo definitivo o, al menos, con vocación de permanecer. De este modo, dicho origen identifica ya una de las principales características de la Constitución como norma y que, en cierto modo, la distingue de las demás normas del ordenamiento jurídico: la Constitución nace con vocación de ser algo definitivo o, al menos, permanecer en el tiempo. Es una norma que se caracteriza por su estabilidad o por constituir un verdadero *proyecto de futuro*.

Ello explica que, por ejemplo, en los primeros textos constitucionales se abogara por impedir la reforma constitucional, si quiera temporalmente, y no sólo porque hubiera temor a que el poder que acaba de ser derrotado pudiera pretender una vuelta al absolutismo anterior (como, en cierto modo, ocurrió durante el siglo XIX), sino que, además, la irreformabilidad temporal de los textos constitucionales deriva de la propia estabilidad o permanencia que se predica de la Constitución ya en sus orígenes¹³.

En todo caso, debemos recordar que la permanencia de la Constitución es habitualmente valorada como un elemento no sólo de estabilidad política, sino también de crecimiento económico. La confianza que el propio mercado exige se ve fortalecida en aquellos Estados en los que la Constitución es ya longeva¹⁴. Sin embargo, tampoco hay que olvidar que hay longevidades que no responden a la realidad social, sino son, siguiendo a LOEWENSTEIN, un mero *disfrax* de un modelo que dejó de ser constitucional, pero que por meras razones de conveniencia política, ha optado por mantener un texto que carecerá ya de cualquier virtualidad o eficacia jurídica. Se trata de Estados en los que no existe una verdadera Constitución real o social.

La vocación de permanencia provoca un doble efecto que se encuentra, a su vez, interconectado: por un lado, la Constitución, a diferencia de las leyes ordinarias, no

¹³ Así, puede recordarse ahora que la propia Constitución de Cádiz recogía en su art. 375 un límite temporal a la reforma: “Hasta pasados ocho años después de hallarse puesta en práctica la Constitución en todas sus partes, no se podrá proponer alteración, adición ni reforma en ninguno de sus artículos”. Dicho límite se articuló como una garantía de estabilidad o permanencia (al menos, ocho años). Similares límites temporales se han recogido en Derecho comparado. Ejemplo de todos ellos es quizás la Constitución norteamericana de 1787 que en su artículo V impedía la presentación de enmiendas antes de 1808 en materia de inmigración de personas requerida por los Estados.

¹⁴ Como apunta Sager, todas las comunidades políticas (y nosotros añadiríamos, económicas) exitosas tienen Constituciones. Vid. SAGER, L.G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 32.

puede ser fruto de una mera mayoría, sino que ha de ser reflejo de la sociedad o, al menos, de una gran parte de ella (norma de consenso). Si la Constitución pretende permanecer, durar, en ella ha de verse reflejada una gran mayoría de la sociedad. Por ello, se ha dicho con acierto que la Constitución no puede ser la de los vencedores, sino la que nace de la conciliación¹⁵.

Por otro lado, si pretende permanecer y ser, al mismo tiempo, reflejo de una gran mayoría de la sociedad, la Constitución ha de configurarse como un texto abierto. Es decir, la Constitución por su propia naturaleza y funciones ha de poseer cierto grado de indeterminación. La indeterminación es esencial para cumplir su función de permanecer largo tiempo. En acertadas palabras de HESSE, la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en cuanto tal, sometida a cambios históricos. Si la Constitución pretende hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente abierto al tiempo¹⁶.

En todo caso, la indeterminación no implica ausencia de verdadero mandato normativo, sino amplitud o ausencia de programa normativo completo.

II.3. La Constitución como norma abierta: el concepto de *living constitution*

Al ser la norma constitucional una norma abierta que, en virtud de su exigida perdurabilidad, ha de ser adaptada constantemente a la realidad política y social cambiante, podemos afirmar que la interpretación constitucional es en muchas ocasiones más creadora de Derecho que indagadora del sentido que se encuentra escondido detrás de la norma. Ello creemos que justifica el papel primordial que en el sistema constitucional ocupará el intérprete último de la Constitución. Éste, ya sea el legislador, ya sea el poder judicial o un órgano *ad hoc*, ostentará, por la propia naturaleza de la norma constitucional, un papel fundamental, ya que la interpretación constitucional es prioritariamente una función creadora. En todo caso, esta función encuentra su propio límite en las *cuatro esquinas* de la Constitución.

Cuanto mayor es el contorno de incerteza de una norma constitucional, más son los llamados casos difíciles que se suscitan y las interpretaciones contradictorias. Ello provoca que, en su caso, el Tribunal Constitucional actúe con mayor discrecionalidad que los Tribunales de otros órdenes jurisdiccionales¹⁷. Sin embargo, el carácter abier-

¹⁵ Reflejo de dicha característica es el espíritu que presidió la redacción de nuestra vigente Constitución. Los que pudiéramos denominar *nuestros Padres Fundadores* trataron de alcanzar una representatividad que alcanzara a la práctica totalidad de las opciones políticas con representación parlamentaria. A este efecto, sólo quedaron fuera de la Ponencia los nacionalistas vascos, por decisión propia, habiendo participado, por el contrario, los nacionalistas catalanes a través del diputado Sr. Roca i Junyent.

¹⁶ HESSE, K., *Escritos sobre Derecho constitucional*, 2.^a ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 18 y 19.

¹⁷ LAFUENTE BALLE, J.M., *La judicialización ...*, *op. cit.*, p. 75.

to o la incerteza de la norma constitucional es fruto de la propia decisión soberana del poder constituyente. De este modo, si bien es cierto que tal carácter abierto predicable de la norma constitucional amplía la fuerza del intérprete, ello es debido a una decisión legítima del propio poder constituyente, quien ha decidido dotarse de una Constitución inconcreta, y ello, con el fin de que se prolongue en el tiempo, perdurando así por encima de la voluntad de los propios actores políticos, en especial, los partidos¹⁸.

En todo caso, este argumento, como veremos en detalle más adelante, choca con el problema generacional. Si bien el poder constituyente es legítimo para decidir sobre el presente, más dudas muestra cuando su decisión ata al futuro, más aún, cuando somete la reforma de las reglas y principios a un procedimiento extraordinariamente rígido. Se blindo, de este modo, el principio en el que se fundamenta la democracia, el de mayoría ordinaria, introduciendo un régimen de mayoría absolutamente excepcional.

Dado que la Constitución es un texto necesariamente abierto y que ha de ser completado con el transcurso del tiempo, se ha desarrollado el concepto de *living constitution*, es decir, de norma viva que ha de ser adaptada a las diferentes situaciones que vayan surgiendo¹⁹. El concepto de *living constitution* es un concepto de la interpretación constitucional que sugiere que la Constitución ha de ser vista como un elemento vivo que ha de ir atendiendo y ajustándose a la comunidad en la que se implementa. La existencia de la Constitución implica su metamorfosis: la jurisdicción llamada a defenderla necesariamente la transforma²⁰.

II.4. La Constitución como documento eminentemente político

NIETO destaca con su habitual ingenio que en el campo de la interpretación constitucional sucede —y aquí está el drama de la teoría constitucional española— que el positivismo jurídico con que se pretende abordar la Constitución ha demostrado inmediatamente su impotencia. La magnificación jurídica ha sido desbordada por la presencia efectiva de las fuerzas políticas y sociales, demostrando la necesidad de un planteamiento no jurídico de estos temas que, por sí solo, sería obviamente insuficiente, pero que resulta temerario marginar. Aquí no se trata de exclusivismos ni de dominantes metodológicas. La Constitución es, al tiempo, un fenómeno jurídico y político, que no puede ser comprendido unilateralmente sin grave riesgo de dis-

¹⁸ *Ibidem*, p. 84.

¹⁹ El término fue acuñado por MacBain en su obra, *The Living Constitution. A Consideration of Realities and Legends of our Fundamental Law*, McMillan Company, Nueva York, 1927.

²⁰ ACOSTA SÁNCHEZ, J., “Las transformaciones de la Constitución en el siglo XX”, *REP*, núm. 100, abril-junio 1998, p. 99. GUASTINI hace referencia al concepto de *living constitution* a través de la que denomina doctrina dinámica de interpretación de la Constitución frente a la doctrina estática que, en cierto modo, podría identificarse, si bien no plenamente, al menos, sí parcialmente, con el originalismo. Vid. GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, Madrid, 2008, pp. 60 y 61.

función²¹. La naturaleza de norma jurídica de la Constitución que incorpora el grado más alto del consenso político y social no se contradice con la afirmación de que se trata de la norma jurídica de mayor contenido político del ordenamiento. Y si bien es verdad que toda norma jurídica traduce de alguna manera un sistema de valores, la singularidad de la norma constitucional radica precisamente en explicitar de forma concreta ese sistema de valores, siendo la labor del Tribunal Constitucional la de salvaguardar no ya el texto formal, sino los propios elementos valorativos que contiene la Constitución²².

Así pues, la interpretación constitucional no ha de olvidar tal extremo: la Constitución no sólo es norma jurídica, sino también política. Cualquier metodología que promueva una interpretación constitucional sobre la mera dogmática jurídica está llamada al fracaso, ya que no alcanza a entender el concepto elemental de Constitución política, o, en otras palabras, de Constitución real.

Si toda interpretación tiene un punto de partida filosófico, la norma constitucional lo tiene político²³. En la interpretación constitucional no sólo estarán presentes elementos lógicos procedentes de la metodología jurídica, sino también, con especial relevancia, los elementos extralógicos que nos ofrece la realidad política y social. Se distingue, de este modo, entre interpretación racional y razonable, de manera que ésta aspira a evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan²⁴.

La gran trascendencia política de muchos de los preceptos de la Constitución obliga a plantearse no sólo la validez de la norma, sino también las consecuencias de su aplicación. Sin embargo, ello no significa que haya que ceder el enfoque propio del Derecho al de la Política, sino razonar jurídicamente sobre las consecuencias políticas de los preceptos constitucionales²⁵. Así, las diferentes escalas que se predicán de la interpretación de las normas con carácter general, deben ser completadas con la escala de la realidad

²¹ NIETO, A., "Peculiaridades jurídicas ...", *cit.*, p. 374.

²² GARCÍA MARTÍNEZ, M.A., "El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la legitimidad de ejercicio", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, diciembre 2009, p. 122.

²³ GARCÍA BELAUNDE, D., "La interpretación constitucional ...", *cit.*, p. 17.

²⁴ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, 9.^a ed., Trotta, Madrid, 2009, p. 147 a 150. Atienza señala que la razonabilidad en sentido estricto únicamente puede predicarse de cierto tipo de decisiones jurídicas: las que no podrían (o no deberían) adoptarse siguiendo criterios de estricta racionalidad. Y, además, trata de eliminar la arbitrariedad que pudiera presumirse en la decisión razonable frente a la racional acudiendo al consenso. De este modo, la decisión a tomar en cada caso sería aquella que pueda verse como aceptable por una comunidad de seres o por un ser que la represente o, si hubiera varias decisiones que pudieran serlo en principio, la que pudiera lograr una mayor aceptabilidad, un mayor consenso. En definitiva, Atienza considera que una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si, y sólo si, 1) se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso. Vid. ATIENZA, M., "Sobre lo razonable en el Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre 1989, pp. 96, 104, 108 y 109.

²⁵ AJA FERNÁNDEZ, E., "Derecho constitucional", en VVAA, *Las enseñanzas del Derecho en España*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 71.

política y social, ya que la norma constitucional es fundamentalmente norma política. La norma constitucional responde a unos valores jurídicos, pero también políticos, al ser su fin la articulación de los poderes del Estado y la garantía de los derechos de los ciudadanos como precompromiso. Habrá que buscar, por tanto, junto al sentido literal, sistemático, intencional, histórico y lógico, el sentido político de la norma.

Cierto es que esta postura nos acerca más a postulados claramente ideológicos que netamente científicos, pero la norma, y más aún la norma constitucional, no puede ser entendida sin admitir que, es ante todo, un fenómeno ideológico. Mientras las ciencias responden a la finalidad de conocer la verdad, la jurisprudencia constitucional sirve para resolver litigios y los resuelve de conformidad con la ideología política dominante²⁶. Ello obviamente no implica que haya que renunciar de manera definitiva a cierto fundamento científico. Sin embargo, que las reglas de la interpretación sean más o menos claras no implica que la Hermenéutica constitucional no esté revestida de un evidente elemento ideológico.

Sin embargo, es también verdad que ello no sólo es predicable de la norma constitucional, aunque aquí encuentre mayor significado, sino de cualquier norma. La dimensión real de la norma exige abandonar metodologías que se limiten a observar o interpretar la norma en cuanto tal, olvidando que la norma jurídica cumple un fin instrumental, insertándose en la sociedad para resolver el conflicto o promover la justicia.

II.5. La Constitución como norma de principios

La Constitución constituye una norma jurídica que incorpora en mayor medida que las restantes normas principios y no sólo reglas. La Constitución es un texto de principios, aunque ello ni significa que las normas de distinta naturaleza no incorporen igualmente principios, ni que las reglas sean algo ajeno o extraño a la Constitución. Porque, como nos recuerda NIETO, siguiendo a Heller, sin la presencia de los principios no se pueden comprender ni interpretar ni aplicar la mayoría de los preceptos positivos del Derecho Constitucional. La mayoría de las normas contenidas en la Constitución y, sobre todo, las más importantes, cobran únicamente un sentido practicable cuando se ponen en relación con los principios jurídicos que son expresión de la estructura social²⁷.

Para ZAGREBELSKY sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico. Las reglas no serían más que leyes reforzadas por su forma especial que no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan²⁸. Además, los principios dotan de especial trascendencia a la interpretación. La presencia de tan sólo reglas en el ordenamiento permitiría pen-

²⁶ LAFUENTE BALLE, J.M., *La judicialización ...*, op. cit., p. 16.

²⁷ NIETO, A., "Peculiaridades jurídicas ...", cit., p. 390.

²⁸ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, op. cit., p. 110.

sar en la “maquinización” de la aplicación del Derecho. Sin embargo, la presencia de principios junto a las reglas hace que tal posibilidad sea absolutamente inviable²⁹.

El constituir una norma con gran número de principios afecta a la interpretación, ya que, en el caso de que la labor de intérprete supremo recaiga sobre el Poder Judicial u órgano *ad hoc* (véase, Tribunal Constitucional), los márgenes para el *judicial activism* serán notablemente mayores. A mayor número de principios, mayor facultad Hermenéutica en manos del intérprete. Sin embargo, como vamos a ver de inmediato, esta cualidad sustancial al propio concepto de Constitución y a su pretensión de permanecer largo tiempo como símbolo de la estabilidad política, tiene una doble vertiente. La extensiva proclamación de principios en el texto no sólo provoca una mayor capacidad interpretativa del poder contra-mayoritario, sino también una mayor efectividad del principio de interpretación conforme. Si los principios son candidatos a diferentes interpretaciones, a diferencia de las reglas que marcan una pauta de conducta y una consecuencia jurídica a cada supuesto de hecho, también limitan al mismo tiempo la capacidad anulatoria del poder contra-mayoritario. A este respecto, si el legislador vulnera una regla contenida en la Constitución (véase, que la mayoría de edad se sitúa a los dieciocho años, restringiendo los derechos políticos de aquellos que no hubieran alcanzado los veintiún años), resulta evidente que todo el poder de control y anulación de dicha norma legislativa está en manos del Tribunal Constitucional. Sin embargo, cuando el objeto de discusión no es ya la regla, sino un principio, resulta evidente que la declaración de inconstitucionalidad pasa necesariamente por una evidente contradicción en los fines que claramente persigue el principio por parte del legislador. De esta manera, dado que la Constitución es una norma de principios, el *judicial activism* podría eliminarse o, al menos, atenuarse, a través del principio de interpretación conforme, de manera que el legislador será libre de interpretar y desarrollar los principios, siendo su labor declarada inconstitucional solamente en aquellos casos en los que exista una evidente contradicción entre el principio y su decisión. El margen de maniobrabilidad que el poder contra-mayoritario ostenta respecto de los principios es mayor que respecto de las reglas, pero también lo es, del mismo modo, para el legislador que ha de desarrollar legislativamente el texto constitucional, de manera que una correcta división y articulación de los poderes impedirá que el poder judicial, recurriendo al margen que le permiten los principios, se exceda en su labor. La propia presencia de principios autolimita los excesos.

Por otro lado, el hecho de que se reconozca, como ha proclamado nuestro propio Tribunal Constitucional, que las normas programáticas tienen una eficacia mediata, un valor aplicativo mediato, no supone que se le niegue verdadero contenido normativo a la Constitución³⁰. Allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los prin-

²⁹ *Ibidem*, p. 111.

³⁰ Véase, a este respecto, el tenor de la primera Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, en la que se declara que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos.

cipios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma.

Al predicarse de las normas constitucionales que contienen principios la falta de eficacia directa o inmediata, se afecta, por ende, la labor del intérprete. Éste no puede abordar de la misma manera la interpretación de la norma que contiene una regla, sea ésta más o menos precisa, que la de norma que contiene un principio. El principio informa el ordenamiento y en cuanto tal es al mismo objeto de interpretación como herramienta de la interpretación. La regla es susceptible de ser interpretada como paso previo a su aplicación en la resolución del conflicto concreto. El principio, por el contrario, requiere ser interpretado para, a su vez, servir de herramienta para la interpretación de la norma. Como apuntaba LARENZ, el que los principios sean proposiciones jurídicas incompletas quiere decir que participan del sentido de validez de la ley, es decir, pretenden ser observadas, no son proposiciones declarativas, sino partes de órdenes de validez; pero sólo desarrollan su fuerza constitutiva, fundamentadora de consecuencias jurídicas, en conexión con otras proposiciones jurídicas³¹. Se trata, en palabras de NIETO, de una norma de reenvío, lo que la convierte en el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del Derecho³².

Así pues, gran parte de las normas contenidas en la Constitución no sólo son susceptibles de interpretación para su aplicación a determinados conflictos, sino que lo serán en la medida que proporcionan criterios que facilitan la interpretación de las propias normas constitucionales (las reglas) o de las normas del resto del ordenamiento jurídico.

Además, el intérprete constitucional se enfrenta cuando interpreta las normas que contienen principios a una función de dimensiones más amplias que la que representa la interpretación de meras normas.

II.6. Principios de interpretación constitucional

Las singularidades de la interpretación constitucional no sólo derivan de sus particulares características en cuanto a su forma de redacción, sino también del propio papel que juega en el ordenamiento jurídico. Si la Constitución no es una norma como las demás no puede ser interpretada como las demás³³. Sin embargo, GUASTINI no se muestra conforme con dicha idea y señala que muchas de las características que concurren habitualmente en los textos constitucionales no son propias o exclusivas de éstos, sino que también puede predicarse de muchas otras normas que integran

³¹ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, 1994, pp. 148 y 249.

³² NIETO, A., "Peculiaridades jurídicas ...", *cit.*, p. 399.

³³ MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Manual de Derecho constitucional. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 230.

el ordenamiento jurídico. Así, la importante presencia de principios y valores en las Constituciones, también puede producirse en cualquier Ley. Cada Ley, además, supone una *ratio legis*, es decir, un principio, un valor o una finalidad a perseguir. Igualmente, la vocación de permanecer tampoco es exclusiva de la Constitución, ya que existen normas legislativas que nacen también con dicha vocación³⁴.

En todo caso, consideramos que si bien es cierto que las características que se predicen de las Constituciones no son exclusivas de éstas, sino que pueden también concurrir en las leyes, lo que tampoco deja de ser cierto es que siempre han de concurrir en los textos constitucionales si realmente nacen con la vocación o naturaleza de tales. Las Constituciones tienen, por su propia naturaleza y objeto, que responder a dichas características, lo que, por el contrario, no es indispensable en las leyes. Una ley puede prolongarse en el tiempo mucho más que un texto constitucional, pero esto dependerá, en definitiva, de aspectos extrajurídicos y no de la propia naturaleza de la ley como norma que nace con vocación de permanecer (véase, a este respecto, la propia naturaleza y fines del Decreto-ley). También, la ley puede incorporar o, mejor dicho, debe incorporar principios y valores, pero su presencia en su cuerpo normativo será siempre muy inferior al de las Constituciones. La ley no es, habitualmente, una ley de valores y principios, mientras que la Constitución sí lo es.

En definitiva, entendemos que sí puede afirmarse que la interpretación de las normas constitucionales responde a ciertos principios singulares que, si bien, puede recurrirse a ellos en ocasiones por el intérprete de la ley, ello, no es siempre así. Las características que siempre han de concurrir en la norma constitucional y que no tienen que necesariamente concurrir en la norma legal informan a favor de la existencia de unos principios singulares de interpretación constitucional.

Tales principios singulares de la interpretación constitucional serían, el principio de interpretación conforme y el principio de conservación de la norma.

El primero constituye un mandato hermenéutico que deriva del principio de jerarquía normativa y no una singularidad del enjuiciamiento constitucional inferido de la especial dignidad de la ley³⁵. Este principio determina que el juzgador, a la hora de interpretar la norma, ha de elegir entre la interpretación que sea más conforme con lo dispuesto en la norma jerárquicamente superior.

Por otro lado, el principio de conservación de la norma supone que el operador jurídico, fundamentalmente, el juzgador ha de optar por la constitucionalidad de la ley en aquellos casos en los que existan dudas acerca de su validez. En dichos casos procede salvaguardar la validez de la norma.

El marco de eficacia máxima de dicho principio sería, según expone FARRERES COMELLA, aquellos casos en los que la norma objeto de enjuiciamiento constitu-

³⁴ GUASTINI, R., *Teoría e ideología ...*, op. cit., pp. 54 a 58.

³⁵ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "Los vértices de la desconfianza: Constitución, ley y juez", REDC, año 22, núm. 65, mayo-agosto 2002, p. 390.

cional procede del referéndum o fórmulas similares, es decir, cuando el pueblo ha tenido la ocasión de pronunciarse directamente sobre la norma y ésta no emana sólo de la voluntad de los representantes. Sin embargo, CAAMAÑO no comparte dicha idea, considerando que el grado de consenso alcanzado por la ley (vía referéndum, por ejemplo) carece de efecto alguno para el juzgador de la constitucionalidad, ya que el otorgar mayor legitimidad a las normas en función del nivel de consenso significa apartarse de la idea misma de democracia, entendida como gobierno de la mayoría en reconocimiento de la pluralidad. Para CAAMAÑO, la tensión que provoca optar por la inconstitucionalidad de una ley que goza de un gran consenso parlamentario o extraparlamentario responde más al propio juego de la división de poderes que a una funcional mayor validez de la ley.

CAAMAÑO prefiere el término *in dubio pro legislatore* que el de la presunción de constitucionalidad de la ley, ya que no hay prueba posible frente a la validez constitucional de la ley³⁶. Así, cuando la Constitución no ofrece con claridad la regla, vale siempre la del legislador. Es éste y no el Tribunal el que está legitimado para adoptar la decisión que el constituyente no quiso tomar. El Tribunal sólo declara la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con la Constitución es clara. Cuando tal claridad no existe hay que presumir la “constitucionalidad” del legislador. Y ello significa la aplicación de esa regla esencial en la jurisdicción constitucional: *in dubio pro legislatoris*, que no es sólo una exigencia de la técnica jurídica, sino también, y sobre todo, una consecuencia del principio democrático³⁷.

GUASTINI, siguiendo a Tushnet y Waldron, distingue entre interpretaciones indiscutibles e interpretaciones discutibles, de manera que la norma elaborada por el legislador sólo sea declarada inconstitucional cuando sea contraria a la Constitución de manera evidente, sin discusión (*judicial restraint*)³⁸. Así, el Tribunal Constitucional, al interpretar la Constitución no tiene como misión fijar un contenido unívoco y preciso de la norma que deba ser respetado y ejecutado por el legislador, lo que sería contrario al pluralismo político que preside la propia Constitución, sino impedir que por vía de la legislación ordinaria puedan producirse reformas de la Constitución³⁹.

El principio de conservación de la norma consideramos que otorga especial singularidad a la interpretación constitucional y, especialmente, a la labor que ha de desarrollar el intérprete ya que es precisamente el principio que justifica el recurso, frecuente en la jurisprudencia constitucional, a las resoluciones interpretativas frente al de las resoluciones anulatorias. Dado que una de las finalidades del intérprete constitucional es la de conservar la norma objeto de enjuiciamiento, tal fin únicamente es

³⁶ *Ibidem.*, p. 394.

³⁷ ARAGÓN REYES, M., “La eficacia jurídica del principio democrático”, *REDC*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, p. 40.

³⁸ GUASTINI, R., *Teoría e ideología ...*, *op. cit.*, p. 63.

³⁹ MOLAS, I., *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 223.

posible cumplirlo a través de la decisión interpretativa que mantiene a la norma pero condiciona su interpretación a futuro.

II.7. Conclusiones de la primera parte

Como hemos comprobado a lo largo de esta primera parte del trabajo, la norma constitucional es una norma que ofrece ciertas singularidades que la diferencian del resto de normas del ordenamiento jurídico y entre dichas singularidades destaca su vocación de permanecer en el tiempo como expresión o rasgo de estabilidad política y social. Tal vocación de perdurabilidad provoca, a su vez, que la norma constitucional sea una norma abierta, no concreta, que encuentra en su carácter ambiguo la fórmula necesaria para durar en el tiempo.

Además, la norma constitucional también presenta como peculiaridad su naturaleza no sólo jurídica, sino también política. Ciertamente ello no es exclusivo de la norma constitucional, sino que, como ya hemos comentado, puede encontrarse en el resto de normas del ordenamiento jurídico. Siendo ello cierto, también lo es que la naturaleza política se aprecia con mayor relevancia en la norma constitucional.

Tales peculiaridades no determinan, sin embargo, un método diferente de interpretación, sino unas peculiaridades de la interpretación constitucional que entroncan con el segundo tema del que es objeto nuestro trabajo y que es el de los problemas relacionados con el intérprete. Dado que la Constitución es una norma abierta, es una norma que ha de procurar, en la interpretación de sus efectos, conservar la norma del ordenamiento jurídico sobre la que aquélla se enfoca. De este modo, el intérprete habrá de asumir, por las propias singularidades de la norma constitucional, unas competencias especialmente relevantes. La complejidad que ofrece la decisión acerca de quién ha de ser el intérprete último del texto constitucional nace de la propia singularidad de la norma constitucional.

III. Problemas de intérprete

III.1 El principal debate constitucional

La determinación de quién ha de interpretar la Constitución o, sobre todo, quién es el intérprete supremo o último de la norma constitucional constituye el debate principal del Derecho constitucional o, en palabras, de RUBIO LLORENTE, es el principal problema al que ha de enfrentarse la teoría del Estado y cualquier teoría del Derecho⁴⁰.

Como apunta AHUMADA RUIZ desde una perspectiva histórica, pero que refleja bien la trascendencia que contiene esta cuestión, lo que hace grande a *Marbury v.*

⁴⁰ RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1993, p. 605.

Madison no es el fallo ni la argumentación ni el caso objeto de resolución, sino el debate que sucedió a la decisión y que aún sigue en plena vigencia. *Marbury* es un caso intemporal y universal porque propone la solución del control judicial de inconstitucionalidad donde los jueces han de tener en una democracia la última palabra frente a la mayoría, lo que no tiene una respuesta obvia y con la que de alguna forma todos los cursos de Derecho constitucional pelean de principio a fin⁴¹.

La justicia constitucional se muestra ya como una exigencia ineludible, no de la Constitución como norma superior, sino de su consideración como simple norma⁴². Sin un poder encargado de vigilar la superioridad de la Constitución, ésta perdería, como efectivamente ocurrió a lo largo del siglo XIX y los inicios del siglo XX, su condición de norma, convirtiéndose en un mero documento político⁴³.

En todo caso, se trata de un debate que trasciende al mero campo de la Hermenéutica y se extiende al propio debate del principio de democracia. Las opciones entre otorgar la función de intérprete máximo a un poder de constitucionalidad diferenciado (véase, Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo) o a los representantes del pueblo constituidos en Parlamento no sólo aparece en los orígenes del Estado constitucional, sino que sigue siendo el principal debate del Derecho constitucional. Una y otra solución supone cambios sustanciales tanto en la parte orgánica de la Constitución (división de poderes) como en la parte dogmática (garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas). Como apunta LINARES, el constitucionalismo encierra un doble compromiso difícil de cohonestar: un compromiso con la idea de derechos (dimensión sustantiva) y un compromiso con la idea de democracia (dimensión procedimental)⁴⁴.

Además, la concepción moderna de la Constitución abre el debate, dado que el texto no tiene como fin, en su versión clásica, limitar el poder político, sino organizar la sociedad y modelar las relaciones sociales. Las normas constitucionales ya no se dirigen sólo a los órganos del Estado. La concepción moderna de Constitución que afecta tanto a la relación vertical (Estado-ciudadano) como horizontal (ciudadano-ciudadano) favorece su aplicación directa por los jueces⁴⁵.

En todo caso, no hay que olvidar que el constitucionalismo ha triunfado allí donde el poder contra-mayoritario se ha impuesto al Parlamento, es decir, ahí donde la cons-

⁴¹ AHUMADA RUIZ, M., "Marbury versus Madison doscientos años (y más) después", *Fundamentos*, núm. 4, Oviedo, 2006, pp. 125, 126 y 149.

⁴² PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...*, op. cit., Madrid, 2009, p. 155.

⁴³ Para CAPPELLETTI la capacidad creativa de los jueces constitucionales no es que sea oportuna o inoportuna, sino que es ineludible. A este respecto apunta que "los jueces, y en particular los jueces constitucionales, no pueden prescindir de una actividad «creativa» si quieren desempeñar eficazmente la función que les corresponde naturalmente. La interpretación «pura» no existe; toda interpretación comporta un elemento de «creatividad»". Vid. CAPPELLETTI, M., "El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 4, enero-abril 1982, p. 15.

⁴⁴ LINARES, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 45.

⁴⁵ GUASTINI, R., *Teoría e ideología...*, op. cit., pp. 48 y 49.

titudinación ha atado la democracia. De este modo, la discusión no se sitúa tanto en cuál es la opción que ha de primar en nuestro constitucionalismo, si la de la última palabra en manos del poder contra-mayoritario, o la de la última palabra en manos del Parlamento, sino, si queremos continuar por la senda del constitucionalismo o regresar a la soberanía del Parlamento. Suprimir el poder de la jurisdicción constitucional supone, necesariamente, eliminar la fuerza de la Constitución. El texto constitucional dejado en manos de la mera interpretación del legislador provoca la desaparición del valor de la propia Constitución. Sus diferencias respecto de cualquier otra norma legislativa se esfuman⁴⁶.

III.2. La interpretación constitucional como mecanismo de control del Parlamento

Debemos recordar que la inicial construcción del Estado constitucional que formulan los norteamericanos y que se articula sobre la base de otorgar al Tribunal Supremo el poder de decidir qué dice la Constitución responde, entre otras razones, a la idea de control del poder legislativo⁴⁷. La experiencia de las Colonias norteamericanas trajo consigo la firme convicción de que el Parlamento, la mayoría, puede convertirse fácilmente en el mayor peligro para la minoría y, por ende, para un Estado que aspira a la protección y garantía de los derechos y libertades. Ello exigía controlar al poder legislativo desde los otros dos poderes. Así, los norteamericanos crearon, por un lado, un ejecutivo reforzado, sobre todo, a partir de la Presidencia Jackson⁴⁸, y, por el otro, un poder minoritario, contra-mayoritario, que

⁴⁶ Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en el modelo que se ha caracterizado por la prevalencia del principio de supremacía del Parlamento. Así, en Francia, a diferencia del modelo constitucional norteamericano, el triunfo de las doctrinas jacobinas provocó que la Constitución perdiera su condición de verdadera norma como consecuencia de los efectos que la supremacía de ésta había de provocar sobre el poder político del Parlamento. La gran encrucijada a la que se enfrentan los revolucionarios franceses, como ya ocurriera en la Revolución Americana es la de cohesión a la supremacía y el carácter normativo de la Constitución con la supremacía de la Asamblea. Y así, mientras que los revolucionarios norteamericanos optaron por aquella, otorgando al poder judicial la necesaria función de controlar las normas nacidas del Parlamento, los franceses vieron en el control de constitucionalidad una nueva arma en manos de los poderes y del absolutismo que pretendía derrotarse, pese a las pretensiones de algunos autores, como Sieyès que habían propuesto una fórmula *sui generis* de control (un órgano integrado por 108 miembros de procedencia parlamentaria que había de renovarse cada tres años por un sistema de cooptación en el que los 72 jueces elegían a los 36 entre los legisladores que cesaban ese año). Sin embargo, tras las reformas operadas en el sistema constitucional francés en 1958, con la aprobación de la Constitución de la V República y, más recientemente, en 2008, con la incorporación al modelo de la cuestión de inconstitucionalidad, la supremacía de la Constitución ha terminado por imponerse y ello, porque, precisamente, no puede existir sistema constitucional que no incorpore cierto control de constitucionalidad sobre la labor del Parlamento.

⁴⁷ En palabras de Hughes, *Chief Justice* del Tribunal Supremo norteamericano de 1930 a 1941, vivimos bajo una Constitución, mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es. También, Frankfurter, *Justice* de 1939 a 1962, nos recordaba que *the Court is the Constitution*.

⁴⁸ Véase, la *Unitary Executive Theory* o también denominada teoría de los poderes inmanentes y que promueve, al amparo del artículo 2 de la Constitución, reforzar los poderes del Presidente. Durante el mandato del Presidente G W Bush se pretendió extender nuevamente dicha doctrina.

fuera el garante del texto constitucional frente a los *humores* de la mayoría y del propio pueblo⁴⁹.

Dichos temores que encontraban un fundamento histórico muy concreto, representado por los intereses de las Colonias⁵⁰, se han reproducido, con las salvedades necesarias, en el marco de las democracias del siglo XX con la crisis de los Parlamentos continentales que precedió a la Segunda Guerra Mundial y, en especial, en la República de Weimar. El fracaso parlamentario de la República de Weimar que culminó con la eclosión, al amparo de la propia democracia, del nacionalsocialismo puso nuevamente de actualidad aquellos temores al principio de mayoría y la exigencia de medidas correctoras del riesgo de deriva de la democracia. Entre dichas medidas la Constitución y el poder contra-mayoritario parecen haberse alzado como los instrumentos indispensables de control de la propia democracia.

En definitiva, la construcción de la prevalencia de la voluntad del poder contra-mayoritario sobre el poder mayoritario se fundamenta en una doble idea: por un lado, en la convicción de que la Constitución únicamente podría ser considerada como norma suprema y, más aún, incluso como norma jurídica si existe un poder al que se confiere la labor de controlar que el legislador respete la norma constitucional. Sin dicho poder contra-mayoritario, como la propia experiencia del siglo XIX nos enseñó, el poder normativo de la Constitución se evanece en pos de su mero valor político.

Por otro lado, la experiencia parlamentaria de la primera mitad del siglo XX nos muestra también que la naturaleza normativa de la Constitución, soportada principalmente por la existencia de un poder que va a controlar la constitucionalidad de la labor del legislador, es el mejor mecanismo para evitar los desmanes que con frecuencia comete la mayoría dejada a su propio impulso. Así, la Constitución y, por ende, el poder contra-mayoritario se convierten en el *factor corrector* de la democracia, impidiendo o, al menos, minorando el riesgo de los abusos de la mayoría sobre la minoría.

Dentro de esta última idea, se ha destacado también que el poder contra-mayoritario actúa como un incentivo para que el legislador proteja los derechos y libertades. Aquél, en palabras del Juez CARDOZO, permanece en la antesala, pero siempre alerta, y ello influye en la labor del legislador que buscará la decisión que en mayor medida respete la voluntad constitucional⁵¹.

⁴⁹ Recuérdese que dicho temor a los desmanes de la mayoría procedía también de la experiencia derivada de la crisis económica de mediados del siglo XVIII, cuando las entidades financieras británicas comenzaron a reclamar las deudas a los colonos, lo que tuvo un impacto importante, sobre todo, en los agricultores, los cuales exigieron que se aprobaran normas que protegieran su propia situación.

⁵⁰ Los Padres Fundadores eran plenamente conscientes de que los poderes legítimamente elegidos corrían el riesgo de incurrir en decisiones y actuaciones que se apartaran del compromiso asumido en la Constitución. Esto es lo que Bennet denomina la *complejidad americana*. Vid. BENNET, R.W., *Talking it through. Puzzles of American democracy*, Cornell University Press, Nueva York, 2003, p. 25.

⁵¹ CARDOZO, B., *The nature of judicial process*, Yale University Press, New Haven, 1921. Referencia tomada de WALUCHOW, W.J., *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law. Un árbol vivo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 345.

III.3. El poder contra-mayoritario como mecanismo de corrección de la democracia: la doctrina de Elster

ELSTER es con toda probabilidad el autor que ha construido en las postrimerías del siglo XX la doctrina más completa acerca de la justificación del poder contra-mayoritario. Así, ELSTER se pregunta por qué una asamblea política querría abdicar de la plena soberanía, que posee en principio, y fijar límites a sus propias acciones futuras. Su respuesta se fundamenta en la necesidad que tenemos los propios ciudadanos de protegernos contra nuestra propia tendencia a actuar irreflexivamente, llevados por la pasión. Mediante la elevación del costo de la toma de decisión y fundamentalmente de la reforma de la Constitución se dificulta que los ciudadanos cedamos a nuestra propensión temporal a abdicar de nuestros valores esenciales de convivencia consagrados en el texto constitucional. Si todas las instituciones están disponibles, quienes ejerzan el poder se verán tentados de aprovechar sus puestos con fines privados⁵².

ELSTER recurre a la fábula de Ulises y las sirenas para desarrollar su idea de que en las modernas democracias la Constitución actúa como norma de autoconstricción⁵³. Señala ELSTER que, tras comprobar que nosotros podemos ser nuestro peor enemigo, procuramos atarnos a través de la Constitución para evitar vernos tentados por los *cantos de sirena* (demagogia).

Las Constituciones serían, de este modo, mecanismos de precompromiso o autorrestricción, elaboradas por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra su previsible tendencia a tomar decisiones imprudentes⁵⁴. El propio ELSTER reconoce, sin embargo, que la autorrestricción que la Constitución supone no ha de ser entendida en sentido estricto. Las Constituciones se diseñan para hacer que sea difícil modificar sus disposiciones, pero no imposible⁵⁵.

ZAGREBELSKY acoge también la teoría de la autorrestricción cuando apunta que si los jueces cedieran a la tentación de recurrir al consenso popular, no sólo traicionarían completamente su función, sino que se dejarían seducir por cantos de sirena que los conducirían al desastre⁵⁶.

⁵² ELSTER, J., "Introducción", en ELSTER, J. Y SLAGSTAD, R., *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 40 y 41.

⁵³ Waldron es el autor que más profunda y profusamente ha criticado la analogía de Ulises. Vid. WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.* pp. 322 y ss. Un resumen de su crítica puede verse también en WALUCHOW, W.J., *op. cit.*, pp. 232 a 234.

⁵⁴ ELSTER, J., *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 111 y 112. Ciertamente, Elster no va tan lejos como el propio Montesquieu quien diseñó su modelo de división de poderes como estructura de límites del poder y de garantía de los derechos y que afirmaba, en expresión de sus recelos a la omnipotencia del legislador, que los más de los legisladores han sido hombres de cortas luces y casi nunca han seguido más norte que sus antojos o preocupaciones. Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional ...*, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁵ ELSTER, J., *Ulises desatado ...*, *op. cit.*, pp. 117.

⁵⁶ ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008, p. 99.

En definitiva, nuestra democracia parece sustentarse, por obra del constitucionalismo, en una regla de la mayoría como procedimiento de decisión sujeta a restricciones sustantivas.

Para WALUCHOW la plena observancia de los procedimientos mayoritarios en modo alguno asegura o implica que el sistema, o las decisiones generadas a partir de ellos, sean plenamente democráticos. El voto mayoritario pueda llevar a la toma de decisiones no democráticas. Por ello, el principio de mayoría se mostraría como una condición necesaria pero no suficiente de la democracia. El control de constitucionalidad de las leyes no entra, pues, en conflicto con la democracia sino que es parte del sistema⁵⁷.

Sin embargo, frente a la posición de ELSTER se han alzado dos objeciones: la de la calidad moral de la regla de la mayoría y la del problema de la autoconstricción respecto de aquellas generaciones futuras que no decidieron autoconstrinirse.

III.4. La calidad moral de la regla de la mayoría

Un relevante sector de la doctrina se ha mostrado muy crítico con la teoría de la Constitución como mecanismo de autoconstricción al considerar que dicha teoría afecta a la única regla que moralmente puede regir a la comunidad, la de la mayoría. Dentro de este sector doctrinal, destaca la posición de WALDRON, para el cual, la regla de la mayoría es la única que reconoce y toma en serio la igual capacidad de autogobierno de las personas, el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente y cuente en pie de igualdad con la de cualquier otro, en el proceso público de toma de decisiones. La regla de la mayoría presenta, en definitiva, una calidad moral de la que carecería cualquier otro procedimiento de decisión colectiva. El constitucionalismo constriñe y limita el funcionamiento de este procedimiento básico colocando a cada uno de sus costados otros procedimientos, el de reforma constitucional y el de control jurisdiccional de constitucionalidad, que implican por definición negación de ese valor esencial⁵⁸.

Sin embargo, la teoría de WALDRON que exige optar entre la regla de la mayoría y el constitucionalismo provoca un sistema político en el que los derechos no serían concebidos como un límite externo y previo al procedimiento mayoritario, sino como un producto generado por su propio funcionamiento⁵⁹. Además, como destaca WALUCHOW, esta teoría deja de lado deliberadamente que el propio procedimiento de decisión del legislador presenta en la realidad fallas y sesgos importantes. Así, WALDRON parte, en palabras de WALUCHOW, de un ideal de legislador que se aparta de la realidad. De este modo, si bien WALDRON acude al realismo para cri-

⁵⁷ WALUCHOW, W.J., *op. cit.*, pp. 176 y 177.

⁵⁸ WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 221 y 222.

⁵⁹ BAYÓN, J.C., "Derechos, democracia y Constitución", en CARBONELL, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 222.

ticar los excesos que en muchas ocasiones comete el poder contra-mayoritario, a continuación, cuando se refiere a la forma de razonamiento del legislador, sigue la senda del idealismo⁶⁰.

BAYÓN no comparte la teoría de la autoconstricción de ELSTER⁶¹, pero propone un argumento para salvar las objeciones que desde la calidad moral de la regla de la mayoría se hacen a la misma: el diferente valor de las circunstancias en las que se adopta la decisión. Así, puede considerarse racional que cuando una comunidad se encuentra en el momento que ha de reflexionar con mayor seriedad y altura de miras (proceso constituyente), decida incapacitarse para tomar determinadas decisiones que sabe que pueden tentarla en sus momentos menos brillantes y que, a la larga, lamentaría haber tomado. De este modo, ver la vida política como una sucesión de decisiones de calidades diferentes nos proporcionaría una razón para sostener que la de calidad superior sí puede trazar límites no removibles por decisiones posteriores de calidad inferior⁶².

En una imaginaria sociedad homogénea, compuesta por seres idénticos en capacidades, ideales, intereses, gustos y aspiraciones, la adopción de decisiones colectivas podría confiarse indiferentemente a una asamblea o, incluso, a un individuo capaz de decidir por sí mismo y por todos⁶³. En dichas sociedades, el poder contra-mayoritario carecería de verdadera justificación, ya que la Asamblea integraría la totalidad de intereses sociales homogéneos. Sin embargo, desde el momento en que la sociedad ya no es homogénea, toda república democrática vive bajo el temor de que el intereses mayoritario anule al minoritario y es ahí donde encuentra sentido y justificación el poder contra-mayoritario como poder que garantiza los derechos y libertades de la minoría en un sistema que se rige de común por el principio mayoritario.

La democracia puede convertirse en el régimen de las facciones, en el que una mayoría puede intentar funcionar como totalidad y así adueñarse de la cosa común (la república), haciéndola propia. Así, la justicia constitucional tendrá como fin evitar que la mayoría se adueñe de la cosa común y, por eso, limita la democracia, pero en bien de la propia democracia. Por ello, no puede afirmarse que la justicia constitucional sea antidemocrática, sino que, por el contrario, evita las degeneraciones de la democracia como mero régimen de mayoría, de la mayoría omnívora. La justicia constitucional limita la democracia para mantener precisamente su calidad, evitando que se transforme en un mero régimen ciego de mayorías rendido a los números. En resumen, la justicia constitucional no forma parte de la democracia pero sirve a la democracia⁶⁴.

⁶⁰ WALUCHOW, W.J., *op. cit.*, pp. 349 y 350.

⁶¹ BAYÓN, J.C., "Derechos, democracia y Constitución", en CARBONELL, M. (Ed.), *op. cit.*, p. 224.

⁶² *Ibidem*, p. 223.

⁶³ ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos ...*, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 101 y 102.

El sistema de mayoría constituye la regla de funcionamiento de la democracia, pero de ahí a convertir dicha mera regla de resolución de los conflictos en instrumento que garantice la virtud de las decisiones medida un largo trecho. Como nos recuerda BLEYLAND, “*when looking at constitutional systems, it would be a mistake to believe that a system of majority rule, in itself, satisfies the credentials of liberal democracy. This is because, while it may be accepted that in some matters the will of majority should prevail, in regard to others, a crucial feature of liberal democracy is that there are limitations on majority rule, for example, the interests of minorities must always be protected to some degree*”⁶⁵. Si el Pueblo ostentara la plena soberanía la democracia llegaría a ser tan enardecida y frenética que ocasionaría la muerte de la propia democracia⁶⁶. En palabras de Benjamín CONSTANT, si a la autoridad representativa (el Parlamento) no se le impone límites, los representantes del pueblo no son ya los defensores de la libertad, sino candidatos a la tiranía⁶⁷.

En un sistema democrático la voluntad de los más no tiene ninguna superioridad moral, ni científica, ni siquiera política sobre la libertad de los menos. Es la libertad de todos lo que legitima la democracia, con el principio de las minorías, comenzando por el individuo como máxima minoría, y no la regla de la mayoría como fundamento del sistema. Lo que legitima la decisión de los más es el hecho de haber sido tomada desde la libertad y la participación. Así, la regla de la mayoría deviene en un inevitable mecanismo de reducción de la complejidad, pero jamás en un principio legitimador. La democracia sólo es posible cuando se garantiza la libertad de todos⁶⁸. La democracia es algo más que una cuestión de contar votos y de permitir que los deseos de la mayoría se impongan. La democracia es un compromiso con el ideal de autogobierno y el autogobierno se respeta e, incluso, se profundiza, porque es el pueblo quien ha elegido en un acto libre imponerse a sí mismos esos límites relevantes⁶⁹.

Así pues, es cierto que el constitucionalismo se inventó en su día para encarcelar al poder constituyente, al pueblo. Pero no es menos cierto que es precisamente gracias a eso que la democracia liberal es un régimen que realmente funciona⁷⁰. De este modo, en el Estado constitucional de nuestros días la democracia no es igual a gobierno de la mayoría, porque las minorías tienen derechos consagrados en las

⁶⁵ BLEYLAND, P., *The Constitution of the United Kingdom. A contextual analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 3.

⁶⁶ MORGAN, E.S., “Government by fiction: the idea of representation”, *Yale Review*, núm. 72, 1982-83, pp. 321 a 339.

⁶⁷ DERMIZAKY, P., “Justicia constitucional y democracia”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, año 2009, p. 219.

⁶⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *Sistema electoral, partidos políticos y Parlamento*, Colex, Madrid, 2003, pp. 27 y 28.

⁶⁹ WALUCHOW, W.J., *op. cit.*, pp. 182 y 210.

⁷⁰ NEGRO, A., *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias, Madrid, 1994, pp. 381 y ss.

Constituciones escritas que pueden ser protegidos por la justicia constitucional⁷¹. Los Tribunales Constitucionales pueden aumentar la representatividad global del sistema y, por tanto, su misma *democraticidad*, ya que protegen a los grupos minoritarios que no tendrían acceso a las ramas políticas⁷².

Como apunta CAPPELLETTI, lo que justifica la existencia de dicho poder contra-mayoritario es la disminución de la confianza depositada en los Parlamentos que constituye un rasgo común a gran parte del mundo occidental⁷³. Buena parte de la ilusión occidental relativa a la capacidad de las ramas políticas y, en especial, el Parlamento para encarnar el consentimiento de los gobernados está disipándose. Los poderes legislativo y ejecutivo no se ajustan al modelo perfecto de la democracia representativa⁷⁴.

Igualmente, CAPPELLETTI señala que no podemos identificar *democraticidad* con representatividad popular. La legitimación o «investidura democrática» del juez no deriva, a diferencia de lo que ocurre con los órganos políticos, en sentido estricto, del hecho de que represente a un electorado frente al que sea responsable directa o indirectamente. La legitimación democrática del juez deriva del respeto las características y garantías de lo que él llama *justicia natural* y que quedan integradas por dos elementos: primero, el juez ha de actuar siempre a instancia de parte, lo que le convierte en un tercero imparcial; y segundo, el proceso está presidido por el principio de contradicción. El contacto del juez con el pueblo deriva, en fin, del hecho de que no actúa *in causa propria* y *ex officio*, sino sólo a instancia de los interesados, decidiendo en forma congruente con la demanda y una vez «oídas» las partes⁷⁵.

Para CAAMAÑO el debate acerca de la legitimidad del poder contra-mayoritario trasciende al mundo del Derecho constitucional y, en concreto, de la justicia constitucional, para adentrarse en la esfera de lo filosófico⁷⁶. Dicho autor considera que el debate sólo es un reflejo del moderno debate en torno a la teoría de la justicia que gira sobre la alternativa autonomía individual vs. comunidad política (la senda liberal vs. la senda comunitaria). Sin embargo, nosotros no entendemos que el debate gire en dicho entorno, porque, como ya hemos comentado anteriormente, la aparición del poder contra-mayoritario no responde a una exigencia de la exaltación de la autonomía de voluntad como máxima expresión del liberalismo. Antes al contrario, el poder contra-mayoritario pretende atemperar los excesos del liberalismo que, en ocasiones, embebido del poder de la autonomía, puede caer preso de la demagogia y atentar con-

⁷¹ DERMIZAKY, P., "Justicia constitucional y democracia", *cit.*, p. 214.

⁷² CAPPELLETTI, M., *Obras. La Justicia constitucional y dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa, México, 2007, p. 326.

⁷³ *Ibidem*, p. 313.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 324.

⁷⁵ CAPPELLETTI, M., "El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano ...", *cit.*, pp. 13 y 16.

⁷⁶ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "Los vértices de la desconfianza ...", *cit.*, p. 392.

tra ella. No se trata de otorgar primacía al individuo frente a la comunidad. El Tribunal Supremo en versión norteamericana o el Constitucional en la europea no surgen con el propósito de proteger al individuo frente a los desmanes de las decisiones fundamentadas en el bien de la comunidad. Antes al contrario, el poder contra-mayoritario pretende proteger al propio sistema comunitario de los desmanes que los que lo integran pueden cometer contra ellos mismos.

En definitiva, el debate en torno al poder contra-mayoritario no es una expresión del conflicto entre liberales y comunitarios, sino un debate sobre democracia y Constitución o si se prefiere de la *desconfianza en el mero principio mayoritario*. Han transcurrido ya casi doscientos cincuenta años desde que los Padres Fundadores sostuvieron los debates que iniciaron la configuración del Estado constitucional. Pese al tiempo transcurrido, tales debates surten nuevamente actualidad, ya que, como nos recuerdan en estos convulsos tiempos los expertos en Economía, los seres humanos tenemos una predisposición innata a olvidar nuestro pasado y especialmente nuestros errores. ¿Hemos olvidado la deriva a la que llevó el parlamentarismo de principios de siglo XX? ¿Hemos olvidados una vez más que somos nuestro peor enemigo? Ciertamente, las circunstancias que concurrieron en la primera mitad del siglo XX y que desembocaron en el nacimiento y desarrollo de las dictaduras más atroces de la Historia, son distintas de las actuales, pero ¿somos tan distintos nosotros?

Cierto es que una defensa de la propuesta contra-mayoritaria puede ser vista como un exceso de pesimismo histórico frente al aparente optimismo histórico que se deriva de la primacía del poder legislativo e, igualmente, es cierto que toda situación histórica responde a un contexto concreto que, obviamente, excede del análisis jurídico. Sin embargo, sí es cierto que la democracia entendida como fórmula de convivencia que se basa en la regla de la mayoría presentará necesariamente, por su propia naturaleza y por la naturaleza del ser humano en el que se funda a la postre, los peligros que ya presentó en el primer cuarto de siglo. No se trata de una historia que se repita necesariamente, sino que el problema está en el propio sentido de la democracia como sistema en el que impera la mayoría y en que, a la postre, los derechos y libertades acaban siendo susceptibles de disposición, bien es cierto, por la mayoría. Sin embargo, ello les resta todo fundamento metajurídico. A la postre el constitucionalismo permite otorgarles el fundamento metajurídico. Los derechos y libertades no son construcciones de la comunidad, sino que, incluso, preceden a la propia comunidad que se limita a positivizarlos. El problema radica ahí, una democracia fundamentada en los derechos es inviable en un modelo que no quede constreñido por el poder contra-mayoritario como garante de tales derechos. Puede que el discurso se sitúe como hace algún autor entre Derecho natural (constitucionalismo) y Derecho positivo (legicentrismo)⁷⁷, pero lo que resulta evidente es que cualquier concepción de universalidad de los derechos, que es precisamente la que hemos alcanzado a predi-

⁷⁷ Véase, PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...*, op. cit., pp. 23 y ss.

car en los últimos lustros, es incompatible con la inexistencia de mecanismos que dejen los derechos al albur de la decisión de la mayoría⁷⁸.

En palabras de PRIETO SANCHÍS, los derechos abandonan su condición de reservas de Derecho natural del individuo frente al poder para convertirse sencillamente en los derechos definidos por la ley merced a un proceso de autolimitación del poder del Estado⁷⁹.

En definitiva, el Estado constitucional es la forma jurídica de la democracia pluralista y, conforme a la naturaleza de esta última, cualquier sistema de gobierno fundado sobre la salvaguarda del valor superior de la libertad de la persona humana, introduce en la estructura jurídica del tradicional Estado de Derecho un posterior nivel del legitimación: el de la legitimidad constitucional⁸⁰.

Además, el verdadero problema de la jurisdicción constitucional no radica en su difícil coexistencia con el poder democrático que representa el Parlamento (la mayoría), sino el procedimiento de selección de sus miembros (excesiva politización)⁸¹. Por lo tanto, no es que la jurisdicción constitucional implique un déficit de democracia, sino que es precisamente el déficit de democracia que se expresa a través de la partitocracia la que provoca, a la postre, que el poder contra-mayoritario muestre distorsiones en nuestras democracias actuales⁸².

III.5. La *contradictio in terminis* del poder contra-mayoritario: un poder que corrige el principio de mayoría, acudiendo al propio principio de mayoría

Dentro de su crítica al poder contra-mayoritario, WALDRON pone de manifiesto el contrasentido de que la jurisdicción constitucional se construya como mecanismo de corrección del principio mayoritario y que, al mismo tiempo, acuda a dicho principio como regla habitual de funcionamiento. Los magistrados deciden, como hacen los demás cuerpos políticos, por el voto de acuerdo con el principio de mayoría. Así, la fundamentación de la jurisdicción constitucional no puede sustentarse en la desconfianza hacia la mayoría cuando se acude nuevamente a dicho principio como mecanismo de resolución de los debates del Tribunal⁸³.

⁷⁸ El propio Tribunal Constitucional ha optado por una interpretación finalista de la Constitución, y muy especialmente en materia de derechos y libertades. Vid., entre otras, SSTC 101/1981, 59/2008, 152/2008 ó 90/2009.

⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...*, op. cit., p. 79.

⁸⁰ BALDASSARRE, A., "Parlamento y justicia constitucional en Derecho comparado", en PAU i VALL, F., *Parlamento y justicia constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 185.

⁸¹ STERN, K., *Jurisdicción constitucional y legislador*, Dykinson, Madrid, 2009.

⁸² A este respecto, García Martínez propone ampliar el mandato de los Magistrados del Tribunal Constitucional, al considerar que nueve años es un mandato breve que no garantiza plenamente su independencia. El Magistrado puede acabar su mandato a una edad muy temprana, estando en condiciones de aspirar a otros puestos públicos y, especialmente, políticos. Vid. GARCÍA MARTÍNEZ, M.A., "El Tribunal Constitucional ...", cit., p. 133.

⁸³ WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 365.

Para WALDRON no hay, pues, una desconfianza en la virtud del principio de mayoría, sino una desconfianza en los representantes: “Ciertamente nuestra práctica de delegar determinadas cuestiones a los Tribunales para su decisión final refleja una desconfianza en la toma de decisiones democráticas. Pero es una desconfianza en las personas: no confiamos en los votantes comunes o en sus representantes para estas cuestiones; preferimos a los jueces. No es una desconfianza en el principio de la mayoría ya que seguimos aplicando este principio”⁸⁴.

Frente a ello, ZAGREBELSKI apunta que el principio de mayoría únicamente entra en juego como recurso secundario frente a la incapacidad para obtener la unanimidad. El voto es la *extrema ratio* a la que se recurre porque al final, si no ha sido posible alcanzar un amplio consenso, permite avanzar de algún modo⁸⁵.

Así, podría decirse que si bien la jurisdicción constitucional juega siempre a alcanzar la unanimidad, el poder legislativo no siempre lo hace. Ciertamente es que la aspiración de unanimidad está en muchas ocasiones también presente en el marco de la decisión parlamentaria. Más aún, aquellas normas que nacen del parecer unánime de todos los miembros que integran la Cámara reciben cierto reconocimiento político y social. Pero también es cierto que la unanimidad queda postergada a determinadas materias muy concretas y, más aún, a ámbitos en los que no se trabaja en la construcción de una norma, sino en la emisión de una declaración (proposiciones no de ley, por ejemplo). En la mayoría de las ocasiones, el juego de las mayorías no sólo exige, sino que aconseja, que la decisión ni pueda ni deba ser unánime. El juego político se traduce en la competencia por alcanzar el poder, por ocupar el gobierno y dicho juego se articula en torno a mayorías y oposiciones. A este respecto, y de manera bastante ilustrativa, podríamos preguntarnos si produciría el mismo efecto o sería valorado de la misma manera por la opinión pública que durante una legislatura todas las normas aprobadas por el Parlamento lo hubieran sido bajo decisión de la unanimidad que el mismo fenómeno se hubiera producido en el Tribunal Constitucional. Una unanimidad permanente en el Parlamento, ¿no nos llevaría a dudar de la legitimidad democrática real del poder legislativo? Por el contrario, la unanimidad en el Tribunal sería probablemente valorada como un síntoma de madurez constitucional del modelo.

En definitiva, la unanimidad es una aspiración permanente de la jurisdicción constitucional, mientras que respecto del poder legislativo es una mera exigencia en un número muy concreto y excepcional de supuestos. El principio de mayoría al que acude irremediabilmente el Tribunal es una mera fórmula o mecanismo para resolver las discusiones y alcanzar, como mal menor, una interpretación mayoritaria del texto constitucional. Por el contrario, el principio de mayoría es consustancial al ejercicio de la política que se suscita en sede parlamentaria.

⁸⁴ WALDRON, J., “Deliberación, desacuerdo y votación”, en HONGJU KOH, H. y SLYE, R.C. (comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 255.

⁸⁵ ZAGREBELSKI, G., *Principios y votos ...*, op. cit., p. 47.

Como bien apunta ZAGREBELSKI, cuando el Tribunal acaba resolviendo por votación, al no haber sido posible alcanzar la unanimidad, permanece siempre un regusto amargo incluso en el caso de que se pertenezca a la mayoría. Por el contrario, este regusto no aparece en la batalla política que se dilucida en el Parlamento. El voto es el momento catártico con el que se pasa a través de una prueba de fuerza numérica de la tensión a la distensión⁸⁶.

III.6. La autoconstricción y las generaciones futuras ¿Puede una generación atar a las futuras generaciones?

Otra de las principales objeciones que ha presentado la teoría de ELSTER es la que viene representada por la libertad de las generaciones futuras. Si bien la teoría de que las constituciones actúan como instrumentos de autoconstricción frente a los recelos que para los propios ciudadanos presenta una democracia dejada a las meras reglas de mayoría, cómo podemos entonces articular dicha teoría hacia aquellos que no han participado en el proceso constituyente de autoconstricción. Nuestras diferentes experiencias históricas nos han mostrado que nosotros podemos ser nuestro peor enemigo, que en determinados momentos podemos dejarnos llevar por arrebatos que supongan un peligro para los valores esenciales que consagra nuestro texto constitucional y, por ende, nuestra convivencia. Sin embargo, la autoconstricción sólo parece venir inicialmente justificada respecto de las generaciones presentes, es decir, una generación puede legítimamente decidir atarse para evitar los riesgos para la convivencia a través de una Constitución. Lo que, por el contrario, no parece encontrar justificación es que una generación pueda atar a las generaciones futuras. El propio ELSTER se pregunta, ¿por qué una sociedad democrática toleraría lo que parece ser una dictadura del pasado sobre el presente?⁸⁷

Esta objeción ya se planteó en los inicios del propio pensamiento político moderno. Así, HUME observó que existía una contradicción importante en la propia ficción del contrato social que daba fundamento a la teoría republicana, ya que ello suponía, a la postre, que los padres acabarían por anular el consentimiento no sólo de sus hijos, sino incluso de generaciones más remotas.

En similares términos, LOCKE formuló la prohibición de que ningún padre puede atar a sus hijos. El pacto social únicamente constriñe a las generaciones presentes, idea esta que incluso se plasma normativamente en la Constitución jacobina de 1793: *“una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”*⁸⁸. Además, LOCKE emplea también en su discurso la idea del aumento del conocimiento de manera que el precompromiso es ilegítimo al amparo de la capacidad humana de

⁸⁶ *Ibidem*, p. 47.

⁸⁷ ELSTER, J., “Introducción”, en ELSTER, J. Y SLAGSTAD, R., *op. cit.*, p. 33.

⁸⁸ HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, J. Y SLAGSTAD, R., *op. cit.*, p. 221.

aprendizaje y de autocorrección. El precompromiso sofoca la propia capacidad de aprender de las generaciones futuras⁸⁹.

Sin embargo, donde la discusión cobró especial singularidad fue al amparo de la redacción de la Constitución de los Estados Unidos de América. Así, tanto PAINE como JEFFERSON se postularon en contra de la teoría del precompromiso. Para PAINE, cada generación debe ser libre de actuar por sí misma. El único consenso válido es el de las personas vivas. Ninguna generación tiene derecho a vincular a la siguiente.

Por su lado, JEFFERSON se postuló también como gran enemigo del precompromiso. Si bien, siempre se mostró partidario de un texto constitucional escrito y de que el Parlamento no pudiera anular las libertades personales consagradas en el mismo, en su enfrentamiento dialéctico con MADISON, negó que una generación pudiera, a través del texto, anular la capacidad de revisión de las generaciones futuras. En 1813 escribiría en una carta cuyo destinatario era éste que *“por ley de la naturaleza, una generación es a otra como una nación independiente a otra”*. Consideraba que la idea de perpetuidad que subyacía de los debates constitucionales era moralmente repugnante. Por ello, para salvar la aparente contradicción entre ambas ideas que parecía sostener, la exigencia de un texto constitucional escrito no anulable por el Parlamento, por un lado, y el rechazo a la pretensión de perpetuidad del mismo con el consiguiente precompromiso para las generaciones futuras, por el otro, propuso que cada veinte o treinta años (el número de años se corresponde con la medida de supervivencia de cada generación en el siglo XVIII) se celebraran plebiscitos nacionales que determinaran la forma de gobierno y que promulgaran las leyes fundamentales. Sólo dichos plebiscitos constitucionales, periódicos y obligatorios, podrían liberar al presente del pasado y asegurar a cada generación su propio decidir⁹⁰.

III.7. La solución de Holmes: restricciones que crean posibilidades

HOLMES considera que la función básica de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad. Ello, en palabras del propio HOLMES, encuentra un doble fundamento: En primer lugar, la autolimitación tendría como fin retirar de la contienda política los derechos fundamentales. A este respecto, si la parte dogmática de las Constituciones es la precondition o preacuerdo para la aceptación del texto constitucional y si tales derechos fun-

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 228 y 229.

⁹⁰ Resulta interesante comprobar cómo el movimiento del constitucionalismo tuvo que luchar en sus orígenes con la contradicción que suponía postular una revisión generacional del texto constitucional para eliminar los peligros del precompromiso con la pretensión de evitar, a través de fórmulas mordaza, que el texto recién inaugurado fuera anulado por el poder derrocado. A este respecto, resulta especialmente ilustrativo el tenor del artículo 375 de nuestra Constitución de Cádiz: *“Hasta pasados ocho años después de hallarse puesta en práctica la Constitución en todas sus partes, no se podrá proponer alteración, adición ni reforma en ninguno de sus artículos”*. Vid. DIPPEL, H., *Constitucionalismo moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 91.

damentales y libertades públicas no nacen por la voluntad del constituyente, sino que éste se limita a normativizar unas realidades que existían previamente a la redacción del texto, es obvio que los derechos han de quedar fuera del juego de las mayorías⁹¹. Este argumento, como ya hemos visto, es común en un gran sector de la doctrina.

En segundo lugar, HOLMES trae a colación la doctrina de ELSTER. La autolimitación responde también al carácter autodestructivo de una democracia ilimitada. La Constitución es el remedio institucionalizado contra la miopía crónica que presenta la comunidad. La Constitución sería el freno, mientras que la democracia sería un caballo desbocado. Los ciudadanos necesitarían una Constitución como Ulises necesitó atarse al palo mayor⁹².

Sin embargo, al tratar de justificar este segundo fundamento de la autolimitación, HOLMES se encuentra con el problema de las generaciones futuras. Así, HOLMES considera que dicha doctrina podría tener plena virtualidad respecto de las generaciones presentes. Sin embargo, respecto de las futuras, la duda surge en la medida que resulta difícil justificar la autolimitación con efectos prospectivos.

¿Cómo salva entonces dicha *barrera generacional*? HOLMES acude a un doble argumento. Por un lado, considera que la regla general que afirma que un individuo o una generación no puede obligar a otros encuentra una excepción básica, si junto a la herencia de la obligación se adquieren también derechos. Así, HOLMES presenta al constitucionalismo como legado que, si bien compromete a la generación que lo recibe pero que no lo elaboró, también le aporta derechos y oportunidades. El marco constitucional sería una herencia, con sus bienes y deudas⁹³. De este modo, la generación futura no sólo recibe la atadura, sino también el marco pacífico de convivencia que supone el respeto a un texto constitucional. Así, el autor señala que “*ciertamente, rara vez se pregunta a las generaciones futuras si desean aceptar un beneficio... a cambio de asumir una deuda. Pero si todos los contratos civilizados requirieran la copresencia, entonces cada generación se vería reducida a una nación separada; es decir, se vería calamitosamente privada de las ventajas resultantes de la cooperación a través del tiempo y en que los asociados, en principio, no pueden enfrentarse unos a otros*”⁹⁴.

El consentimiento tácito es, por lo tanto, fundamental para la propia sociedad civil. Lo contrario supone negar la propia realidad de la decisión política que debiera fundamentarse esencialmente en el logro de la justicia, no sólo hacia el presente inmediato, sino hacia el futuro. La exigencia de consentimiento expreso generacional rechaza la pretensión de búsqueda del bienestar futuro. Si cada generación ha de actuar de manera independiente, la generación actual no decidirá más allá de su mera extinción. ¿Cuál será entonces el fundamento de todas esas políticas que aspiran a

⁹¹ HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, J. Y SLAGSTAD, R., *op. cit.*, p. 218.

⁹² *Ibidem*, p. 218.

⁹³ *Ibidem*, p. 234.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 241.

trascender a la generación que las crea sobre la base de que se fundamentan en un principio de justicia que trasciende a los ciudadanos que lo impulsa y que se considera ligado a la condición de ser humano? ¿Tendría entonces sentido diseñar políticas sociales o, más concretamente, medioambientales, si no podemos vincular con ellas a las generaciones futuras?⁹⁵

En definitiva, creemos que el argumento de HOLMES salva en gran medida el principal escollo que presentaba la teoría de ELSTER, teoría que tras la Segunda Guerra Mundial y las experiencias vividas por la Humanidad se nos muestra como un fundamento fiel del constitucionalismo, pero que es cierto que se encontraba con el precitado problema de las generaciones futuras. Porque, como apunta HOLMES, el precompromiso constitucional y la política democrática no constituyen una contradicción, sino una paradoja⁹⁶, la paradoja de que la democracia necesita atar al principio de mayoría.

Por otro lado, HOLMES considera, además, que las ataduras son instrumento indispensable de la agencia humana que promueven libertades. Así, si podemos dar por sentados ciertos procedimientos e instituciones establecidas en el pasado, podremos alcanzar nuestros actuales objetivos mejor de lo que podríamos lograrlo si estuviésemos siendo constantemente distraídos por la necesidad recurrente de establecer un marco básico para la vida política. Una Constitución heredada posibilita y estabiliza la democracia. La generación futura se libera de la compleja tarea que supone el constante debate generacional de renovación del texto constitucional. El precompromiso no esclaviza, sino que libera a las generaciones futuras. Las metáforas de ataduras, limitaciones o autoconstricciones sugieren recursos negativos, pero ello no es así, desde el momento que a través de ellos se abren nuevas posibilidades. La Constitución no es limitadora, sino posibilitadora. Las posibilidades de hoy son las ataduras de nuestras generaciones pasadas, podríamos afirmar siguiendo la postura de HOLMES.

En este punto, HOLMES parece conectar con el clásico concepto de *libertad de los modernos*, postulada por CONSTANT, como primacía de los derechos individuales y que fundamenta el Estado liberal de Derecho en el que se diferencia entre público y privado, entre Estado y sociedad, y en el que los ciudadanos poseen el legítimo derecho a ocuparse de sus asuntos, delegando en los políticos la dirección de la comunidad, en contraposición a la denominada *libertad de los antiguos*. Los ciudadanos, siguiendo también a FERNÁNDEZ-MIRANDA en su defensa de la democracia representativa frente la democracia directa, se acabarían convirtiendo en permanen-

⁹⁵ Como apunta Holmes, “*si podemos establecer que generaciones subsiguientes tratarán con soberano desprecio nuestras elecciones hechas pensando en el futuro, ¿por qué habríamos de pensar más en el futuro que en el pasado?*”. Vid. HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, J. Y SLAGSTAD, R., *op. cit.*, p. 243.

⁹⁶ HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, J. Y SLAGSTAD, R., *op. cit.*, p. 247.

tes activistas constitucionales de todas las causas, lo que supondría un empobrecimiento económico de la sociedad por la falta de tiempo para actividades privadas y para la prosperidad de la sociedad⁹⁷.

¿Debe convertirse cada generación en poder constituyente? Según el parecer de HOLMES ello no es positivo, y no sólo porque el debate permanente reste posibilidades o dificulte alcanzar nuevos retos, sino porque, además, la frecuente convocatoria de convenciones constitucionales crearía periódicamente un vacío legal. La inevitable inestabilidad fruto del debate constituyente permanente reduciría la importancia del consentimiento popular, mientras que intensificaría el papel de la demagogia⁹⁸.

A este respecto, nosotros pensamos que someter el texto constitucional a un permanente debate constituye lisa y llanamente el camino que provocaría que la norma constitucional perdiera su verdadera naturaleza. El difícil equilibrio entre norma que nace con la vocación de ser inalterada, de permanecer, y norma que es susceptible de reforma dota a la Constitución de un valor especial, al mismo tiempo que hace válido el precompromiso respecto de las generaciones futuras⁹⁹.

Ni en la doctrina de HOLMES ni en la de ninguno de los defensores del precompromiso existe pretensión alguna de eliminar de manera permanente el debate acerca del cambio constitucional, sino tan sólo la firme convicción de que agravando el proceso de reforma se obtiene tanto el valor de norma con vocación de permanecer, norma con vocación de reglar la convivencia por largo espacio de tiempo, que es consustancial a la propia naturaleza de la norma constitucional, como se eliminan los riesgos de que el cambio constitucional sea fruto de una mayoría que se ha dejado llevar por sus malos humores.

En definitiva, para HOLMES, la pretendida tensión irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno. Por el contrario, considera que precisamente constitucionalismo y democracia se apoyan mutuamente¹⁰⁰. Esta es precisamente la paradoja de la democracia, ya que los ciudadanos pueden aumentar su poder atándose sus propias manos. La democracia limitada promueve la continuidad del gobierno democrático¹⁰¹.

⁹⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, pp. 26 y 27. En similares términos se expresa Sager cuando señala que ninguna comunidad puede empezar de cero cada mañana, debiendo ser las instituciones públicas razonablemente estables para que la gente pueda desarrollar sus vidas con algún grado de garantía de que el gobierno puede gobernar. Vid. SAGER, L.G., *Juez y democracia ...*, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁸ HOLMES, S., "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en ELSTER, J. Y SLAGSTAD, R., *op. cit.*, pp. 238 y 239.

⁹⁹ Waluchow destaca la importancia del valor simbólico de la Declaración escrita de derechos. De este modo, las Declaraciones de derechos ayudan a definir y reforzar el carácter de la nación como una nación públicamente comprometida, en sus prácticas morales y jurídicas, con los derechos y valores fundamentales que incluye. Vid. WALUCHOW, W.J., *op. cit.*, p. 344.

¹⁰⁰ HOLMES, S., "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en ELSTER, J. Y SLAGSTAD, R., *op. cit.*, p. 219.

¹⁰¹ Para Sager, la política popular y el constitucionalismo representan facetas fundamentalmente distintas de la democracia, representan distintas modalidades democráticas. Vid. SAGER, L.G., *Juez y democracia ...*, *op. cit.*, p. 206.

III.8. Constitucionalismo y protección de los derechos de la minoría

El debate entre constitucionalismo y democracia se asienta, además, como apunta con acierto DWORKIN, en la necesidad de proteger los derechos fundamentales y libertades públicas incluso frente al propio pueblo. La doctrina de ELSTER recobra significado cuando comprobamos que el parlamentarismo desacerbado o la fe ciega en la voluntad de los representantes del pueblo o del propio pueblo han supuesto con demasiada frecuencia el verdadero peligro para los derechos fundamentales. No se puede esperar a que los legisladores democráticamente elegidos, que responden a las mayorías electorales, defiendan siempre a las minorías frente a dichas mayorías. Sólo los jueces constitucionales podrán hacerlo¹⁰².

El auténtico propósito de la declaración de derechos y, por ende, del poder contra-mayoritario es sustraer ciertas materias a las vicisitudes de las controversias políticas, situándolas más allá del alcance de los políticos y funcionarios, ya que los derechos y libertades no dependen del resultado de ninguna votación¹⁰³. Como destaca ZAGREBELSKI, sobre los principios y reglas de la Constitución no se vota, se trata de elementos sustraídos de la batalla política. Ello constituye la garantía principal que permite a la minoría aceptar el sujetarse a las decisiones de la mayoría. La seguridad de que los presupuestos de la convivencia serán, en todo caso, respetados, ya que sujetarse a un poder colectivo sin el respeto de dichos presupuestos es tiranía¹⁰⁴.

Sin embargo, ARAGÓN nos recuerda que la minoría no queda absolutamente desprotegida en la fase política, de manera que únicamente obtenga protección en las democracias contemporáneas a través de la corrección que supone el poder contra-mayoritario. La decisión final configuradora de la ley es claro que queda en manos de la mayoría parlamentaria, pero ello no priva de valor al hecho de que se garantiza a la minoría su derecho al debate¹⁰⁵.

En todo caso, el elemento principal en sí no creemos que sea la protección de la minoría, sino la protección de la convivencia que se expresa en el respeto al pacto (Constitución) que ha servido de presupuesto para aceptar la renuncia a mi esfera de libertad personal en beneficio del principio de la mayoría¹⁰⁶. Protegiendo a la minoría se protege el pacto previo, el pacto fundamentador del sistema, que se expresa a tra-

¹⁰² DERMIZAKY, P., "Justicia constitucional y democracia", *cit.*, p. 216.

¹⁰³ Opinión del Juez Robert Jackson en la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943), núm. 591. Dermizaky apunta que los titulares de los políticos pueden verse favorecidos por la justicia constitucional, ya que la misma servirá sus intereses en casos de decisiones críticas que pudieran infligirles un alto costo político si las tomaran ellos. El autor cita como ejemplo casos en los que la opinión pública está muy dividida y no hay un clado ganador, como el aborto o el matrimonio entre homosexuales. Vid. DERMIZAKY, P., "Justicia constitucional y democracia", *cit.*, p. 213.

¹⁰⁴ ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos ...*, *op. cit.*, pp. 28 a 30.

¹⁰⁵ ARAGÓN REYES, M., "La eficacia jurídica ...", *cit.*, p. 42.

¹⁰⁶ Waluchow apunta con acierto que los grupos minoritarios no son los únicos que pueden estar necesitados de protección en las sociedades democráticas. Esta necesidad frecuentemente se extiende a las personas individuales. Vid. WALUCHOW, W.J., *op. cit.*, p. 189.

vés de la parte dogmática de la Constitución. Los derechos humanos son concebidos como límites al poder sin los cuales no cabe el contrato social que representa la Constitución. Son una condición *sine qua non* (un *præius*) para la celebración del pacto social. Así pues, la justicia constitucional se encarga de proteger la precondition del pacto, como garantía de la convivencia. Y, por ende, la justicia constitucional, protegiendo los derechos fundamentales, protege la propia democracia, ya que aquéllos son la dimensión sustancial de la democracia¹⁰⁷.

En las democracias pluralistas el deber de la Constitución es asegurar las condiciones necesarias para el mantenimiento o el desarrollo de la libertad individual y del pluralismo de los grupos sociales y políticos, que representan las categorías *a priori* de la democracia, esto es, las condiciones sin las cuales la democracia pluralista no puede darse, ni funcionar¹⁰⁸. Por ello, la seguridad de la minoría es un bien común, tanto para la propia minoría como para la mayoría¹⁰⁹.

Igualmente, podemos decir que el denunciado activismo judicial es, bien entendidamente, consustancial al modelo del Estado constitucional de Derecho, ya que, cuando los jueces intervienen en cuestiones políticas lo único que están haciendo es llevar a la práctica lo que expresamente señalan los textos constitucionales sobre el control de los poderes públicos¹¹⁰.

Por otro lado, también es cierto que la construcción de los derechos fundamentales y libertades públicas, más allá de los textos normativos y convenciones formales en que son proclamados, han sido objeto de reconocimiento y desarrollo por verbigracia de los Tribunales de Justicia. A este respecto, basta con observar nuestra propia realidad para apreciar que gran parte del desarrollo de los derechos ya proclamados en nuestro texto constitucional e incluso el reconocimiento de muchos otros que no aparecen proclamados de manera explícita ha sido obra del Tribunal Constitucional. Así, pueden citarse a mero título de ejemplo, los derechos vinculados a la libertad ideológica y religiosa, como es la objeción de conciencia¹¹¹, o derechos vinculados con la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, como el derecho a no sufrir ruidos¹¹². Igualmente, podemos destacar la plausible labor del Tribunal Constitucional en la incorporación a nuestro ordenamiento constitucional de los derechos y sus efectos reconocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al amparo de la Convención Europea de Derechos Humanos de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 50 a 55.

¹⁰⁸ BALDASSARRE, A., "Parlamento y justicia constitucional en Derecho comparado", en PAU i VALL, F., *Parlamento y justicia constitucional*, *op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁹ HOLMES, S., "Las reglas mordaza o la política de omisión", en ELSTER, J. Y SLAGSTAD, R., *op. cit.*, p. 59.

¹¹⁰ CARBONELL, M., "Prólogo", en GUASTINI, R., *Teoría e ideología ...*, *op. cit.*, p.21.

¹¹¹ STC 53/1985.

¹¹² STC 119/2001.

En este mismo sentido, CARBONELL nos recuerda que en Estados Unidos se han producido dos revoluciones en materia de derechos. La primera, a finales del siglo XVIII cuando en las Constituciones de las Colonias se empezaron a constitucionalizar los derechos. La segunda revolución se inicia en la década de los años cincuenta del siglo XX, a partir de la Sentencia *Brown vs. Board of Education*, cuando el Tribunal Supremo inicia una productiva etapa de proclamación de derechos (véase, también, *Roe vs. Wade*). Ello es un perfecto ejemplo de la extraordinaria labor llevada a cabo por los Tribunales en el reconocimiento efectivo de derechos, muy por encima de la aportación del legislador que, en muchas ocasiones, se ha mostrado muy remiso a la hora de reconocer derechos no explícitamente proclamados en el texto constitucional¹¹³.

En todo caso, la excesiva referencia que la doctrina hace a las minorías como sustento del poder contra-mayoritario, en detrimento de la precondition a la que nos hemos venido refiriendo, creemos que viene en cierto modo influida por elementos históricos. A este respecto, es habitual encontrar en los Padres Fundadores del sistema político norteamericano múltiples menciones a los que se han denominado *the Few*. Sin embargo, estos no son entendidos en un sentido idéntico al actual, sino como las minorías que constituían la élite a las que el juego del principio de mayoría podía situar en una situación de absoluta vulnerabilidad frente a los humores de la mayoría. Esa minoría en la actualidad tiene una naturaleza y dimensión diferente.

III.9. El riesgo de politización del poder contra-mayoritario

Otro de los problemas planteados en relación al papel que parece estar llamado a jugar en el escenario constitucional el poder contra-mayoritario es, como ya apuntara SCHMITT en su crítica a la propuesta de KELSEN, el riesgo de politización de dicho poder. Para SCHMITT no se crea una nueva jurisdicción constitucional, sino una legislación constitucional. Así, la jurisdicción constitucional constituiría un sistema artificioso y contradictorio en el cual el juez constitucional se convertiría en un supremo legislador tácito, escondido entre formas jurisdiccionales.

Este peligro queda especialmente patente en las denominadas sentencias interpretativas en las que la función del Tribunal trasciende a la de mero legislador negativo para transformarse en un auténtico legislador positivo que da contenido expreso a la Constitución. Para ARAGÓN tales sentencias pueden provocar, lisa y llanamente, un activismo judicial incompatible con el principio democrático¹¹⁴. El Tribunal Constitucional no es el único, sino el supremo intérprete jurídico de la Constitución. Su único intérprete político es el legislador, y a esa interpretación puede imponerse la del Tribunal porque aquélla sea jurídicamente incorrecta, no porque sea material-

¹¹³ CARBONELL, M., "Prólogo", en GUASTINI, R., *Teoría e ideología ...*, op. cit., pp. 22 y 23.

¹¹⁴ ARAGÓN, M., "La eficacia jurídica ...", cit., p. 39.

mente amplia. El legislador no es poder constituyente, pero el Tribunal tampoco. La diferencia estriba en que precisamente es el legislador (y no el Tribunal) el poder constituido llamado a proyectar (que no es exactamente desarrollar) legislativamente la Constitución¹¹⁵.

A este respecto, la doctrina norteamericana nos recuerda que 133 de los 150 miembros del Tribunal Supremo propuestos desde mitad del siglo XIX pertenecían al mismo Partido que el Presidente que los designó. Sin embargo, también es cierto que en virtud de los *checks and balances* (*advice and consent*) el Senado sólo confirmó el sesenta por ciento de las propuestas presidenciales cuando la mayoría en la Cámara coincidía con el Partido del Presidente¹¹⁶. Sin embargo, para algunos autores que los magistrados del Tribunal Supremo tengan tendencias políticas y que sean elegidos de acuerdo con las mismas es conveniente, ya que de este modo se garantiza que los magistrados representan los valores y las opiniones políticas de la sociedad. Los magistrados vienen así a contribuir a la conformación de un consenso entre todos los sectores enfrentados¹¹⁷.

ZAGREBELSKI salva esta cuestión a través de la distinción entre los dos *pacta* que rigen nuestras sociedades políticas, el *pactum societatis* y el *pactum subiectionis*. Al *pactum societatis* corresponde la política como actividad dirigida a facilitar la convivencia, la unión. En dicho *pactum* se acuerdan los mínimos de convivencia que quedan fuera de la disputa política, fuera del juego de las mayorías. Por el contrario, al *pactum subiectionis* corresponde la idea de la política como competición entre las partes, lucha por imponerse que tiene al gobierno como objeto disputado. A través de este último nos comprometemos a aceptar el principio de la mayoría¹¹⁸.

El Tribunal Constitucional opera sólo en cuanto al primer *pactum*, no es un Tribunal de política, sino un *Tribunal en política*, un Tribunal no implicado y, al mismo tiempo, implicado en política. Esta contradicción se salva distinguiendo las dos modalidades de pactos. El Tribunal está dentro de la política, incluso es uno de sus factores decisivos, si por política se entiende la actividad dirigida a la convivencia. El Tribunal es, por el contrario, apolítico si por política entendemos la competición entre las partes por la asunción y gestión del poder¹¹⁹.

En todo caso, NINO se pregunta si es posible distinguir lo político y lo jurídico o son dos caras de la misma moneda, ya que el dictado de toda norma jurídica, salvo normas como las leyes de tránsito que resuelven simples problemas de coordinación

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 40.

¹¹⁶ GERHARDT, M.J., *The Federal Appointments process. A constitutional and historical analysis*, Duke University Press, 2006; y LAW, D.S., "Appointing federal judges: the President, the Senate and the Prisoner's dilemma", *Cardozo Law Review*, núm. 26, 2005, p. 501.

¹¹⁷ JENNINGS PERETTI, T., *In defense of a political Court*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1999, pp. 183 y 254.

¹¹⁸ ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos ...*, *op. cit.*, pp. 29 y 39.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 40.

social, implica una decisión política y la mayor parte de las decisiones políticas vinculantes tienen su expresión en normas jurídicas¹²⁰.

DWORKIN salva esta cuestión distinguiendo entre dos tipos de razones o de argumentos que se dan en el ámbito jurídico, por un lado, los argumentos fundados en los derechos individuales: el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, etc. Por otro lado, los argumentos basados en lo que él llama objetivos sociales colectivos, como por ejemplo un argumento basado en la defensa, en la seguridad pública, etc.¹²¹. De este modo, para DWORKIN la función de la jurisdicción constitucional queda limitada a los primeros. Sin embargo, NINO piensa que esta distinción no es convincente porque, en muchas ocasiones no es posible distinguir un derecho individual de un objetivo colectivo¹²². Además, los derechos sociales aparecen, no en contraposición con los derechos individuales, sino como la extensión y prolongación natural de esos derechos individuales¹²³.

En definitiva, el poder contra-mayoritario constituye, pese a los problemas y distorsiones que puede, en ocasiones, presentar frente al principio de democracia, la mejor estrategia que el constitucionalismo ha diseñado para evitar o, al menos, mitigar los riesgos que la regla de la mayoría entraña para la propia democracia. Constituye la mejor estrategia para garantizar los derechos y libertades como *pactum societatis* o precondition del compromiso social de vivir en paz que representa la Constitución¹²⁴.

El establecimiento de un sistema de control de la constitucionalidad no hace más democrático un sistema, pero tampoco lo hace menos democrático. Además, sin la jurisdicción constitucional la Constitución sigue siendo un texto central, pero su relevancia, su eficacia simbólica decae¹²⁵.

¹²⁰ NINO, C.S., "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, Madrid, septiembre-diciembre, 1989, p. 82.

¹²¹ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, capítulo IV.

¹²² NINO, C.S., "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *cit.*, p. 83.

¹²³ *Ibidem*, p. 84.

¹²⁴ A este respecto, se muestra paradójico que los primeros textos del movimiento constitucional recogieran una relación poco detallada de derechos, limitándose prácticamente a su proclamación. Sin embargo, la explicación a ello hay que buscarla en dos motivos diferentes. En el constitucionalismo francés, el motivo reside en la pretensión de los revolucionarios de impedir que un extenso reconocimiento de los derechos y libertades llevara al equívoco de presuponer que su reconocimiento era función del propio texto constitucional, cuando los derechos y libertades pertenecían al hombre por derecho natural, con independencia de que hubieran sido o no objeto de regulación en la Constitución. Por ello, se optó por un catálogo con un valor no constitutivo, sino de reconocimiento. Por el contrario, en el constitucionalismo norteamericano el problema era, además de los mismos postulados iusnaturalistas que presidieron el movimiento francés, las exigencias que del Estado federal se derivaban para la regulación de los derechos y libertades, de manera que la regulación de los mismos en el texto constitucional de la Unión pudiera afectar a las potestades regulatorias de los territorios federados. Vid. D'ATENA, A., "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, año 1, enero-junio 2004. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web www.ugr.es.

¹²⁵ AHUMADA RUIZ, M.A., *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 67.

En suma, y según expresa con contundencia LAFUENTE BALLE, convendría aceptar la evidencia, al menos en sede académica, de que el Tribunal Constitucional es un órgano político con capacidad de legislar y que, de este modo, usurpando la función legislativa, altera la vieja división de poderes. Sin embargo, no es menos cierto que la jurisdicción constitucional ha ejercido una función política conciliadora y pacificadora que ningún otro órgano podría haber desempeñado, lo que ha sido de tremenda utilidad para la paz social¹²⁶.

III.10. La argumentación como legitimación del poder contra-mayoritario

El poder contra-mayoritario no se puede justificar acudiendo a la legitimidad democrática, ese es posiblemente el error, sino acudiendo a la legitimidad de sus resultados, de manera que, como apuntara ZAGREBELSKI, sus decisiones serán legítimas en función de que resulten útiles para la defensa del valor sustantivo de la libertad individual¹²⁷, o en palabras de CAPPELLETTI, su legitimidad depende de la forma en que se adoptan las decisiones por dicho poder¹²⁸. Para PRIETO SANCHÍS, si bien el Tribunal Constitucional carece de legitimidad democrática, al menos, directa, sí que posee la virtud que se deriva de su forma especial de proceder para crear Derecho¹²⁹.

También, BALAGUER CALLEJÓN señala que la legitimidad del poder judicial en un sistema democrático debe contemplarse desde la perspectiva del control del poder, ya que en una democracia compleja que respete el pluralismo, debe haber no sólo instituciones representativas, en las que se impone la mayoría, sino también instituciones de control. De este modo, el poder judicial es una institución que contribuye a garantizar el pluralismo¹³⁰. Su legitimación no procede de su origen sino de la función que le corresponde desempeñar en el Estado constitucional.

Además de la función, el poder contra-mayoritario se legitima por su forma de crear el Derecho, acudiendo a métodos racionales y razonables. La argumentación de la decisión, la exigencia constitucional de motivación del fallo, que diferencia su labor de la del propio legislador, otorga al mismo un plus de legitimidad¹³¹. Más aún, esta construcción del Derecho basado en el argumento se ve fortalecida aún más por la

¹²⁶ LAFUENTE BALLE, J.M., *La judicialización ...*, op. cit., p. 94.

¹²⁷ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, op. cit., pp. 149 y 150.

¹²⁸ CAPPELLETTI, M., *Obras ...*, op. cit., p. 328.

¹²⁹ PRIETO SANCHÍS, L., "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991, p. 197.

¹³⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., op. cit., p. 51.

¹³¹ Para Waluchow lo que distingue la labor del legislador de la del poder judicial y dota de legitimidad a este último es el diferente contexto en el que se desenvuelven ambas. En su contexto, los Jueces se encuentran más inmunizados frente a las presiones de la opinión pública que los legisladores. Además, la formación eminentemente jurídica del juez le hace estar mejor equipado que el legislador para lidiar con los asuntos relativos a los casos constitucionales. Vid. WALUCHOW, W.J., op. cit., pp. 357 a 370. En similares términos, vid. SAGER, L.G., *Juez y democracia ...*, op. cit., p. 92.

figura del voto particular (*dissenting opinion*) que, a la postre, supone un plus de argumentación. Incluso, las voces discrepantes tienen la posibilidad de mostrar los contraargumentos a la mayoría.

Como señala CASCAJO CASTRO, la aceptación de los votos particulares posibilitaría argumentaciones más completas y orgánicas, susceptibles incluso de desarrollos alternativos en el futuro. El voto particular favorece la formación de una jurisprudencia evolutiva, además de ser instrumento de expresión de valoraciones minoritarias en un órgano colegiado y plural. En definitiva, sirve mejor a la certeza¹³².

Además puede estimular el sentido de la responsabilidad del juez, ya que la eficacia y mayor aceptación de las sentencias está en el rigor y solidez de la argumentación y en su capacidad para suscitar convicciones firmes y seguras. Los votos particulares permiten ejercer una función de autocrítica, así como establecer un diálogo más fructífero y variado con la doctrina¹³³. En definitiva, el voto particular permite un mayor control de las decisiones del poder contra-mayoritario desde la dialéctica¹³⁴.

Cierto es que la argumentación no está ausente en la labor del poder legislativo. Tanto el debate parlamentario como las exposiciones de motivos implican argumentación. Sin embargo, por lo que al debate parlamentario se refiere, la plasmación del argumento en el texto final, la Ley, no es igual que la plasmación del argumento en el texto judicial, sentencia. Igualmente, la exposición de motivos más que razonar el por qué de una determinada decisión, expone las razones de la aprobación del texto legal, siendo ambas cuestiones distintas desde el prisma de la argumentación.

Ejemplo de esta diferencia sustancial entre la labor del poder contra-mayoritario y del poder legislativo la encontramos en el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que establece que los votos particulares se publicarán conjuntamente con el cuerpo principal de la Sentencia, lo que es una garantía de las funciones que parece cumplir dicha figura, como acabamos de exponer. Más aún, el voto particular que admite nuestro sistema constitucional es suficientemente amplio, ya que el artículo 90.2 posibilita tanto el voto discrepante y el voto concurrente según

¹³² CASCAJO CASTRO, J.L., "La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986, pp. 176 y 177.

¹³³ *Ibidem*, p. 177.

¹³⁴ Por el contrario, también se ha sostenido que la aceptación del voto particular genera una mayor politización del poder contra-mayoritario, ya que permite a la opinión sostener la división política del Tribunal en diferentes sectores enfrentados. También, se ha argumentado que el voto particular resta certeza a decisión constitucional. A este respecto, resulta interesante destacar que no todos los sistemas de control de constitucionalidad admiten esta figura. Así, el Tribunal Constitucional italiano no admite tal figura. Los trabajos de los magistrados y sus deliberaciones son secretas, siendo ello visto como garantía del carácter colegial de las decisiones. El carácter colegial y unitario del Tribunal asume un particular significado por la ausencia de votos particulares. Carbonell considera que la ausencia de votos particulares es negativa para el modelo constitucional y cita diversos ejemplos que muestran el relevante papel que, cara al futuro, han tenido tales figuras. Así, los votos particulares del Juez Oliver Wendell Holmes, John Paul Stevens o William Brennan en el sistema norteamericano o, más próximos a nosotros, los votos particulares de Rubio Llorente y más recientemente, los de Rodríguez-Zapata. Vid. CARBONELL, M., "Gustavo Zagrebelsky, Juez Constitucional", *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, p. 563.

que la opinión que disiente se refiera a todas las partes de la decisión o sólo a su fundamentación. Incluso, no se limita la figura a las Sentencias y Autos, sino a cualquier otra clase de resolución¹³⁵.

En definitiva, la legitimidad de la Jurisdicción Constitucional proviene, fundamentalmente, de la argumentación y motivación de las decisiones. La racionalidad jurídica de su trabajo lo legitima y esta se expresa sustancialmente a través de la motivación¹³⁶.

La sutil omnipresencia de argumentos de principios en manos de jueces comprometidos con la idea de coherencia exige que el juez entienda la concreta pretensión del litigante en el caso concreto a resolver y vea el alcance de esa pretensión en otros casos y para otros litigantes. De este modo, existe una tendencia natural a la generalidad, a la abstracción de los argumentos de principios y a la lógica de los derechos¹³⁷.

El problema auténtico no es la legitimidad del poder contra-mayoritario, sino el de la medida o graduación de su creatividad; el de su cantidad. No será, por tanto, un problema abstracto e inmutable, de pura teoría, sino un problema concreto, político y puntual de capacidad, responsabilidad y existencia de controles. La audacia o el *restraint* del Tribunal Constitucional derivarán, en cada caso, de razones prácticas de posibilidad, de efectividad, de reacciones posibles, por parte de los otros poderes públicos o de centros más o menos oficiales de poder. De la reacción, en fin, de la opinión pública y de los *mass media*. No derivará, por tanto, de consideraciones puramente conceptuales. Sólo en estos términos, prácticos y concretos, es como el problema de la *legitimidad* adquiere un significado válido. En efecto, se tratará de ver si la creatividad de los jueces tiene concretamente, en un lugar y momento determinados, una legitimación democrática, o si, en cambio, es contraria a esa ideología democrática que constituye —así lo creemos— el fundamento de nuestro sistema constitucional. Este es el problema crucial de la creatividad judicial en general y de la justicia constitucional en particular¹³⁸.

¹³⁵ La constitucionalización del voto particular se debe a una enmienda cuya autoría corresponde a Gregorio Peces-Barba para quien “este reconocimiento y publicación de los votos particulares supone uno de los caracteres más progresivos del Tribunal Constitucional, auténtica garantía para la minoría discrepante en el Tribunal y también para el afinamiento de las ponencias mayoritarias que tendrán la posibilidad de contrastarse públicamente; y sobre todo a nivel científico jurídico, con las opiniones discrepantes representadas por los votos particulares”. Vid. PECES-BARBA, G., *La Constitución española de 1978*, Fernando Torres, Valencia, 1981, pp. 252 y 353. Vid. también, CASCAJO CASTRO, J.L., “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española”, *cit.*, p. 181.

¹³⁶ Para Bernal Pulido es precisamente el principio de proporcionalidad el que dota de tal racionalidad a las decisiones del Tribunal Constitucional a la hora de controlar la labor del legislador desde el prisma de los derechos fundamentales proclamados en el texto constitucional. De su teoría se deduce que la racionalidad que legitima a la Jurisdicción Constitucional juega en un doble sentido, en un sentido material, acudiendo a los derechos proclamados en el texto constitucional para controlar la labor del legislador, y en un sentido estructural, acudiendo a determinadas técnicas de racionalidad constitucional, entre las que destaca el principio de proporcionalidad junto a otras, como la del contenido esencial de los derechos fundamentales. Vid. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 211 y 238 a 252.

¹³⁷ SAGER, L.G., *Juez y democracia ...*, *op. cit.*, p. 93.

¹³⁸ CAPPELLETTI, M., “El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano ...”, *cit.*, p. 16.

Pero es que, además, la legitimación democrática del poder contra-mayoritario no es nula, ya que su forma de designación se produce a través de fórmulas democráticas¹³⁹, siendo sus miembros elegidos por los tres poderes del Estado, con una participación sustancial del poder legislativo que en nuestro modelo nombra a ocho de los doce miembros¹⁴⁰. Esto, unido al carácter temporal del cargo, permite además que no exista una separación entre el poder contra-mayoritario y la sociedad¹⁴¹. De este modo, la discrecionalidad que por obra de su función de interpretación constitucional tiene el poder contra-mayoritario queda en gran parte paliada por su origen democrático indirecto. La representatividad parlamentaria y democrática del Tribunal Constitucional debería, al menos, aminorar la suspicacia y los temores sobre dicho poder¹⁴².

El poder contra-mayoritario ha de ocupar una posición de intermediación entre el Estado y la sociedad, lo que exige tanto una independencia del mismo en el sentido de autonomía de la sociedad como, al mismo tiempo, cierta dependencia, en el sentido de fidelidad¹⁴³. Esta labor viene, además, facilitada por el hecho de que el Juez es perfecto conocedor de la realidad social a través de su propio trabajo. El Juez conoce cuáles son los conflictos concretos que se suscitan en la comunidad, ya que su función es precisamente resolverlos¹⁴⁴. Esto es lo que BICKEL denomina “*compromiso con la carne y la sangre de los litigios reales*”, frente a la posición del legislador que habitualmente se enfrenta a problemas abstractos o vagamente atisbados¹⁴⁵. El compromiso (podemos añadir contacto) permanente con el litigio ofrece al Juez la posibilidad de mantener un contacto continuo con los problemas reales más concretos de la sociedad. Así pues, si bien la erudición que se le presume al Juez pudiera marcar una separación de la sociedad¹⁴⁶, su función misma le lleva hacia esas realidades, puesto que deben decidir en procesos que afectan a personas vivas, hechos concretos y problemas reales de la existencia cotidiana. Por ello, la legislación judicial tiene al menos el potencial de resultar muy democrática, ya que es fiel y sensible a las necesidades y deseos de la sociedad.

Pero es que, además, la erudición provoca cierta distancia racional con el conflicto objeto de enjuiciamiento. Este doble aspecto de erudición que separa al Juez de la

¹³⁹ En todo caso, tal legitimación se aprecia en la forma de designación, pero no en la propia naturaleza, estructura y funciones del Tribunal, como acertadamente observa Ferreres Comella. Vid. FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, 2.ª ed., CEPC, Madrid, 2007, p. 47.

¹⁴⁰ Teniendo en cuenta, además, que los restantes cuatro miembros son designados por poderes que emanan igualmente del propio legislativo, como lo son en nuestro sistema constitucional el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial.

¹⁴¹ CAPPELLETTI, M., *Obras ...*, op. cit., p. 325.

¹⁴² LAFUENTE BALLE, J.M., *La judicialización ...*, op. cit., p. 86.

¹⁴³ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, op. cit., p. 149.

¹⁴⁴ CAPPELLETTI, M., *Obras ...*, op. cit., pp. 329 y 330.

¹⁴⁵ BICKEL, A., *The least dangerous branch*, Bobs-Merrill, Indianapolis, 1962, pp. 25 y 26.

¹⁴⁶ La conocida figura del Juez Hércules desarrollada por Ronald Dworkin.

sociedad y compromiso que al mismo tiempo le aproxima a la realidad social es lo que permite afirmar que el poder contra-mayoritario puede constituir el instrumento adecuado para salvaguardar el sistema constitucional frente a los abusos del poder legislativo. El poder legislador, ni es necesariamente erudito, por su propia condición de órgano elegido directamente por el pueblo sin atender a determinados requisitos, salvo la nacionalidad y mayoría de edad, ni atiende necesariamente a los problemas reales más conflictivos que habitualmente son los que acaban, no en sede parlamentaria, sino en sede judicial.

Además, esta doble característica no es sólo predicable de un sistema de control de la constitucionalidad difuso, como el norteamericano, en el que el mismo Juez que resuelve los conflictos sociales es quien valora la constitucionalidad de las normas, sino también de nuestro sistema concentrado en el que el Tribunal Constitucional alcanza a conocer los conflictos de mayor calado social a través del recurso de amparo. El recurso de amparo tendría de este modo un doble fin: un fin teleológico, como herramienta fundamental de garantía y protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, sino también un mero fin instrumental, como elemento que permite al Alto Tribunal nutrirse del conocimiento indispensable de lo que constituyen los verdaderos conflictos sociales, pudiendo actuar de este modo como intermediario entre el Estado y la sociedad.

Por otro lado, la crítica a la jurisdicción constitucional como poder contra-mayoritario no sólo procede de una posición que pretende primar el valor democrático del sistema político, sino también desde posiciones extremadamente conservadoras. A este respecto, no podemos olvidar que una de las principales críticas a la *judicial review* norteamericana procede precisamente del originalismo que pretende sujetar la voluntad de los jueces constitucionales al marco de la Constitución y, más aún, a la voluntad deducida de los padres fundadores. Se santifica a los constituyentes¹⁴⁷.

III.11. Conclusiones de la segunda parte

Para concluir con esta segunda parte, vemos oportuno citar literalmente lo manifestado por el Juez MARSHALL en *Marbury vs. Madison* cuando señalaba (la lógica de Marshall, en palabras de NINO¹⁴⁸) que *“hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley Suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa,*

¹⁴⁷ Sobre el originalismo puede verse BELTRÁN, M., *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Cívitas, 1989.

¹⁴⁸ NINO, C.S., “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *cit.*, p. 80.

entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si, en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza”.

Así pues, si bien es cierto que el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, el control del Tribunal Constitucional sobre el Parlamento provoca ciertas distorsiones en el principio de democracia, sobre todo, en lo que viene referido a la autoconstricción de las generaciones futuras, creemos que, en todo caso, es la única alternativa posible o, mejor dicho, la mejor de las dos únicas alternativas. Y ahí radica creemos el principal problema de las doctrinas que critican la prevalencia del poder de la jurisdicción constitucional, ya que se centran en destacar los problemas del modelo sin ofrecer verdaderas razones para entender preferible un sistema en el que prime la voluntad del Parlamento, la voluntad del legislador sobre la propia Constitución.

Además, la postura alternativa que pasaría por aceptar la supremacía del legislador como intérprete máximo de la Constitución en defensa de la superioridad moral del principio de mayoría provoca necesariamente no sólo un debilitamiento de la eficacia normativa de la Constitución, sino, más aún, su propia razón de ser. El valor simbólico que ostenta la Constitución como documento en el que se consagran los mínimos de convivencia de la comunidad y que nace con la vocación de reglar por un tiempo prolongado la convivencia es incompatible con un texto que quede en las manos de la mayoría gobernante. Si los valores que consagra el texto constitucional no son creados por obra de la misma, sino que trascienden a su mera positivización, siendo reglas mínimas de convivencia que alcanza a crear la razón, cómo podemos entonces dejar dichos valores en manos de la mayoría política.

En todo caso, también es cierto que la labor a desempeñar por la jurisdicción constitucional en esta tensión entre democracia y constitucionalismo debe ser prudente, no olvidando que su posición no responde a la decisión óptima, sino a la solución menos negativa de las dos posibles. La proporcionalidad ha de ser aplicada por el Tribunal Constitucional tanto *ad extra* como *ad intra*, en la formación de sus propias decisiones de constitucionalidad.

IV. A modo de Adenda: La cláusula *override* o *notwithstanding* como vuelta a la soberanía del Parlamento

IV.1. Introducción

En los últimos decenios se aprecia en la doctrina cierta vuelta a los paradigmas de la supremacía del Parlamento. La situación parece mostrar un olvido de los acontecimientos que pusieron en duda el modelo positivista que imperó en los prolegómenos de la Segunda Guerra Mundial. Se aprecia una vuelta al optimismo histórico que presidió el ánimo de los revolucionarios franceses con Robespierre a la cabeza y que desa-

rollaron, como nos recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, la mística de la ley¹⁴⁹. El *legicentrismo* que supuso una absoluta confianza en la razón del legislador para concretar los imperativos de la ley natural¹⁵⁰.

Así, preguntas tales como, *¿cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? o ¿cómo puede ser que un minúsculo grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares puedan hacer prevalecer su voluntad sobre la del pueblo?*¹⁵¹, empiezan a tener ya una contestación normativa concreta que pretende recuperar la primacía del Parlamento frente al poder contra-mayoritario.

Dentro de esta corriente doctrinal, NINO propone, para salvar los riesgos del principio de mayoría, un modelo de democracia que se fundamente en el diálogo, no en la mera expresión del principio de la mayoría. Esta sería una vía apta para llegar a soluciones que tienen una mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos, y ello, porque la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todos o una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuáles son sus intereses y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos. Por ello, el proceso democrático tiene una tendencia hacia una mayor imparcialidad comparado con otros procedimientos posibles y esto implica —dado que la imparcialidad es definitiva de una decisión moralmente correcta en materia de moral pública— que la democracia, los procedimientos democráticos tengan valor epistemológico para conocer cuáles son las decisiones moralmente correctas. Por eso hay una legitimación mayor de los órganos que surgen directamente de este proceso de discusión y de decisión mayoritaria para la toma de decisiones fundamentales¹⁵².

Dentro de este modelo, la jurisdicción constitucional tendría como función la de controlar que la mayoría no restrinja las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas.

¹⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *El Derecho, la Ley y el Juez, dos estudios*, Civitas, Madrid, 2000, p. 31.

¹⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵¹ GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 11 a 13. Por su lado, Grasso señala que a la representación de toda la nación se le ha superpuesto un colegio restringido de expertos, llamados a deliberar con argumentos deducidas de disposiciones de carácter indeterminado y polisémicas, impuestas por una especie de legislador extraordinario superior en el grado de la eficacia formal al más antiguo legislador ordinario. Es como si el positivismo anterior hubiera sido reemplazado por otro, encomendado a un órgano restringido, titular de un poder de decisión sin apelación. Vid. GRASSO, PG., *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 50.

¹⁵² NINO, C.S., "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *cit.*, p. 87.

La misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria es obvio que no puede decidir sobre si esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estaría discutiendo, si se satisfacen o no. Es por ello que es necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no; órganos cuya propia legitimidad no dependa de avatares, de mayorías que pueden estar afectadas por las fallas¹⁵³.

De este modo, NINO se sitúa en una posición muy próxima a ELY que igualmente proponía limitar los poderes de la jurisdicción constitucional al control de la satisfacción por los órganos democráticos del procedimiento establecido constitucionalmente para la toma de decisiones¹⁵⁴. Ambos autores pretenden salvar los problemas que se derivan para el principio democrático a través de una fórmula de mero control procedimental de los mecanismos que la Constitución diseña para controlar la toma de decisión de acuerdo con el principio mayoritario.

Sin embargo, esto supone postular una jurisdicción constitucional fundamentada en el procedimiento, con un olvido absoluto de los valores que la propia Constitución consagra, es decir, un olvido de la parte dogmática en mero beneficio de la parte orgánica de la Constitución, cuando aquélla no sólo es una parte relevante del texto constitucional, sino más aún, es el presupuesto de la misma. Además, si hemos admitido que la Constitución es una norma integrada fundamentalmente por valores, situar el debate de la jurisdicción constitucional en el ámbito de los procedimientos (reglas) supone excluir el control de los valores.

Por otro lado, el problema radica también en que la interpretación de lo que es y no es control procedimental admite tanto una posición restrictiva como muy amplia, de manera que se incurriría en lo que precisamente pretende ELY evitar, el control material¹⁵⁵. Variando ligeramente las coordenadas ideológicas, el propósito restrictivo del control de constitucionalidad se esfumaría y la justicia constitucional recobraría toda su competencia sobre el conjunto de la normativa constitucional¹⁵⁶.

Por otro lado, de la postura de NINO y ELY se deduce un temor al propio principio mayoritario que es capaz, no sólo, de modificar las propias reglas de juego para impedir el debate con la minoría, sino también, y por qué no, de suprimir los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional, y esto es precisamente lo que justifica la aparición del poder contra-mayoritario como expresión de la garantía de los valores consagrados en la Constitución y apartados del debate que se articula

¹⁵³ *Ibidem*, p. 87.

¹⁵⁴ Vid. ELY, J.H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980. Existe una edición en castellano, en ELY, J.H., *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 87.

¹⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...*, *op. cit.*, p. 161.

exclusivamente entorno al principio de mayorías. Es decir, dichos autores acaban por reconocer las imperfecciones y riesgos del modelo democrático. Sin embargo, limitan sus temores a la alteración por la mayoría de las reglas de juego procedimentales, cuando el riesgo de alteración de los valores y derechos fundamentales también está siempre presente.

En todo caso, el propio NINO admite que su posición puede tener una interpretación muy restringida o una interpretación bastante amplia. Puede tener una interpretación restringida si pensamos que el papel de los jueces debe limitarse a verificar si se dieron las condiciones procedimentales del debate y de la decisión democrática. Pero él no considera que ello deba ser así, pues la validez de una decisión mayoritaria depende de muchas cosas. Y, de este modo, decisiones jurisprudenciales tales como la emitida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en *Brown vs. Board of Education*, que trata de superar la discriminación racial en materia educativa, están absolutamente justificadas bajo esta visión de la democracia porque a través de estos fallos se intenta, en última instancia, poner a todo el mundo en igualdad de condiciones para que puedan participar del debate y de la decisión democrática y maximizar de esa manera el valor epistemológico de la democracia¹⁵⁷.

Gran parte de las nuevas propuestas que pretenden superar a través de diferentes instrumentos político-constitucionales los problemas que presenta el poder contra-mayoritario no se asientan ya exclusivamente en la mera virtud del principio de la mayoría, sino en la promoción de la deliberación, de la democracia deliberativa, dentro del debate constitucional. Así, la jurisdicción constitucional se presentaría como instrumento de un sistema político en el cual la democracia deliberativa sería el método adecuado para tomar decisiones, de modo tal que los Tribunales, al resolver los problemas de constitucionalidad sometidos a su jurisdicción, se verían implicados en un proceso de deliberación en el que, con la información suficiente, serían capaces de buscar de forma consciente el bienestar colectivo, serían capaces de tomar la solución más justa, serían capaces de acercarse a la verdad moral¹⁵⁸. El propio HABERMAS considera legitimado al poder contra-mayoritario en la medida que dicho poder promueva la deliberación¹⁵⁹.

Sin embargo, como vamos a ver, el efecto que, a la postre, provocan es precisamente una vuelta a la atribución al Parlamento de la última palabra. La Constitución volvería a quedar en manos del poder legislativo, del mero debate político.

Entre las nuevas fórmulas que permiten que la última palabra no esté en manos del poder contra-mayoritario encontramos soluciones que van desde la mera ausencia de efectos anuladores de la declaración de inconstitucionalidad de la ley hasta la devolución del texto al Parlamento autor para que, a través de una fórmula próxima

¹⁵⁷ NINO, C.S., "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *cit.*, pp. 87 y 88.

¹⁵⁸ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., "Una aproximación al Tribunal Constitucional español desde la teoría de la democracia deliberativa", *Revista General de Derecho Constitucional*, Iustel, núm. 2, octubre 2006.

¹⁵⁹ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 348.

al *override* del veto presidencial, pueda salvar con una nueva votación la declaración de inconstitucionalidad y sus efectos¹⁶⁰.

En definitiva, se trata de propuestas que van desde la pretensión de reinstaurar la primacía del Parlamento, como institución que goza de la máxima legitimidad que le viene conferida por el carácter electivo de sus miembros, hasta fórmulas mixtas de constitucionalismo débil¹⁶¹. En estas últimas se pretenden obtener fórmulas que conjuguen el procedimiento democrático con el control jurisdiccional de la constitucionalidad. Es decir, lo que siguiendo la metáfora de ELSTER sería, seguir atados, pero con las cuerdas algo más sueltas.

Además, el fenómeno no sólo se sitúa en el Derecho comparado, sino que existen ya propuestas formuladas en este sentido en el Derecho interno.

IV.2. Fórmulas y propuestas de Derecho interno

Un ejemplo de la primera fórmula lo encontramos, por lo que a nuestro sistema constitucional se refiere, en la interpretación que el propio Tribunal Constitucional ha efectuado del artículo 39.1 de su Ley Orgánica, distinguiendo entre inconstitucionalidad y nulidad. Así, por ejemplo, en la Sentencia 45/1989, el Tribunal valoró la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, de normas reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, teniendo en cuenta la reforma operada por la Ley 48/1983¹⁶². El debate constitucional se centraba, en concreto, en la exigencia de declaración conjunta de determinadas modalidades de unidad familiar. Pues bien, el Tribunal declaró inconstitucionales los preceptos controvertidos, ya que la regulación de la declaración única y conjunta de los esposos imponía a cada uno de ellos el deber de denunciar ante la Hacienda Pública las incorrecciones en que, a su juicio, incurre su respectivo cónyuge en la estimación de sus propias rentas y está obligada a manifestación pública de una discordia en el seno de la familia no es tampoco compatible con la intimidad familiar (FJ 9.º). Sin embargo, al entrar a valorar los efectos de tal declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos afectados por la misma, el Tribunal, aún admitiendo que en nuestro sistema, a diferencia de otros, no cabe aplazar o diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, señala que la vinculación entre inconstitucio-

¹⁶⁰ Incluso, el país en el que encuentra su origen la *judicial review* existe un movimiento doctrinal que pretende instaurar una especie de *provisional review*, de manera que las decisiones acabaran por someterse a un último control por parte del Congreso. Vid. LAFUENTE BALLE, J.M., *La judicialización...*, *op. cit.*, p. 27. Tushnet encuentra en las ideas de Jefferson el precedente de esta nueva forma de control constitucional débil (*weak-form review*). Vid. TUSHNET, M., *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008, p. 16.

¹⁶¹ Sobre esta nueva forma de constitucionalismo débil, véase BAYÓN, J.C., "Derechos, democracia y Constitución", en CARBONELL, M. (Ed.), *op. cit.*, p. 235.

¹⁶² Téngase en cuenta también la Sentencia 209/1988, en la que se resuelve, conjuntamente con la estimación del amparo, elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad sobre los preceptos discutidos.

nalidad y nulidad no “es siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento”. Y en el caso concreto objeto de enjuiciamiento, es al Parlamento a quien ha de corresponder, una vez conocido el tenor de la Sentencia, “llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional”.

Ciertamente, al Tribunal no le escapaba, buscando quizás más la razonabilidad que la racionalidad, que los efectos retroactivos de tal declaración suponían un evidente desajuste del Presupuesto del Estado. Por ello, acude a una modalidad de cláusula *notwithstanding* que permite atenuar las consecuencias del control de constitucionalidad.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha vuelto a recurrir a la distinción entre inconstitucionalidad y nulidad en su Sentencia 236/2007, relativa a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Vuelve a declarar en este caso el Tribunal que no corresponde a este Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquélla que se somete a su enjuiciamiento. De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática, el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España.

Por otro lado, resulta interesante para el debate que nos ocupa recordar que nuestro legislador pretendió introducir una cláusula *notwithstanding* en la última reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007. Así, en el artículo 39 se introducía el siguiente texto: “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados o cuestionados. No obstante, motivadamente y para preservar los valores e intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años”. Obviamente, se trataría de una modalidad *blanda* de cláusula en la medida que se limita a diferir los efectos de la sentencia y que la decisión no corresponde al poder legislativo, sino al propio Tribunal Constitucional. En todo caso, dicho texto no quedó finalmente incorporado a la Ley Orgánica 6/2007.

Más recientemente, y en previsión de que por el Tribunal Constitucional se declararan inconstitucionales diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio,

por la que se aprobó la reforma del Estatuto de Cataluña, en el Senado se presentó por los Grupos Parlamentarios Entesa Catalana de Progrés y Catalán en el Senado de *Convergència i Unió*, una Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional¹⁶³. Dicha proposición de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional recoge, entre otras propuestas, la pretensión de introducir una limitación a los poderes revisores del Tribunal en materia de configuración del modelo autonómico. A este respecto, la Exposición de Motivos de la precitada proposición de reforma dispone, literalmente, que *“en la medida que la función constitucional que tiene asignada el Estatuto (de Autonomía) se relaciona directamente con el poder Constituyente, y en tanto que esta función vincula a «todos los poderes públicos», habría que sostener que el Tribunal Constitucional también debería estar sometido a este principio de «ingerencia limitada» en la función del Constituyente”*. De este modo, la pretensión de sus proponentes no es otra que la de dificultar que por obra del control de constitucionalidad que corresponde al Tribunal Constitucional se pueda por éste declarar la inconstitucionalidad total o parcial de los Estatutos de Autonomía y, en especial, de los que han sido aprobados en referéndum. Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos: *“las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una presunción de legitimidad y esta presunción es, además, tanto más enérgica cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular y llega por eso a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es, precisamente, por ser el representante de tal voluntad. Los Estatutos de Autonomía, que han sido aprobados por mayorías reforzadas en un Parlamento autonómico y por mayoría absoluta en las Cortes Generales, cuentan con una doblemente reforzada presunción de legitimidad que además en algunos casos se manifiesta directamente mediante su aprobación en referéndum”*.

Los mecanismos que pretenden introducirse a través de dicha propuesta de reforma para dificultar la declaración de inconstitucionalidad de los Estatutos de Autonomía aprobados por medio de referéndum son dos: por un lado, una limitación al lapso temporal con el que cuenta el Tribunal Constitucional para poder pronunciarse al respecto de seis meses. En el caso de que el Tribunal no se hubiera pronunciado dentro de dicho plazo, se entenderá desestimado el correspondiente recurso; y, por el otro, se establece un régimen especial de mayorías dentro del propio Pleno de manera que la declaración de inconstitucionalidad total o parcial del correspondiente Estatuto exigirá una mayoría de ocho de los doce miembros del Tribunal.

Además, la misma propuesta de reforma impide que en el control de la constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía pueda recurrirse a las sentencias interpretativas, debiendo circunscribirse el pronunciamiento a la declaración de su conformidad o disconformidad con la Constitución Española.

En definitiva, en este comienzo de siglo se observa ya una tendencia doctrinal que se ha plasmado en algunas proposiciones parlamentarias que postulan una revisión

¹⁶³ Vid. BOCG de 27-V-2010.

del poder que nuestro Tribunal Constitucional ostenta en su condición de máximo intérprete de la Constitución.

IV.3. Fórmulas y propuestas de Derecho comparado: el ejemplo de Canadá

A diferencia de nuestro sistema constitucional, otros modelos sí han recogido algunas cláusulas que suponen que la última palabra sobre la interpretación de la Constitución no está ya en manos del Tribunal Constitucional o en los Tribunales ordinarios de Justicia, sino en el Parlamento, yendo más allá de la mera renuncia a la nulidad o a los efectos retroactivos que habría de provocar la inconstitucionalidad.

Entre dichos modelos debemos destacar las medidas que a finales del siglo XX se han introducido en Canadá¹⁶⁴. En dicho Estado se ha implantado la cláusula *notwithstanding* u *override*¹⁶⁵. Así, en la Sección 33 de la Carta de Derechos y Libertades, la cual forma parte de la Constitución de 1982, se establece que si el Parlamento nacional o una Asamblea de una provincia aprueba una Ley por mayoría absoluta, incorporando una cláusula *notwithstanding*, la convierte en inmune frente a la justicia constitucional. Dicha cláusula puede emplearse tanto al aprobar la Ley como frente a una decisión judicial posterior a su aprobación que la declare inconstitucional. Así pues, con la incorporación de la citada cláusula, la norma se hace inmune al control de constitucionalidad.

En similares términos, el Parlamento nacional o la Asamblea de una provincia pueden acordar que una norma que ha sido declarada contraria a la Carta de Derechos y Libertades por la Justicia Constitucional siga en vigor cinco años más. Tal prórroga de la norma inconstitucional es susceptible de ser renovada por más periodos de cinco años. El plazo de cinco años se corresponde con el plazo de duración de la legislatura, de manera que los ciudadanos puedan decidir a través de la renovación de las Cámaras si se muestran o no conformes con la decisión de suspender la decisión constitucional de inconstitucionalidad.

¹⁶⁴ Otros Estados en los que se han recogido fórmulas que permiten al Parlamento salvar las objeciones presentadas por parte de la Justicia Constitucional son Países Bajos y Suecia. En el primero, los jueces no pueden anular una Ley, pero sí formular su parecer interpretativo sobre la misma, frente a lo que el Parlamento puede emitir una Ley interpretativa que rechace la interpretación judicial. Por su lado, en Suecia, para enmendar un catálogo de derechos que goza de protección constitucional, se puede aprobar una ley, pero en dos votaciones distintas con nueve meses de distancia. Por último, en el Reino Unido, tras la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico británico la Convención Europea de Derechos Humanos y la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se establece que cuando un Juez considere que una norma del Parlamento contradice su contenido (declaración de incompatibilidad), la norma sigue aplicándose hasta que el Parlamento la modifique o derogue. Sin embargo, también se admite que el Parlamento no haga nada al respecto, por lo que la norma incompatible no se verá afectada por la decisión judicial. Tal declaración no tiene, en consecuencia, un verdadero valor jurídico de manera que pudiera producir la nulidad o expulsión del ordenamiento de la norma, pero sí promueve el diálogo interorgánico entre Parlamento y el Tribunal en orden a lograr una modificación normativa que salve dicha incompatibilidad.

¹⁶⁵ La doctrina no establece ninguna diferencia entre ambos conceptos de *notwithstanding* y *override*, empleándose habitualmente el término *notwithstanding clause*, por un lado, y *override power*, por el otro, aunque ambos referidos a la misma institución.

Sin embargo, dichas cláusulas sólo pueden emplearse respecto de los derechos proclamados en las Secciones Segunda y Séptima a Decimoquinta. De este modo, derechos, tales como, los derechos políticos de sufragio activo y pasivo o similares, los derechos de circulación y libre elección de residencia o los derechos lingüísticos no pueden ser verse afectados por las precitadas cláusulas.

En definitiva, como ha puesto de manifiesto la doctrina en Canadá, el reto de tales cláusulas es combinar tanto la protección de los derechos y libertades consagrados en la Carta como preservar cierto grado de supremacía del Parlamento¹⁶⁶. Pretende satisfacerse tanto a aquellos que se muestran favorables a promover la *judicial review* como a aquellos que postulan la supremacía del Parlamento. Un compromiso entre los firmes defensores del modelo norteamericano de control de constitucionalidad y los firmes defensores del modelo británico. Ni los Tribunales tendrán la última palabra, ni el Parlamento puede recurrir a la cláusula respecto de todos los derechos ni por un periodo de tiempo incierto¹⁶⁷.

Dentro de nuestra doctrina, LINARES se ha mostrado como un firme partidario de estas fórmulas como mecanismo que permite crear un diálogo entre los diferentes poderes públicos¹⁶⁸. En dicho modelo, si bien el Tribunal Constitucional o, en su caso, el Tribunal Supremo, tendría la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una ley parlamentaria, la última palabra la ostentaría el legislador quien podría decidir mantener la vigencia de la norma, pese a aquélla decisión judicial.

En todo caso, el recurso a dichas cláusulas ha sido meramente excepcional en Canadá. Ni el Parlamento Nacional ni las Asambleas provinciales han hecho un uso frecuente. La propia doctrina destaca que el debate público y académico acerca de las mismas es prácticamente inexistente, dado el escaso uso de las mismas por parte de los legisladores¹⁶⁹.

La Asamblea de Quebec es la que ha recurrido con más frecuencia a la fórmula *notwithstanding* de manera que la mayoría de las leyes que ha aprobado a partir de la entrada en vigor de la Carta de Derechos y Libertades de 1982 han incluido la misma. Entre tales leyes aprobadas por la Asamblea de Quebec resulta interesante citar las que tenían como objeto proteger el uso del idioma francés en las actividades comerciales. En su virtud, el gobierno provincial aprobó una serie de normas que exigían que todos los anuncios y carteles comerciales en la provincia, tanto fuera como dentro de los establecimientos comerciales, estuvieran en lengua francesa.

El Tribunal Supremo acordó en dos Sentencias de 1988 (*Ford vs. Quebec* y *Devine vs. Quebec*) que una prohibición total del empleo de lenguas diferentes al francés con-

¹⁶⁶ BASTARACHE, M., "Section 33 and the relationship between Legislatures and Courts", en VVAA, *Courts and Legislatures: the terms of the discourse*, Constitutional Forum Constitutionnel, vol. 14, núm. 3, 2005, p. 2.

¹⁶⁷ FRASER, C.A., "Constitutional dialogues between Courts and Legislatures: Can we talk?", en VVAA, *Courts and Legislatures: the terms of the discourse*, Constitutional Forum Constitutionnel, vol. 14, núm. 3, 2005, pp. 9 y 10.

¹⁶⁸ LINARES, S., *op. cit.*, p. 22.

¹⁶⁹ FRASER, C.A., "Constitutional dialogues between Courts and Legislatures: Can we talk?", en VVAA, *Courts and Legislatures: the terms of the discourse*, *op. cit.*, p. 11.

stituía una restricción desproporcionada de la libertad de expresión. Frente a tal decisión, la Asamblea de Quebec modificó las normas, limitando la prohibición a los anuncios y carteles exteriores e incorporando una cláusula *notwithstanding* por la que salvaba dicha legislación por un periodo de cinco años. Posteriormente, dicha cláusula no fue objeto de prórroga, sustituyéndose las normas por otras en la que se permitía utilizar otras lenguas en los anuncios y carteles, tanto en el exterior como en el interior de los establecimientos comerciales, siempre que se empleara el francés.

Igualmente, la provincia de Alberta ha recurrido al *override power* para proteger su Ley sobre matrimonio de 2002 (*Marriage Act*) frente a una posible declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Supremo Federal al amparo del principio de igualdad proclamado en la Sección Decimoquinta de la Carta de Derechos y Libertades. En dicha norma se definía matrimonio al celebrado entre un hombre y una mujer, no aceptándose como tal el celebrado entre personas del mismo sexo¹⁷⁰. Sin embargo, finalmente, la inclusión de la cláusula por parte de la Asamblea de Alberta carece de cualquier eficacia, dado que el Tribunal Supremo ha declarado que la definición del matrimonio constituye una cuestión que corresponde, en exclusiva, al Estado central, estando fuera de las competencias de los gobiernos provinciales.

IV.4. El hecho territorial como nueva vuelta a la supremacía del poder legislativo o cómo las sirenas parecen ser ahora nacionalistas

A través de los supuestos anteriores, tanto de Derecho interno, como de las nuevas figuras ya introducidas en Derecho comparado, el debate acerca del papel que el poder contra-mayoritario ha de jugar en el actual contexto constitucional viene siendo discutido desde las corrientes presentes en algunos países que postulan el autogobierno o, incluso más, la soberanía de determinados territorios dentro del marco del Estado constitucional (véanse, los ejemplos de Quebec en Canadá o Cataluña en nuestro sistema constitucional). Parece que las ataduras son ahora molestas no desde la perspectiva de la democracia o del principio mayoritario, sino desde la perspectiva de los nacionalismos y ego territorialismos.

Resulta interesante resaltar que la controversia acerca del poder contra-mayoritario se sitúa no ya en sede de la división de poderes, en la medida que la interpretación de la Constitución y del poder constituyente estuviera en manos de un Tribunal Constitucional y en manos del Parlamento que encarna la voluntad popular, sino en sede de la organización territorial del Estado. En efecto, fuera del marco iusfilosófico que enfrenta constitucionalismo y democracia, el debate en el Derecho constitucional va ceñido a los problemas que la interpretación de la Constitución en manos del poder contra-mayoritario conlleva para las pretensiones descentralizadoras de determinadas comunidades regionales o federales. Como hemos visto, el caso de Canadá

¹⁷⁰ El artículo 1 establece, literalmente, que “*marriage means a marriage between a man and a woman*”.

es paradigmático, ya que el debate se circunscribe al hecho territorial y a la tendencia centralizadora que históricamente se ha presumido del poder contra-mayoritario (véase, a este respecto, el ejemplo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América a través, fundamentalmente, de la doctrina de los poderes implícitos y, en concreto, de la *commerce clause*).

Ciertamente el debate afecta también a la clásica división de poderes, porque lo que se pone en discusión es el poder, no del Parlamento territorial, para extender la descentralización sin socavar el texto constitucional, sino del propio Parlamento nacional que ha aceptado las demandas de las fuerzas regionales que aspiran a un mayor grado de autogobierno. Sin embargo, el epicentro del mismo se ha alterado lo que exigiría una reflexión que conectara ambos hechos, ya que ahora no se pretende salvar directamente el poder del Parlamento, sino la satisfacción de las pretensiones de determinados intereses territoriales. ¿Es entonces el mismo debate? Ciertamente la contestación a dicha cuestión excede con creces del encargo recibido por este autor, pero no por ello debemos dejar de apuntar tal extremo, porque, en muchas ocasiones, seguimos planteando nuestros discursos bajo postulados que se han visto superados por el contexto histórico-político en el que se presentan.

A este respecto, GARCÍA MARTÍNEZ apunta con acierto que el problema real de la legitimidad de la justicia constitucional se suscita en los procesos constitucionales en los que la dimensión política es evidente e inmediata, es decir, prácticamente en los procesos de control de constitucionalidad y de conflictos de competencia¹⁷¹.

Bibliografía

- ACOSTA SÁNCHEZ, J., “Las transformaciones de la Constitución en el siglo XX”, *REP*, núm. 100, abril-junio 1998.
- AHUMADA RUIZ, M., *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- “Marbury versus Madison doscientos años (y más) después”, *Fundamentos*, núm. 4, Oviedo, 2006.
- ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- ARAGÓN, M., *Estudios de Derecho constitucional*, 2.ª ed., CEPC, Madrid, 2009.
- “La eficacia jurídica del principio democrático”, *REDC*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BARNETT, R.E., *Restoring the lost Constitution. The presumption of liberty*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

¹⁷¹ GARCÍA MARTÍNEZ, M.A., “El Tribunal Constitucional...”, *cit.*, p. 124.

- BELTRÁN, M., *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Cívitas, 1989.
- BENNET, R.W., *Talking it through. Puzzles of american democracy*, Cornell University Press, Nueva York, 2003.
- BICKEL, A., *The least dangerous branch*, Bobs-Merrill, Indianapolis, 1962.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “Los vértices de la desconfianza: Constitución, ley y juez”, *REDC*, año 22, núm. 65, mayo-agosto 2002.
- CANOSA USERA, R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- CAPPELLETTI, M., *Obras. La Justicia constitucional. Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa, México, 2007.
- “El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 4, enero-abril 1982.
- CARBONELL, M. (Edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- CARMONA Y CHOUSAT, J.F., *Constituciones: interpretación histórica y sentimiento constitucional. Cuatro ensayos sobre la organización política*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2004.
- CASCAJO CASTRO, J.L., “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986.
- COMMANDUCCI, P., AHUMADA, M.A. y GONZÁLEZ LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- D’ATENA, A., “La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, año 1, enero-junio 2004.
- DERMIZAKY, P., “Justicia constitucional y democracia”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, año 2009.
- DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973.
- DIPPEL, H., *Constitucionalismo moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- DORADO PORRAS, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.
- *Law’s empire*, Hart, Portland, 2006.
- ELSTER, J., *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- ELSTER, J. y SLAGSTAD, R., *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

- ELY, J.H., *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997.
- FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, 2.ª ed., CEPC, Madrid, 2007.
- GARCÍA BELAUNDE, D., “La interpretación constitucional como problema”, *REP*, núm. 86, octubre-diciembre 1994, p. 11.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *El Derecho, la Ley y el Juez, dos estudios*, Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA MARTÍNEZ, M.A., “El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la legitimidad de ejercicio”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, diciembre 2009.
- GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- GERHARDT, M.J., *The Federal Appointments process. A constitutional and historical analysis*, Duke University Press, 2006.
- GOLDSWORTHY, J. (Edit.), *Interpreting Constitutions. A comparative study*, Oxford University Press, 2006.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., “Una aproximación al Tribunal Constitucional español desde la teoría de la democracia deliberativa”, *Revista General de Derecho Constitucional*, Iustel, núm. 2, octubre 2006.
- GORDILLO, A., *El método en Derecho*, Civitas, Madrid, 1988.
- GRASSO, P.G., *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008.
- HAMBURGER, P., *Law and judicial duty*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.
- HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- HESSE, K., *Escritos sobre Derecho constitucional*, 2.ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- HONGJU KOH, H. y SLYE, R.C. (comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- JENNINGS PERETTI, T., *In defense of a political Court*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1999.
- LAFUENTE BALLE, J.M., *La judicialización de la interpretación constitucional*, Colex, Madrid, 2000.
- LAMBERT, E., *El gobierno de los jueces*, Tecnos, Madrid, 2010.

- LAW, D.S., "Appointing federal judges: the President, the Senate and the Prisoner's dilemma", *Cardozo Law Review*, núm. 26, 2005.
- LINARES, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- NEGRO, A., *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias, Madrid, 1994.
- NIETO, A., "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *RAP*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983.
- NINO, C.S., "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, Madrid, septiembre-diciembre, 1989.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2.^a ed., Madrid, 2009.
- "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991.
- RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1993.
- SAGER, L.G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ URRUTIA, A. V., "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto", *REDC*, año 20, núm. 58, enero-abril 2000.
- STERN, K., *Jurisdicción constitucional y legislador*, Dykinson, Madrid, 2009.
- STORINI, C., *La interpretación de la Constitución y el Estado de las Autonomías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SUNSTEIN, C.R., *A Constitution of many minds*, Princeton University Press, Princeton, 2009.
- TUSHNET, M., *A Court divided. The Rehnquist Court and the future of the Constitutional Law*, Norton, New York, 2006.
- *Weak Courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008.
- VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.
- WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- WALUCHOW, W.J., *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law. Un árbol vivo*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- WOLFE, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, 9.^a ed., Trotta, Madrid, 2009.
- *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008
- VVAA, *Courts and Legislatures: the terms of the discourse*, *Constitutional Forum Constitutionnel*, vol. 14, núm. 3, 2005.

