



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho
ISSN: 1405-0218
editorial.isonomia@gmail.com
Instituto Tecnológico Autónomo de México
México

Ruiz Miguel, Alfonso
Constitucionalismo y democracia
Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 21, 2004, Octubre-Febrero, pp. 51-84
Instituto Tecnológico Autónomo de México
México

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363664124010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

Alfonso Ruiz Miguel*

1. Las distintas formas de constitucionalismo

“C onstitucionalismo” y “democracia” son dos términos con muy distintos significados, pero no me voy a detener apenas en el término “democracia” salvo para indicar que su significado común y mínimo durante los últimos siglos y en la polémica de la que voy a hablar enseguida se refiere al sistema representativo que garantiza, además de los derechos básicos de libertad y seguridad personal, la participación popular en el poder político al menos mediante la libre y reiterada elección del parlamento. En cambio, el término “constitucionalismo”, que ha terminado por sufrir casi una completa inversión desde su aparición moderna, merece un mayor espacio para hacer un repaso histórico que servirá para dar cuenta de las principales formas de constitucionalismo durante los últimos tres siglos.

En su plasmación inicial, el constitucionalismo es tan reciente como la monarquía constitucional británica, cuyos inicios se suelen situar en la Gloriosa Revolución inglesa de 1688. En esa primera manifestación, el constitucionalismo formula simplemente la doctrina de que el poder político del Rey está limitado por los derechos de los súbditos y por las competencias que el parlamento libremente elegido y reunido tiene para la aprobación de las leyes, los impuestos y las obligaciones militares. Aunque esta doctrina se plasmó en algunos documentos legales importantes, como el *Bill of Rights* de 1689 y otros, es sabido que los británicos nunca han aprobado un texto constitucional unitario que solemnizara la organización y división de sus poderes políticos ni los derechos de participación política y de libertad de los que, tras distintos momentos de extensión del sufragio, han venido disfrutando desde entonces sin interrupción. Fue a partir de este inicial diseño británico como se desarrollaron desde finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX dos tipos

* Universidad Autónoma de Madrid.

de constitucionalismo bien diferentes entre sí: el francés y el estadounidense.

En sustancia, junto con la influencia del pensamiento iusnaturalista e ilustrado, los revolucionarios franceses adoptaron los dos elementos básicos del diseño británico cuando en la solemne *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, aprobada en agosto de 1789, proclamaron en su artículo 16: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”. La única diferencia significativa entre este tipo y el británico estribó en que en Francia desde 1791, y en la mayoría de los países europeos a lo largo del siglo XIX, se adoptó el criterio de aprobar una constitución que venía a solemnizar esos dos criterios en un texto único y sistemático. Con todo, durante toda esa época, y aun después, ese texto fue considerado superior más desde un punto de vista político que jurídico, como norma programática y no inmediatamente efectiva, de modo que la doctrina dominante de que la fuente jurídica superior era la ley ordinaria impidió durante mucho tiempo que el constitucionalismo conllevara allí ninguna forma de control de constitucionalidad de las leyes y ni siquiera, al menos no necesariamente, la rigidez constitucional, esto es, la dificultad agravada respecto de las leyes ordinarias para modificar o derogar la propia constitución.

Pero el sistema político británico, junto a la influencia del pensamiento iusnaturalista y republicano, daría lugar a una interpretación muy diferente del constitucionalismo en la Revolución americana. Dejando aparte aspectos como la distinta organización y división de los poderes y el distinto acento en unos u otros derechos, la diferencia esencial con el constitucionalismo francés reside en que la constitución de Estados Unidos, aprobada en 1787, se proclamó e interpretó enseguida como una norma superior a cualquier ley ordinaria, tanto federal como de los distintos Estados de la Unión. Aunque la constitución misma estableció complejos procedimientos para su reforma, no previó expresamente ninguna forma de control judicial de la legislación ordinaria. Sin embargo, este último mecanismo se incorporó al sistema jurídico en 1803, cuando en la famosa sentencia *Marbury v. Madison* el juez Marshall consagró el criterio de que si la constitución era la norma jurídica efectivamente superior cualquier tribunal, y en último término el Tribunal Supremo, tenía la competencia para inaplicar toda ley ordinaria que en un proceso se demostrara contraria a ella. Esta forma de entender la

función judicial, que caracteriza al sistema jurídico estadounidense, fue siempre desconocida en Europa, donde sólo avanzado el siglo XX se comenzaría a generalizar, además de la rigidez constitucional, un procedimiento de control de constitucionalidad que, a diferencia del estadounidense, en principio pretendió concentrar en un tribunal específico la consideración de la conformidad de una ley con la constitución mediante un análisis expreso y abstracto, y no, como en Estados Unidos, como incidente en un proceso individual y concreto.

Curiosamente, el contraste entre el constitucionalismo francés y el estadounidense ha terminado por ser reformulado por la doctrina jurídica europea contemporánea mediante una nueva convención terminológica que conlleva a la vez una valoración histórica y otra ético-política, ambas de carácter positivo. Al calificar como legalistas o simples Estados legales de Derecho a los sistemas jurídicos europeos del siglo XIX, seguidores del sistema francés, y como constitucionales o Estados constitucionales de Derecho a los sistemas actuales, que han venido a converger en lo esencial con el modelo estadounidense, resulta que la rigidez constitucional y el control externo de constitucionalidad de la legislación, generalmente de carácter judicial, han terminado por ser los dos rasgos fundamentales del constitucionalismo o, como también se ha denominado a esta última versión, “neoconstitucionalismo”. Y, en efecto, es muy común en la doctrina europea contemporánea entender el constitucionalismo como un momento progresivo que habría transformado cualitativamente o, cuando menos, perfeccionado el anterior modelo legal o legalista. Conforme a este modo de ver las cosas, el constitucionalismo superaría el viejo paradigma positivista (o “paleopositivista”), de carácter formalista, mediante un tipo de interpretación y aplicación del Derecho *sustancial*, basada también en los principios políticos y morales presupuestados por las constituciones que comportaría una mayor y mejor protección de los derechos constitucionalmente reconocidos y del propio sistema democrático.

2. Algunas notas históricas

En lo que sigue, daré por bueno el anterior uso del término “constitucionalismo”, aunque tomándolo sólo en su aspecto descriptivo y, por tanto, suspendiendo hasta más adelante el juicio sobre las valoraciones

positivas que la citada doctrina le ha adherido. Y ello porque en abierta discusión de esas valoraciones, en ocasiones hasta invertirlas, la relación entre la democracia y el constitucionalismo así entendido ha llegado a verse hoy por bastantes estudiosos como una relación cuando menos difícil y por algunos incluso como contradictoria. Dicho muy sintética y sencillamente, la existencia de constituciones rígidas y la previsión de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes por parte de la inmensa mayoría de los actuales sistemas democráticos tiende hoy a considerarse por diversos teóricos como una restricción o atrincheramiento (*entrenchment*) “contramayoritario” injustificable, o al menos difficilmente justificable, de la capacidad de los ciudadanos y, en especial, de sus representantes parlamentarios para debatir y decidir en última instancia sobre la configuración de la forma de organizar el poder político y sobre el alcance de los derechos protegibles.

Esa crítica se ha manifestado sobre todo tras la triunfante extensión del constitucionalismo, aun en una forma en principio diferente a la americana. Así, después de la Primera Guerra Mundial, en 1920, gracias a la decisiva influencia del jurista austriaco Hans Kelsen, se introdujo en Checoslovaquia y, unos pocos meses más tarde, en Austria la nueva forma de control de constitucionalidad: nueva, tanto porque encendaba en exclusiva a un Tribunal Constitucional predominantemente compuesto de profesores y competente sólo a instancia de personas o colectivos determinados muy restringidos, como porque se dirigía a analizar en abstracto la conformidad con la constitución de las leyes impugnadas. En ese período de entreguerras, aunque con escasa virtualidad práctica, la II República española también se dotaría de un tribunal semejante, al que se agregó la competencia sobre el “recurso de amparo de garantías individuales”.

Con posterioridad en Europa se ha llegado a generalizar el modelo kelseniano de control de constitucionalidad, aunque dentro de algunas variaciones, en especial por la adición en algunas constituciones de una o dos previsiones que no estaban en el modelo original: el reenvío judicial, legitimando a los jueces ordinarios para elevar cuestiones abstractas de constitucionalidad en caso de duda sobre una ley aplicable en un proceso, y la competencia de los tribunales constitucionales para recibir demandas individuales en garantía de derechos. Dicha generalización del modelo kelseniano se ha producido en los tres principales momentos de transición democrática. En primer lugar, el que siguió a

la Segunda Guerra Mundial, tras la liberación del fascismo y el nazismo, plasmado en 1947 en las constituciones de Italia y de la entonces República Federal Alemana (el mismo año, se estableció en Japón un Tribunal Supremo con un sistema de *judicial review* similar al de Estados Unidos). En segundo lugar, el de la terminación de las dictaduras fascistas residuales de los años 70, que alumbró las constituciones griega de 1975, portuguesa de 1976 y española de 1978. Y, en fin, el de la caída de las dictaduras comunistas a partir de 1989, tras la que todos los países del anterior dominio soviético, incluida Rusia, han establecido tribunales constitucionales.

En el mismo proceso de expansión del constitucionalismo puede situarse también la extensión del control judicial de constitucionalidad en casi todos los países iberoamericanos, en un arco de tiempo que va desde finales del siglo XIX, cuando Argentina y Venezuela siguen el modelo estadounidense, hasta finales del pasado siglo, cuando México introduce un sistema de control abstracto de constitucionalidad de tipo kelseniano¹.

Volviendo a Europa, dos casos aparte son Francia y el Reino Unido: la primera cuenta con un *Conseil Constitutionnel*, creado en 1958, que se elige entre políticos con experiencia más que entre profesores y ejerce un control previo a la aprobación de las leyes, control que, desde una decisión del propio órgano de 1971, incluye dentro de la Constitución a los derechos proclamados en la Declaración de 1789 y en el Preámbulo de la Constitución de 1948 y a los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. En cuanto al Reino Unido, sigue sin contar con una constitución rígida y propiamente dicha que

¹ En efecto, Argentina siguió el ejemplo de Estados Unidos tras una sentencia de su Tribunal Supremo de 1887, mientras que en Venezuela, que ya desde 1858 admitía la anulación de ciertas leyes por la Corte Federal por una acción popular, en 1897 se otorgó a los jueces ordinarios la potestad de desaplicar cualquier ley inconstitucional y desde 1961 existe también un control abstracto por parte de la Corte Suprema. Tienen un sistema mixto más o menos similar Brasil (1990), Colombia (1991), Costa Rica (1989), Ecuador (1945, 1967), El Salvador (1983), Honduras (1982), Nicaragua (1995), Panamá (1941), Perú (1993) y República Dominicana (1994); en cambio, mientras Puerto Rico sigue desde 1952 el sistema puro de control difuso, aplican el sistema kelseniano Bolivia (1967), Chile (1980), Guatemala (1965), Paraguay (1992) y Uruguay (1967). En México, en fin, donde desde las Constituciones de mediados del siglo XIX se previó una forma de amparo ante violaciones legales de las garantías constitucionales, sólo una reforma constitucional reciente, de 1994, ha establecido un control abstracto y concentrado de constitucionalidad (para los anteriores datos, remito a <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/02-0-informacion.htm>).

incorpore una declaración de derechos por encima de las leyes ordinarias, pero desde octubre de 2000 está en vigor el *Human Rights Act* de 1998, por el que ciertos tribunales superiores pueden declarar la incompatibilidad de una ley con los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1950 y activar con ello un procedimiento para la eventual modificación de tal ley.

Esta última referencia pone de manifiesto cómo también en el ámbito del Derecho internacional se está produciendo, aunque sea parcialmente, una expansión de mecanismos jurídicos más o menos similares a los del constitucionalismo. Así, la firma de determinados tratados internacionales, sea con el específico objeto de proteger una lista de derechos individuales –según ocurre con el citado Convenio Europeo, pero también con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica en 1969–, sea en el marco de la organización de instituciones regionales de carácter quasi-federal –como en la Unión Europea, donde ya se han reconocido judicialmente ciertos derechos derivados del Tratado y hoy se está discutiendo un proyecto de Constitución que en su segunda parte contiene una extensa “Carta de los derechos fundamentales de la Unión”²–, puede comprometer a los Estados a aceptar sistemas de supervisión judicial a propósito de su cumplimiento de ciertos derechos básicos que, a pesar de no ser directamente aplicables del mismo modo que si se tratara de decisiones de su jurisdicción interna, comparten dos rasgos típicos del constitucionalismo: de un lado, la especial dificultad, tanto jurídica como sobre todo de hecho, para que un Estado pueda modificar el tratado en cuestión o, incluso, retirarse de él, y, de otro lado, la introducción del control de carácter judicial para la determinación de las violaciones (en los tres casos citados, respectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica, y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo).

² La Carta enumera tales derechos en cincuenta artículos y aunque el art. II-51 del proyecto establece cautelas en cuanto al ámbito de aplicación de aquélla (afirmando que «[L]as disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, organismos y agencias de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión...»), sin embargo, el Tribunal de Justicia Europeo puede recibir recursos de «toda persona física o jurídica [...] contra los actos de los que sea destinataria o que le afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que le afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución» (art. III-270).

Así pues, resulta indudable el ritmo de marea creciente que ha seguido hasta hoy la institucionalización de controles externos sobre la legislación, y muy en especial del control judicial de constitucionalidad. Resulta también indudable que esa marea no habría subido tanto si juristas, políticos y generadores de opinión pública de muy distintos países hubieran considerado injustificado o innecesario desconfiar de los legisladores ordinarios en favor de los controles judiciales. Por dar sólo una pincelada muy gruesa, entre los filósofos contemporáneos del Derecho y de la política más reconocidos e influyentes, John Rawls, Ronald Dworkin o Bruce Ackerman representan bien la defensa de un modelo de democracia constitucionalmente limitada.

Sin embargo, el evidente éxito de ese modelo en la práctica hace más significativo el actual y renovado reflujo de oposición a las limitaciones constitucionales, que ha tenido el mérito de sacar a la discusión pública dificultades que seguramente se venían considerando irrelevantes o que se daban por resueltas. Entre los juristas y filósofos que han elevado su voz discrepante ante la propia idea de limitación constitucional al juego democrático, dentro del ámbito anglosajón hay al menos dos voces influyentes que vienen de lejos –la de un artículo de James B. Thayer publicado a finales del siglo XIX, que fue el primero en proponer la doctrina del *self-restraint*, y la del libro de Alexander M. Bickel *The Least Dangerous Branch*, que formuló también por vez primera la “objeción contramayoritaria”–, pero han sido sobre todo un libro de John Hart Ely y un artículo de Jeremy Waldron los que, con menor y mayor radicalidad respectivamente, han agitado las aguas de la polémica estos últimos años. En Alemania, nada menos que Jürgen Habermas se hace eco de esa polémica en un extenso escrito, y precisamente para defender una posición próxima a la de Ely. En el ámbito del que puedo hablar con más familiaridad, la filosofía jurídica de habla española, este debate ha tenido una nutrida y destacada manifestación en distintos escritos que pueden hacerse partir de una investigación colectiva de principios de los 90 llevada a cabo en Argentina, entre otros por Genaro R. Carrió y Carlos S. Nino, y que ha culminado en una rica polémica entre Juan Carlos Bayón, Roberto Gargarella, Pablo de Lora, José Juan Moreso, Luis Prieto o Víctor Ferreres. En todo caso, entrar en los principales detalles y argumentos de este debate permitirá plantear de raíz, esto es, en sus más básicos principios, la compleja relación entre constitucionalismo y democracia.

3. El alcance del constitucionalismo

He dicho antes que en su más extendida acepción actual el constitucionalismo se caracteriza por la rigidez de la constitución y por el control externo de constitucionalidad de las leyes. Es ahora momento de comentar algunos aspectos a propósito del contenido y alcance de esos dos rasgos, a los que me parece conveniente añadirle un tercero que, aunque suele darse por supuesto por incluirlo en el rasgo de la rigidez, conviene hacer explícito porque, junto con los otros dos, es una condición necesaria del actual constitucionalismo: el principio de supremacía, también llamado de primacía o superioridad de la constitución. Véamos esos tres rasgos uno por uno.

1) Se llama rigidez a la prohibición de reformar todo o parte de la constitución o a la previsión de condiciones jurídicas que dificulten su reforma en comparación con las de las leyes ordinarias, mientras que se consideran flexibles las constituciones que carecen de tales condiciones. La máxima rigidez se produce cuando se prohíbe reformar (cláusulas de intangibilidad), como hacen las constituciones italiana y francesa respecto de la forma republicana de gobierno o la Ley Fundamental de Bonn respecto de los principios básicos sobre los derechos y el sistema federal. Pero lo más habitual es admitir la reforma con condiciones especiales. Estas suelen ser de dos tipos, a veces combinados entre sí: las mayorías reforzadas y las aprobaciones múltiples, sea por el propio parlamento tras un cierto periodo de tiempo que puede incluir una renovación electoral (cláusulas de enfriamiento), sea por un órgano distinto, como la totalidad o una cierta mayoría de los Estados federados o mediante el referéndum por el cuerpo electoral, sea combinando unas u otras condiciones. Así, la Constitución española es altamente rígida respecto de algunas de sus partes, como las relativas a los derechos básicos y a la Corona, pues para reformar en esas materias debe adoptarse la decisión por mayoría de dos tercios de las dos cámaras y, tras la renovación electoral, ratificar la decisión, aprobar el texto reformado de nuevo por dos tercios de las dos cámaras y ratificarlo mediante referéndum. Este ejemplo pone de relieve que las formas posibles de rigidez constitucional son innumerables y que la rigidez es una categoría gradual que disminuye a la vez que el número y la dificultad de las condiciones exigidas.

Frente a los sistemas de máxima o altísima rigidez, la mínima rigidez, justo en el punto inmediatamente anterior a la flexibilidad absoluta, se produce cuando las normas constitucionales pueden ser reformadas en las mismas condiciones que cualquier ley excepto en que debe hacerse de forma expresa o, como a veces se dice, solemne. Este último sistema puede considerarse más una forma de flexibilidad, aunque no sea absoluta, que de rigidez, y puede ser combinado con un modelo de control judicial de constitucionalidad plenamente deferente hacia las mayorías parlamentarias ordinarias, como ocurre en el actual sistema constitucional canadiense, donde la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, de 1982, incluye la llamada cláusula *notwithstanding*, que permite que tanto el parlamento federal como los parlamentos de cualquier provincia puedan declarar expresamente la validez de una ley aprobada por ellos a pesar de ser contraria a la Carta y de que así haya sido establecido por los tribunales (aquella declaración, sin embargo, tiene una vigencia de cinco años, aunque puede ser indefidamente renovada).

2) En cuanto al control externo de constitucionalidad de la legislación, su “exterioridad” se refiere no sólo al órgano parlamentario que aprueba las leyes –que puede disponer de alguna instancia interna para examinar la constitucionalidad de éstas antes de su aprobación–, sino también al que las sanciona o promulga, sea el Rey o el Presidente de la República. Hoy el debate teórico se circscribe a la discusión general de si el parlamento debe o no estar exento de controles externos y, para quienes los consideran necesarios, a la discusión más específica de si tales controles han de ser judiciales o más bien meramente cuasi-judiciales, esto es, dicho de otro modo, si han de ejercerse mediante los tribunales ordinarios en el curso de los procesos ordinarios o mediante tribunales o consejos elegidos *ad hoc* con un procedimiento específico dirigido a analizar en abstracto la constitucionalidad de una ley. Los términos de este debate, sin embargo, han concluido por difuminarse en gran medida debido a la convergencia entre el modelo kelseniano y el estadounidense.

Kelsen sostuvo a la vez dos tesis en cierto conflicto entre sí pero que permiten calificar al órgano de control por él defendido como un órgano, al menos en parte, político y, por tanto, como no del todo judicial, o si se quiere sintetizarlo, como un órgano cuasi-judicial. Por un lado, defendió que el control de constitucionalidad se había de encomendar

en exclusiva a un órgano que formara parte del poder legislativo, tanto por su función limitada a la anulación de las leyes en su relación abstracta con la constitución (de ahí la denominación kelseniana de “legislador negativo”, que sólo puede negar la validez de una ley) cuanto por su composición, que, en parte al menos, podría ser de elección política, por el parlamento y el gobierno, y no necesariamente entre juristas. Pero, por otro lado, también insistió en que tal órgano debía ser un tribunal y le pareció evidente no sólo postular su independencia –para lo que confiaba sobre todo en la otra parte de sus componentes, juristas designados por las facultades de Derecho o mediante cooptación del propio tribunal–, sino también la naturaleza puramente jurídica de su función, que consideraba meramente aplicativa o, como llegó a decir, “absolutamente determinada por la Constitución”. En coherencia con ello, Kelsen sostuvo que una constitución debía abstenerse de enunciar principios o ideales indeterminados que apelaran a la equidad, la justicia, o la libertad, pero que si estaban declarados, deberían ser discrecionalmente desarrollados por el legislador sin intervención alguna del Tribunal constitucional, que sería “simplemente insoportable” por ser producto de su “simple capricho”.

En la actualidad, sin embargo, quizá sólo el peculiar sistema francés actual, antes mencionado, cuyo *Conseil Constitutionnel*, por su composición sobre todo de políticos y su actuación previa a la aprobación de la ley, está cercano a lo que, más allá de la literalidad, eran las pretensiones kelsenianas. Los demás tribunales constitucionales europeo-continentales, incluido el austriaco, se han ido aproximando en menor o mayor medida al sistema americano. En ellos, en efecto, ha llegado a dominar el sistema de composición técnica y no política; se permite a los tribunales ordinarios la remisión directa a la constitución para la interpretación de las leyes y, en caso de que consideren imposible el acomodo, el reenvío de la cuestión al tribunal constitucional; se admite incluso, en la mayoría de los casos, la posibilidad de revisión de la constitucionalidad de las leyes mediante recursos individuales en reclamación de violaciones concretas de derechos fundamentales; y, en fin, se ha sobrepasado la mera función de declarar la inconstitucionalidad o no de la ley mediante la práctica de sentencias como las interpretativas o las aditivas (esto es, las que adoptan como aceptable o inaceptable alguna entre las varias interpretaciones de la norma y las que añaden condiciones a la ley para considerarla constitucional). Esto no quiere

decir que hayan desaparecido todas las diferencias entre el modelo americano y el europeo, pero ciertamente se han atenuado tan notablemente que sería improbable que Kelsen reconocería su propuesta en la práctica vigente.

3) El principio de supremacía consiste en la atribución a la constitución de la máxima superioridad jerárquica en el propio sistema jurídico. Es un principio que para ser efectivo en el sistema debe estar aceptado en la cultura jurídica del país. Eso significa que el hecho de que la supremacía esté o no expresamente mencionada en la propia constitución no obliga ni impide su reconocimiento por los operadores jurídicos y la doctrina, que es lo decisivo, pues al fin y al cabo la jerarquía de una norma no se puede obtener sólo autorreferencialmente, sin el reconocimiento ajeno a ella misma. Todo ello explica por qué fue tan decisivo en la mayoría de los sistemas de influencia constitucional francesa hasta la Segunda Guerra Mundial el que la cultura jurídica dominante considerara a las Constituciones normas superiores sólo desde un punto de vista político pero no jurídico, hasta el punto de no tenerlas por propiamente normativas y, en lo que se refiere a los derechos por ellas declarados, por atribuirles el carácter de normas programáticas, que no obligarían de manera directa e inmediata hasta que el legislador hubiera desarrollado la ley correspondiente. Es digno de recordar que, tras la entrada en vigor de las constituciones italiana y española, en 1948 y 1978, hubo en los dos países alguna vacilación sobre el carácter programático o inmediatamente aplicable de los derechos en ellas reconocidos que fue pronto resuelto por la doctrina y la práctica oficial.

Esta última posibilidad, por lo demás, no plantea problemas diferentes a los de la interpretación constitucional en general. En particular, los principios y derechos programáticos tienden a compartir con muchos de los derechos clásicos, directamente protegidos, un rasgo que no se puede dejar de mencionar: la vaguedad semántica de ciertas formulaciones constitucionales, y no sólo de las que apelan a la dignidad humana o a valores abstractos sino también, aunque en medida variable, de la mayoría de los derechos. Así, qué deba entenderse por “vida” o por “tratos inhumanos o degradantes”, cuáles son los límites de la libertad de expresión o del derecho al honor, qué alcance puede tener la función social de la propiedad privada o qué tratos deben considerarse discriminatorios son, entre otros muchos, conceptos cuya determinación

por los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional, abre un espacio de discrecionalidad que obliga a adoptar opciones y criterios morales e ideológicos no claramente establecidos en la constitución. Aunque se han ofrecido penetrantes argumentos para considerar tal vaguedad en los enunciados de los derechos más como una ventaja que como un inconveniente que avalaría el control de constitucionalidad, desde la posición opuesta se ha censurado la “brecha interpretativa” que en tales casos haría posible la separación entre lo que los jueces deciden que dice la constitución y lo que podría decidir la voluntad popular efectiva a través de la representación parlamentaria ordinaria si pudiera tener la última palabra sobre la interpretación de la constitución.

Los tres anteriores rasgos del constitucionalismo son de naturaleza diferente y parecen ser independientes entre sí desde un punto de vista conceptual, de manera que con ellos son concebibles hasta ocho combinaciones lógicas. Entre ellas, merecen comentarse brevemente las posibilidades más interesantes. La posibilidad de una constitución rígida y considerada suprema pero sin control de constitucionalidad la ejemplifica la de Estados Unidos hasta *Marbury v. Madison*. Más interesante es la posibilidad de una constitución flexible pero considerada superior que prevé el control de constitucionalidad, como es el caso ya comentado de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Al igual que otra interesante posibilidad para nuestro debate es la de una constitución flexible no considerada superior pero que prevé una especie de control de constitucionalidad, que se puede ejemplificar en el sistema británico del *Human Rights Act*, también comentado, que establece un control judicial sobre la conformidad de las leyes con la tabla de derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas (donde debe entenderse que la norma constitucional es el *Human Rights Act* y no, o al menos no de modo directo, el Convenio). Fórmulas como las dos anteriores sirven también para poner sobre la pista de que el constitucionalismo contemporáneo puede combinar los tres rasgos de la supremacía, la rigidez y el control de constitucionalidad de distintas formas que, según el grado de rigidez previsto, pueden tanto acercarse como alejarse mucho de aquellas dos.

Pues bien, a lo anterior hay que añadir que, con independencia de la supremacía constitucional, el control judicial de constitucionalidad en sí mismo no tiene por qué suscitar objeción contramayoritaria alguna si no va acompañado de una cierta rigidez de la constitución y, más aún,

tal objeción, de estar justificada, tendrá más fuerza cuanto más alto sea el grado de rigidez. Por exemplificarlo rápidamente, si la reforma constitucional de los derechos básicos en constituciones como la española o la estadounidense exige procedimientos tan costosos que la dificultan formidablemente, dando prácticamente la última palabra a la interpretación ejercida mediante el control de constitucionalidad, en cambio, constituciones como la italiana o la francesa cuentan con unos procedimientos de reforma bastante más sencillos, sin mayorías cualificadas especialmente gravosas, que permiten superar el control de constitucionalidad devolviendo la palabra, directa o indirectamente, al electorado. Por ello, se diría que es en los procedimientos de reforma constitucional especialmente rígidos y no tanto en los controles externos de constitucionalidad donde se encuentra el principal punto débil del constitucionalismo contemporáneo.

4. Las razones en favor del constitucionalismo

A partir de un estudio de Elster es habitual ilustrar las restricciones constitucionales como manifestaciones de la estrategia de Ulises: así como el héroe griego se hizo atar al mástil mientras su barco, con los oídos de los marineros tapados con cera, atravesaba el fatal peligro del canto de las sirenas, los pueblos pueden establecer mecanismos restrictivos, como precisamente la rigidez y el control de constitucionalidad, para evitar caer en el peligro de acabar con el propio sistema democrático y con los derechos individuales por él protegidos, pero también para facilitar la realización de acciones y la consecución de objetivos que de otro modo podrían ser descuidados. De ahí que las principales funciones que se han atribuido al constitucionalismo sean dos: garantizar que el poder político-jurídico se ejerce dentro de los límites establecidos y capacitar para la realización de ciertas acciones y objetivos.

La primera función, de mantenimiento de la organización jurídico-política y aseguramiento de su ejercicio regular, destaca sobre todo el carácter limitativo del constitucionalismo, que trata de impedir las extralimitaciones en el ejercicio del poder y abarca especialmente el respeto a los contenidos previstos en la constitución y, de forma muy señalada, a las declaraciones de derechos. Ha de observarse que, aunque desde el punto de vista de los órganos o individuos cuyas compe-

tencias o derechos se garantizan lo que las restricciones constitucionales hacen es capacitar y facilitar acciones y planes de vida, sin embargo, desde el punto de vista de la propia organización política el aspecto dominante es la limitación del poder. Por ello, como forma de estrategia Ulises, se ha ilustrado esta función con la metáfora del Pedro sobrio que se anticipa al Pedro borracho dándole las llaves de su coche a un amigo al llegar a la fiesta.

La segunda función, que no es incompatible con la anterior, insiste en las virtudes de las restricciones constitucionales no ya tanto para evitar obstáculos al funcionamiento regular de las instituciones o para impedir u obligar al poder a ciertos cursos de acción, sino para permitir y facilitar ciertas acciones y objetivos sociales a largo plazo. Ha sido sobre todo mérito de Stephen Holmes destacar que las normas constitucionales no son sólo limitadoras sino también permisivas y capacitadoras del poder político y que resulta parcial la identificación del constitucionalismo con su limitación. Como reconoce el propio Holmes, esta función de capacitación puede proceder no sólo de la previsión constitucional de ciertas normas de competencia sino también del propio pre compromiso o atrincheramiento constitucional y, por tanto, de la existencia de restricciones constitucionales. En lo que puede ser visto como una nueva edición del lema ciceroniano *legum servi sumus ut liberi esse possimus*, Holmes destaca sobre todo la importancia para la misma existencia de la democracia de las normas constitucionales que encauzan el procedimiento democrático, garantizan los derechos de las minorías o excluyen la posibilidad de ejercer la libertad para dejar de ser libre. Más aún, el constitucionalismo podría servir para facilitar no sólo la estabilidad del sistema democrático, sino también, como efecto secundario derivado de ella, la estabilidad y el progreso económico y social. En uno y otro caso, como forma de estrategia Ulises, esta función no tiene nada que ver con el Pedro sobrio frente al borracho y podría ilustrarse mejor con la de quien, en vez de entregar las llaves del coche a un amigo y beber en la fiesta, le promete prestarle el coche durante un mes si bebe más de la cuenta para así poder divertirse de otra manera y volver a casa sobrio en su propio coche.

A las dos anteriores funciones corresponden las dos principales justificaciones del constitucionalismo, la liberal y la democrática, que no son del todo coincidentes por la sencilla razón de que lo que denominamos democracia liberal no deja de ser una síntesis institucional que

combina dos principios justificatorios conceptualmente diferentes. Resumiendo hasta casi la caricatura motivos que Norberto Bobbio ha desarrollado con más matices y amplitud, mientras la democracia es una *forma de gobierno* dirigida a distribuir el poder político, relativa a *quién* gobierna, en la que todos los ciudadanos participan en las decisiones colectivas mediante el procedimiento mayoritario, en cambio, el liberalismo en su sentido más estricto es un *modo de gobernar*, preocupado esencialmente por sobre *qué* se debe o no debe gobernar y, por tanto, encaminado a la limitación del poder mediante el respeto de los derechos individuales relativos a la libertad, la seguridad y la igualdad ante la ley. Uno y otro responden a principios tan diferentes que, llevados a sus extremos, al menos en la teoría, podrían realizarse independientemente: así, un sistema democrático podría suprimir todos los derechos individuales excepto los imprescindibles para el propio mantenimiento del sistema, como el derecho al sufragio universal y las libertades de expresión, reunión y asociación políticas, todo ello sin discriminaciones, que por cierto son derechos que muchos liberales no consideraron esenciales durante el siglo XIX; y, de modo paralelo, un gobierno nada democrático podría excluir la participación política de la inmensa mayoría pero garantizar derechos liberales como la igualdad ante la ley, la propiedad privada, la libertad ideológica y religiosa o la seguridad personal frente a detenciones arbitrarias, malos tratos o legislación irretroactiva.

Pues bien, la justificación liberal de las restricciones del constitucionalismo parte de la idea de que, al igual que un mecanismo institucional como la división de poderes, los derechos individuales sirven como límite al poder político, estableciendo una especie de *coto vedado* –en la feliz expresión que Garzón Valdés tomó de un libro de Juan Goytisolo– que se ha de salvaguardar de la interferencia ajena porque –por utilizar otra famosa expresión, esta vez de Ronald Dworkin– los derechos básicos son triunfos que valen contra la voluntad de cualquier mayoría, por extensa que sea. Conviene precisar ahora que en las justificaciones liberales actuales los derechos constitucionalmente protegidos no suelen limitarse a los estrictamente liberales y abarcan también a los de participación democrática, pero en ambos casos lo decisivo es el argumento de que los derechos individuales deben ser salvaguardados ante los peligros de su violación directa o indirecta por parte del poder político, incluido el democrático. Porque la vieja adver-

tencia contra la posibilidad de la tiranía de las mayorías –repetida por liberales como Benjamin Constant, Alexis de Tocqueville, John Stuart Mill, Herbert Spencer, Lord Acton o Friedrich Hayek, aunque no todos pensaron en la rigidez y el control constitucionales como solución al problema– tiene como primera y clara lectura que el poder político, aunque sea democrático, es peligroso y ha de ser limitado.

La justificación democrática de las restricciones constitucionales comparte con el punto de vista liberal un similar temor a la tiranía de las mayorías, pero entendida de una manera algo diferente. En *The Federalist*, recogiendo el motivo de la tradición republicana, Alexander Hamilton y James Madison insisten repetidamente en el riesgo de que las mayorías pueden actuar como facciones y, por tanto, contra el interés general bien porque resulten dominadas por las pasiones ideológicas bien porque se dejen arrastrar por el interés propio. En ambos casos la función esencial de la estabilidad constitucional y de sus límites, entre los que destacan la división de poderes y sus *checks and balances*, es salvaguardar el propio sistema republicano o, en la terminología actual, democrático representativo. Un siglo y medio después, cuando Hans Kelsen argumentó sobre el valor de la justicia constitucional para la defensa del régimen democrático apeló precisamente a la idea de que “la dictadura de la mayoría [...] no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría”. Tanto Madison como Kelsen consideraron que el sistema democrático debía garantizar no únicamente los derechos de participación política sino también los derechos civiles propios de la tradición liberal, pero su insistencia estuvo sobre todo en que las restricciones constitucionales debían servir para defender la estabilidad del sistema democrático en su conjunto.

5. La objeción contramayoritaria

Más para enmarcar el alcance del constitucionalismo que como objeción, conviene precisar de antemano que la metáfora de Ulises no debe tomarse precisamente muy al pie de la letra para dar cuenta de la función esencial del precompromiso constitucional. Si Ulises y su tripulación se libraron de morir en las garras de las sirenas gracias a su ardil, el constitucionalismo como medio de limitación del poder vale más para las situaciones de normalidad y estabilidad que para los momentos ex-

cepcionales y de crisis. Ante catástrofes políticas como los suicidios democráticos o los golpes de Estado, la rigidez y los tribunales constitucionales resultan tan inapropiados como pretender afrontar una gigantesca tempestad levantando pequeños diques de arena. No creo que las posibilidades del constitucionalismo, que no agota ni mucho menos el variado y complejo conjunto de condiciones históricas, sociales y culturales necesarias para la existencia estable de un sistema liberal-democrático, deban ser tan pretenciosas. Además, si un régimen democrático-liberal como el británico, que nunca ha tenido restricciones constitucionales, ha sido capaz de mostrar una gran firmeza y estabilidad durante siglos, eso prueba que el constitucionalismo no es condición *necesaria* de las dos funciones antes comentadas de controlar el poder frente a sus extralimitaciones y de facilitar la estabilidad del sistema democrático y el progreso social y económico. Para todo ello, seguramente es suficiente que se cumpla la condición más general de la vigencia y permanencia de las reglas públicamente aprobadas, es decir, el imperio de la ley, del que el constitucionalismo es sólo una de sus formas de realización.

No hay un único desarrollo argumental de la llamada objeción contramayoritaria. Su núcleo común es siempre que la combinación de la rigidez y del control de constitucionalidad excluye la posibilidad de que los ciudadanos, por sí mismos o a través de sus representantes, deliberen y decidan democráticamente, conforme a la regla de la mayoría, sobre cualquier asunto que les afecte, incluido el alcance que deba darse a los distintos derechos civiles y políticos. A partir de ese núcleo hay dos cursos de argumentación conceptualmente diferentes aunque a veces se utilicen de forma conjunta. Por una parte, el reproche ya apuntado por Tocqueville de que la justicia constitucional se atribuye necesariamente a una élite no representativa ni responsable ante los ciudadanos que termina imponiendo su propia ideología a través de sus interpretaciones de la constitución. Por otra parte, el reproche de que la rigidez constitucional, asegurada mediante el control judicial, congela o sobreprotege en mayor o menor medida los criterios éticos y políticos de la mayoría de un determinado momento histórico a expensas de las generaciones sucesivas, que resultan incapacitadas para revisarlos por simple mayoría y a veces, incluso, incapacitadas de hecho o de derecho para hacerlo.

El primer reproche, que expresa el temor ante “el gobierno de los jueces”, presupone que la interpretación constitucional no es, como en buena parte pretendió Kelsen, una operación sencillamente aplicativa, cercana al modelo de Montesquieu de los jueces como “des êtres inanimés” y “bouche qui prononce les paroles de la loi” (*De l'esprit des lois*, XI, vi). Se trata más bien de una operación en la que suele ser inevitable la intervención de los criterios morales y políticos del intérprete, de modo que, según un conocido dicho del juez Charles Evans Hughes, “la constitución es lo que los jueces dicen que es” porque carece de un significado objetivo independiente de su interpretación. Más aún, aunque por hipótesis contáramos con un método objetivo de interpretación, nada garantizaría que el tribunal constitucional lo utilizara siempre. En todo caso, Juan Carlos Bayón ha expresado muy bien que la regla de decisión colectiva que adopta de hecho el defensor del constitucionalismo “no es en realidad “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere derechos básicos”, sino –en la práctica– “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos””. El segundo reproche, en cambio, es perfectamente compatible con una concepción objetivista de la interpretación constitucional –como lo es la originalista, que defiende el criterio del significado histórico dado al texto constitucional por sus creadores– y el agravio democrático que destaca es la desigual vinculación de las generaciones sucesivas por una anterior, que ha disfrutado, al menos en parte, del privilegio histórico de “ser libre para obligar a sus sucesores sin ser obligada por sus predecesores” (Elster).

Las argumentaciones anteriores son susceptibles de dos fundamentaciones diferentes, que dan lugar a distintas versiones de la objeción contramayoritaria con consecuencias de muy distinta intensidad. La más moderada, cuya defensa más conocida ha sido llevada a cabo por Ely, acepta el control de constitucionalidad siempre que se limite en exclusiva a evitar que el proceso democrático se haga indigno de confianza, lo que ocurre cuando se obstruyen los canales del cambio político al negar a alguien la voz o el sufragio o cuando por hostilidad o por prejuicios se perjudica sistemáticamente a alguna minoría. Si se quiere decir en términos de derechos, el control de constitucionalidad debería limitarse a garantizar las libertades de sufragio, expresión, reunión y manifestación en sus aspectos políticos y la exclusión de gra-

ves discriminaciones. Por su parte, para la versión más radical, que ha defendido Waldron, no hay razones que justifiquen la mayor protección de los derechos políticos porque, aunque el derecho a deliberar y decidir democráticamente sea esencial, también son objeto de desacuerdo legítimo su alcance y límites, su relación con otros derechos y valores o su mejor articulación en el sistema electoral y de partidos, decisiones que deben dejarse a la deliberación democrática y no a una élite.

Creo que si hubiera que elegir únicamente entre las dos posiciones anteriores, estaría más justificada la segunda, que no presupone una discutible separación y priorización entre los derechos de participación política y la mayoría de los derechos civiles clásicos. En ambos tipos de derechos puede haber un núcleo esencial sin el cual el sistema democrático-liberal no merece tal nombre y una periferia sobre cuya delimitación parece legítimo disentir. Y si en esa periferia los límites de, pongamos, el derecho de asociación política debieran ser establecidos por simple mayoría, no habría razones para excluir a esa misma mayoría de la delimitación, también en la periferia, de si el derecho a la vida impide la eutanasia consentida o el aborto, de la regulación de la enseñanza de la religión o de la lengua, de las garantías del proceso penal o de los criterios generales para el ajuste entre la libertad de expresión y el derecho al honor en asuntos no políticos. Dada esa similitud, por lo demás, también podría ser que incluso en la periferia de ambos tipos de derechos estuvieran justificadas las restricciones constitucionales de la rigidez y el control judicial. Por ello, antes de decidir esta disputa merece la pena adentrarse un poco más en la argumentación de Waldron.

Reduciendo a lo esencial la argumentación de Waldron, su punto de partida es que no existe una relación necesaria entre la creencia en los derechos básicos y el compromiso con el constitucionalismo. Entre esos derechos básicos se encuentra el derecho democrático a participar en condiciones de igualdad en todas las decisiones colectivas, que es “un derecho profundamente conectado con los valores de autonomía y responsabilidad que celebramos en nuestro compromiso con otras libertades básicas”. Pues bien, como los derechos básicos son complejos y controvertidos en sus fundamentos morales y difíciles de delimitar y coordinar entre sí, no es suficiente con tener una teoría de tales derechos, según habría dado a entender la filosofía política más influyente en los últimos años, sino que es necesaria también, y sobre todo, una teoría de la autoridad que indique quién y cómo debe decidir sobre las

cuestiones socialmente disputadas. Según Waldron, si creemos en el igual derecho a la participación de los ciudadanos en las decisiones colectivas, la teoría de la autoridad que debemos defender es la democrática, que da la *última* palabra sobre el alcance de los derechos a los ciudadanos, o a sus representantes, y no a un tribunal.

6. Algunas réplicas del constitucionalismo

De la compleja argumentación de Waldron creo acertados y voy a aceptar sin más comentarios su punto de partida sobre la falta de relación necesaria entre derechos básicos y constitucionalismo y su tesis de que, junto a una teoría sustantiva de los derechos, es ineludible justificar una teoría de la autoridad. Me centraré sobre todo en las principales críticas que se han dirigido a su concepción del derecho a la igual participación política: 1) el carácter ilusorio de la igualdad política; 2) la limitación del valor y la limitabilidad del alcance de los derechos políticos; 3) la escasa calidad de la representación democrática realmente existente; 4) la significación democrática de la justicia constitucional; y, en fin, 5) la relativa fuerza del principio de mayoría estrictamente entendido como expresión de la igualdad política. De ellas me parece que las tres últimas son en buena parte atendibles y que conducen a una forma de constitucionalismo menos fuerte del que es habitual.

1) La descalificación más frontal del argumento de Waldron puede encontrarse en la afirmación de que “la democracia representativa no es un régimen de igualdad política” o, al menos, que no garantiza tal igualdad en una medida apreciable para hacer relevante la diferencia entre un sistema con control de constitucionalidad y uno sin él. En esta línea, Dworkin ha argumentado que “en una gran democracia el poder de un individuo sobre las decisiones nacionales es tan menudo que no se puede pensar que las restricciones constitucionales lo disminuyan tanto como para resultar objetables por esa razón”. Para negar este tipo de conclusiones no es necesario negar las premisas. Es cierto que en nuestros sistemas democráticos, debido sobre todo a limitaciones institucionales, la capacidad popular de afectar directamente a las decisiones políticas (o igualdad de impacto) está reducida a la elección de los representantes, que serán quienes adopten esas decisiones con gran libertad de movimientos, mientras que la capacidad de los ciudadanos de influir en las opiniones y decisiones del propio electorado y de los

representantes políticos (o igualdad de influencia) es enormemente desigual según la posición económica, la posesión de medios de comunicación o el acceso a ellos o la cercanía de los centros de decisión política. A mi modo de ver, por escasa que pueda ser en los sistemas representativos la igualdad política, que podría mejorarse, la escasez no elimina la diferencia cuantitativa y cualitativa que va entre poder y no poder participar, aunque sea mediante representantes, en la decisión de un conjunto de materias especialmente importantes para la colectividad como las sometidas al control de constitucionalidad.

2) El análisis de Waldron debe afrontar una segunda réplica dirigida a su concepción de los derechos de participación política, que él presenta como derechos esenciales y al menos de igual valor que los derechos básicos de la tradición liberal, que se fundamentarían en las mismas razones últimas de autonomía y dignidad individual que aquéllos. Frente a esta caracterización, Luigi Ferrajoli ha argumentado que un derecho como el de sufragio, que configura la autonomía política de los individuos, al igual que los derechos relativos a su autonomía privada, como el derecho de propiedad, son derechos-poder (*potestas agendi*, como capacidad de crear situaciones jurídicas), cuya capacidad de interferencia en la esfera de los demás derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales, explica y justifica su limitación normativa, bien constitucional en el caso de la autonomía política bien legal en el de la autonomía privada. Esos derechos-poder, según esta visión, se encontrarían en un plano inferior, tanto deontica como axiológicamente, respecto a otros derechos, como el derecho a la vida, la libertad religiosa y de conciencia o la inmunidad frente a la tortura. Y es sobre todo de tal diferenciación y priorización conceptual y valorativa de donde extrae Ferrajoli la justificación de las restricciones del constitucionalismo, sin las cuales, como probarían históricamente el fascismo y los totalitarismos del siglo XX, la democracia política misma no quedaría garantizada frente a su suicidio, siendo “su destino resultar subvertida [...] por la ilimitada potestad del pueblo de suprimir –y la de cada uno de disponer de forma autónoma– de los propios derechos políticos y civiles”.

La crítica de Ferrajoli tiene una parte tradicional, que coincide con el clásico temor liberal ante la tiranía de las mayorías, y una parte más novedosa, que aparece en la reconstrucción conceptual de los derechos de autonomía política como restrictivos de otros derechos y, por tanto, como limitables. Sobre la primera parte, que además Ferrajoli dramati-

za en exceso, ya he dicho que quizá no es necesario pretender que el constitucionalismo sea una barrera contra la subversión política: las restricciones constitucionales no libraron a los argentinos de varios golpes de Estado y los británicos han salido muy bien parados de catástrofes políticas sin tales restricciones. Se trata, pues, de una cuestión contingente. Y si el temor se circunscribe a situaciones de normalidad y, por tanto, al procedimiento de interpretación de los derechos constitucionales, el argumento de la tiranía de las mayorías, como han repetido sus críticos, olvida el riesgo de la tiranía de las minorías, en particular de los tribunales constitucionales, alguno de los cuales, como el Tribunal Supremo de Estados Unidos, tiene un acreditado historial en materia racial y económico-social del siglo XIX hasta bien entrado el siglo XX. Reformulando esta misma objeción en los términos de Ferrajoli, aunque aceptemos que los derechos de autonomía son poderes que son limitables precisamente por su capacidad de extralimitación, entregar tales poderes a un órgano judicial que también puede extralimitarse sólo traslada el problema a otro lugar.

En cuanto a la parte novedosa del argumento de Ferrajoli, la tesis de que los derechos de autonomía política, y en particular el derecho al voto, son derechos constitucionalmente limitables porque su ejercicio puede afectar negativamente a todos los demás derechos fundamentales, no creo que tenga el alcance que aparenta. Como tesis teórica, que el propio Ferrajoli presenta como puramente analítica y verdadera por definición, hay poco que decir sobre ella: efectivamente, el constitucionalismo limita el derecho de los electores a afectar la declaración de los derechos constitucionalmente reconocidos mediante su reforma, al menos por vía legislativa ordinaria. Ahora bien, de ese rasgo meramente conceptual no cabe extraer la justificación de las restricciones constitucionales, cuyos argumentos son los que se acaban de comentar. Prueba de ello, además, es el carácter y régimen de otros dos derechos que, como hemos visto, están sustantivamente relacionados con la autonomía política: la libertad de expresión, que no es un derecho-poder (*potestas agendi*) sino de libertad (*facultas agendi*), y la libertad de asociación política, que sí parece configurable como derecho-poder. Ambas libertades pueden ser utilizadas para intentar y conseguir suprimir unos u otros derechos, pero esa no es razón en absoluto, y así lo corrobora su régimen constitucional más habitual, para sancionar penalmente la crítica pública, por radical que sea, al sistema democrá-

tico o para prohibir los partidos políticos que propugnen pacíficamente la reforma de la constitución, quizá para terminar con el modelo de constitucionalismo que a Ferrajoli le parece tan obvio.

3) La tercera réplica a la tesis de Waldron, a la que él mismo se adelantó, es que idealiza en exceso los sistemas democráticos que conocemos, que son de una calidad democrática tan deficiente que resulta preferible confiar las cuestiones sobre derechos básicos en un órgano al margen de las elecciones políticas. Los sistemas representativos, se dirá, cuentan únicamente con una participación popular extremadamente limitada, esto es, esporádica en las ocasiones de su ejercicio, a veces muy baja en número de votantes, usualmente con muy escasa y desigual capacidad de influencia en el poder político para los ciudadanos de a pie en comparación con los grandes grupos económicos y mediáticos y, en fin, siempre muy reducida en el alcance del sufragio, que casi no deja ir mucho más allá de la posibilidad de exigir la responsabilidad política a un partido y, en todo caso, de expresar una preferencia entre unos pocos programas presentados en bloque. La respuesta de Waldron a esta objeción es que la baja calidad democrática no justifica la limitación del derecho de participación popular en las cuestiones de principio ni la atribución de su decisión a un reducido grupo de juristas, de igual modo que la imperfección del sistema representativo del siglo XIX no justificaba la exclusión de las mujeres o que los defectos de la Cámara de los Comunes no justifican instituciones menos democráticas todavía como la monarquía o la Cámara de los Lores.

Creo que la respuesta de Waldron es difícilmente reprochable si se considera como objeción al modelo en el que los tribunales constitucionales tienen prácticamente la última palabra. Sin embargo, no creo que alcance a la justificación de la justicia constitucional siempre que ésta se conjugue con una mayor facilidad para considerar y enmendar sus decisiones por parte de la representación popular. La existencia misma de la justicia constitucional tiende a incrementar el cuidado en la elaboración de las leyes, incluso la calidad de su discusión, por el mecanismo psicológico de anticipación a la eventualidad de un recurso que podría ser admitido. Pero además, abrir el cauce a la revisabilidad parlamentaria de las decisiones judiciales constitucionales también podría servir, de un lado, para incentivar el cuidado y la propia calidad de las argumentaciones de esas decisiones, y, por otro lado, para que la

propia revisión constitucional, en el quizá improbable caso de emprenderse, debiera ser sólidamente justificada ante el electorado.

4) Una cuarta posibilidad crítica ante la argumentación de Waldron consiste en negar el supuesto de que el control de constitucionalidad sea antidemocrático. Este nuevo filón argumentativo, que es hoy una de las estrategias más extendidas para la defensa del constitucionalismo, ha sido bien explotado por Ronald Dworkin. La agudeza de esta respuesta reside en que disputa con el adversario no sobre la materialidad del ejercicio de la igualdad de participación política mediante la regla de la mayoría, sino sobre el fundamento ideal que sustenta ese derecho: la idea de la deliberación moral abierta a todos. La tesis de Dworkin es que el control de constitucionalidad y su “lectura moral” de la constitución no es incompatible con una visión de la democracia basada no en la “premisa mayoritaria”, según la cual es siempre injusto impedir que la mayoría decida lo que quiera, sino en una “concepcion constitucional de la democracia”, que defiende “que las decisiones colectivas sean hechas mediante instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad, en cuanto individuos, con igual consideración y respeto”. Su argumento esencial, presentado con mayor o menor rotundidad en distintos escritos, es que la deliberación pública puede dar una mayor capacidad de expresión a las minorías y ser de más calidad en el debate que antecede o sigue a una decisión judicial que en la batalla política ante una elecciones o un referéndum. Junto a ello, también la calidad de las decisiones adoptadas puede ser superior a través del control de constitucionalidad que de los procesos políticos habituales, que alientan a compromisos que subordinan los principios.

Confieso que el argumento de Dworkin me resulta muy atractivo, sobre todo si se toma, como él mismo propone, sólo “tentativamente” (*tentatively*) y en forma expresamente no concluyente en favor de uno u otro modo de combinar las instituciones de control constitucional. A pesar de ello, me parece que en la medida en que ese argumento sirve para aceptar un sistema como el estadounidense, que combina el control de constitucionalidad con una alta rigidez constitucional, está excediendo con mucho esas cautelas. Olvidando estas cautelas, Dworkin afirma que no hay alternativa intermedia equilibrada entre la protección de los derechos y su remisión a la voluntad popular, sin tener en cuenta la posibilidad de fórmulas como la canadiense o incluso un poco más

rígidas, en las que la intervención judicial puede ser revisada por el parlamento de manera no mucha más gravosa a como puede ser rectificada una ley anterior.

5) La última consideración crítica sobre la tesis de Waldron que voy a analizar propone algunas dudas sobre la estricta condición de que el principio democrático exige la participación igualitaria en todas las decisiones colectivas. En Waldron y muchos críticos del constitucionalismo, esa condición implica la defensa del principio de mayoría estricta o absoluta –es decir, de la mitad más uno del cuerpo que decide– frente a cualquier mayoría reforzada, como las exigidas en muchas constituciones rígidas. La explicación de la conexión entre principio de mayoría con la igual capacidad de decisión política la dio inmejorablemente Hans Kelsen hace más de 70 años: sólo el principio de la mayoría absoluta garantiza esa libertad o capacidad de decisión al mayor número posible de personas, pues contentarse con una mayoría inferior otorga la capacidad de adoptar una decisión a menos personas que las que no expresan esa preferencia por el cambio y exigir una mayoría cualificada otorga la capacidad de vetar la adopción de cualquier decisión a menos personas que las que expresan la preferencia por el cambio (en el límite, claro, la regla de la unanimidad permite el voto de una persona frente a todas las demás).

Ahora bien, una condición como la mayoría estricta o absoluta resulta excesivamente exigente, hasta el punto de que en la práctica apartarse en alguna medida de ella es más bien la regla que la excepción. Si pensamos en decisiones de todos los ciudadanos, sólo se puede cumplir en referendos con una simple alternativa y cuya aprobación exija la mitad más uno de quienes tienen derecho a decidir (la sola mayoría de quienes votan efectivamente no cumpliría la condición). No es realizable, desde luego, en la democracia representativa, donde se elige a los representantes bien mediante sistemas mayoritarios que no suelen exigir más que la mayoría simple de los votos emitidos –como ocurre en las elecciones presidenciales de Estados Unidos y México o en las elecciones parlamentarias británicas–, bien mediante sistemas proporcionales que rara vez son puros: así, son muy comunes las correcciones a la proporcionalidad tanto en la adjudicación de puestos, por ejemplo estableciendo porcentajes mínimos o primando a las listas más votadas, cuanto en la distribución del número de representantes por circunscrip-

ción territorial. Cualquier medida de ese tipo implica alejamientos, a veces llamativos, de la estricta igualdad en el valor de cada voto. En fin, si consideramos la mecánica parlamentaria habitual, la regla general, si no estoy equivocado, es la mayoría simple, es decir, una vez más, la mayoría de los votos emitidos y no de los componentes de la cámara.

La conclusión que debe extraerse de las anteriores observaciones no es que la democracia representativa, puesto que incumple palmaria y generalizadamente –y a veces, llamativamente– el principio de la igualdad en la capacidad de decisión de los ciudadanos, carece de valor. Sus méritos están en que permite a los ciudadanos elegir y, sobre todo, exigir responsabilidades mediante la no reelección, a quienes deben adoptar las decisiones políticas. Ahora bien, por la misma razón que aceptamos que tal sistema no cumpla el estricto criterio de la mayoría absoluta en elecciones y decisiones ordinarias admitiendo mayorías inferiores, puede ser razonable exigir la mayoría absoluta desde luego, e incluso mayorías algo superiores, para adoptar decisiones especialmente importantes, como son la aprobación de una constitución y su reforma. El único límite debe ser que la adopción de la decisión no sea especialmente difícil, de modo que aunque las minorías puedan tener cierta capacidad de veto deban sumar para ello un número de votos no muy lejano de la mayoría absoluta. Sin pretender que se pueda justificar matemáticamente una regla precisa, exigencias de dos tercios y superiores diría que sobrepasan la dificultad exigible. Pueden ser razonables, en cambio, mayorías que exijan hasta los tres quintos.

7. El valor de los tribunales

De la discusión anterior se desprende una conclusión bastante cercana al “constitucionalismo débil” defendido por Juan Carlos Bayón, aunque en una formulación un poco más fuerte que la suya, que gira en torno a la solución canadiense o a la sueca, que cuentan con formas de control constitucional enervables mediante la mayoría ordinaria necesaria para aprobar las leyes. Y ello por razones similares: la atribución al sistema democrático representativo de un valor intrínseco y el valor instrumental de la justicia constitucional para la mejora de la calidad de la deliberación democrática.

A esas razones podría añadirse ahora el rendimiento de la justicia constitucional en materia de derechos básicos, que depende de variados y complejos factores históricos, sociales, culturales e incluso jurídicos, empezando por cuáles sean los derechos constitucionalmente reconocidos y con qué formulaciones y límites. Pero aun con la inseguridad propia de toda materia contingente, creo que el balance entre derechos básicos defendidos y frustrados por la justicia constitucional es considerablemente más favorable a los primeros que a los segundos, incluso en la más espinosa historia del constitucionalismo americano, donde antes de la primera parte del siglo XX se acumulan las decisiones retrógradas en materia racial y social, que han sido revisadas después en un proceso de creciente protección de la mayoría de los derechos.

En lo que se refiere a Europa continental, es generalmente reconocido que la contribución de los tribunales constitucionales a la defensa de los derechos básicos ha sido francamente positiva. En esa contribución merece un capítulo especial la encomiable labor que en los países que han llevado a cabo transiciones a la democracia –la mayoría, como dije– han realizado esos tribunales en la revisión de la anterior legislación dictatorial para adaptarla a los derechos constitucionales. Lo que podría considerarse un círculo virtuoso en el rendimiento de los tribunales constitucionales se ha visto reforzado, además, por la influencia que la propia jurisprudencia de algunos de esos tribunales, en un principio especialmente del alemán, pero también del Tribunal Supremo de Estados Unidos, ha ido teniendo sobre los demás. Y se trata de un proceso en el que las interrelaciones entre los tribunales constitucionales y sus jurisprudencias, que han terminado abarcando a los nuevos Estados democráticos tras las transiciones de los años 70 y de los 90, han llegado a ser tan estrechas que es usual considerar el fenómeno como la formación de un nuevo *ius commune* europeo.

Una última reflexión, ésta ya no histórica sino meramente hipotética, o si se quiere de historia ficción, puede ser también oportuna para esta valoración del papel de los jueces. Durante la Segunda Guerra Mundial, en un libro titulado *Peace through Law*, Hans Kelsen formuló una propuesta de trasladar a la esfera internacional el modelo de un sistema jurídico que garantizara suficientemente la seguridad de las personas. Como consideraba irrealizable por el momento un sistema internacional centralizado que contara con un poder legislativo único y

un poder ejecutivo colectivo, propuso como primer paso la aprobación por todos los Estados de un tratado de renuncia a la guerra y las represalias en el que se estableciera la obligación de someter todos los conflictos internacionales sin excepción a la jurisdicción de un tribunal (1944, esp. §§ 3 y 5). Ciertamente, la confianza que Kelsen depositó en la realizabilidad de esta jurisdicción obligatoria se vio entonces defraudada y, lamentablemente, esa decepción se está renovando hoy con el arduo proceso, quién sabe si ya incluso en vía muerta, de implantación de la Corte Penal Internacional. Los Estados vencedores en aquella guerra prefirieron crear un sistema que ponía todo el peso en un órgano ejecutivo, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, muy desigualmente constituido y que dejaba la garantía de la paz internacional al acuerdo de las cinco potencias vencedoras más importantes. Me inclino a pensar que buena parte de la resistencia a un sistema de jurisdicción internacional obligatoria se debe a la autoridad que impulsaría a obedecer sus resoluciones, seguramente poco fiables para los poderosos del mundo. También tiendo a creer que esa jurisdicción internacional habría sido mucho más fiable para la garantía de la paz que el modelo vigente.

Ahora bien, los indicadores históricos de que la justicia constitucional ha terminado cumpliendo razonablemente las expectativas de protección de los derechos básicos que se habían depositado en ella en las constituciones de muchos países democráticos no desmienten mis argumentos en favor de suavizar la rigidez constitucional para que la representación democrática pueda decir la última palabra con relativa facilidad, si así lo quiere. Aquellos indicadores, al igual que la consideración hipotética sobre las virtudes de una jurisdicción internacional obligatoria, únicamente apoyan la idea general de que los tribunales pueden ser una buena institución para la defensa de derechos y bienes de inmenso valor. Pues, sabiendo que esos derechos y bienes nunca serán sólo lo que dicen los textos constitucionales sino sobre todo lo que los tribunales digan sobre ellos, hay razones para contar también con lo que los tribunales nos quieran decir.

Bibliografía

- Ackerman, Bruce A., 1991, *We the People. I. Foundations*, Cambridge (Mass.) etc., The Belknap Press of Harvard University Press.
- Aja, Eliseo y González Beilfuss, 1998, “Conclusiones generales”, en Eliseo Aja (ed.), 1998, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- Aragón, Manuel, 1989, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos.
- _____, 1995, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina.
- Bayón, Juan Carlos, 1998, “Derechos, democracia y constitución”, *Discusiones* (Bahía Blanca, Argentina), núm. 1, pp. 65-94; también en Carbonell 2003, pp. 211-238.
- Bickel, Alexander M., 1962, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2^a ed., New Haven, Yale University Press, 1986.
- Blanco Valdés, Roberto L., 1994, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza.
- Bobbio, Norberto, 1986, *Liberalismo e democrazia*, 2^a ed., Milano, Franco Angeli.
- Cappelletti, Mauro, 1966, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carbonell, Miguel (ed.), 2003, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- Carrió, Genaro R., 1991, “Una defensa condicionada de la *judicial review* (Sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina)”, en Nino 1991, pp. 139-70.
- Comanducci, Paolo, 2002, “Forme di (neo)costituzionalismo, una ricognizione metateorica”, en Mazzarese 2002a, pp. 71-94; trad. cast. de Miguel Carbonell, “Formas de (neo)constitucionalismo, un análisis metateórico”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*.

- cho (Méjico), núm. 16, 2002, pp. 89-112; así como en Carbonell 2003, pp. 75-98.
- Cruz Villalón, Pedro, 1987, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Dworkin, Ronald 1987, "What is Equality? Part 4, Political Equality", *University of San Francisco Law Review*, núm. 22, otoño, pp. 1-30; ahora, por donde se cita, cap. 4 de *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge etc., Harvard University Press, 2000, pp. 184-210.
- _____, 1996, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Elster, Jon, 1984, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge etc., Cambridge University Press.
- Elster, Jon, y Slagstad, Rune (eds.), 1988, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge etc., Cambridge University Press.
- Ely, John Hart, 1980, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Favoreu, Louis, 1986, *Les cours constitutionnelles*, París, PUF.
- Ferrajoli, Luigi, 2001, *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Bacelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta.
- _____, 2002, "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (Méjico), núm. 16, 2002, pp. 7-20.
- _____, 2003, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", trad. cast. de Pilar Allegue, en Carbonell 2003, pp. 13-29.
- Ferrerres, Víctor, 1997, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- _____, 2000, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, pp. 29-47.
- Fioravanti, Maurizio, 1995, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, 2^a ed., Torino, Giappichelli; trad. cast. de Manuel Martínez Neira, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta-Universidad Carlos III de Madrid, 1996.

- _____, 1999, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino; trad. cast. de Manuel Martínez Neira, *Constituciónnúm. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.
- García Pelayo, Manuel, 1986, “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”, ahora en *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, tomo III, pp. 3.025-3.039.
- Gargarella, Roberto, 1996, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel.
- _____, 2000, “Los jueces frente al “coto vedado””, *Discusiones* (Bahía Blanca, Argentina), núm. 1, pp. 53-66 (en polémica con Moreso 1998a).
- Gozzi, Gustavo (ed.), 1997, *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino.
- Häberle, Peter, 1991, “Derecho constitucional común europeo”, *Revisita de Estudios Políticos*, trad. cast. de E. Mikunda, núm. 79, 1993; recogido, por donde se cita, en Pérez Luño 1996a, pp. 187-223.
- Habermas, Jürgen, 1994, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4^a ed. rev.; se cita por la trad. cast. de Manuel Jiménez Redondo, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.
- Holmes, Stephen, 1988, “Precommitment and the paradox of democracy”, en Elster y Slagstad 1988, pp. 195-240.
- Kelsen, Hans, 1928, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Bericht erstattet der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24 April 1928”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 5, pp. 30-88 y 117-123; trad. cast. de Juan Ruiz Manero sobre la versión francesa [“La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, XXXV, 1928], “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988, pp. 109-55.
- _____, 1929, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2^a ed. rev., J. C. B. Mohr, Tübingen; trad. cast. de R. Luengo y L. Legaz, *Esenzia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1934 (reimpres., con

- Nota preliminar* de Ignacio de Otto y un apéndice de Peter Römer, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1977).
- _____, 1931, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, *Die Justiz*, 6, pp. 576-628; trad. cast., de Roberto J. Brie, supervisión de Eugenio Bulygin, *Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- _____, 1944, *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press; trad. cast. de Luis Echávarri y Genaro R. Carrió, *La paz por medio del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1946; nueva ed., Madrid, Trotta, 2003 (el libro recoge una serie de artículos publicados en 1943).
- Landfried, Christine (ed.), 1988, *Constitutional Review and Legislation, An International Comparison*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- Laporta San Miguel, Francisco J., 2001, “El ámbito de la constitución”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, pp. 459-484.
- Lora, Pablo de, 1998, *La interpretación originalista de la constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____, 2000, “La posibilidad del constitucional thayeriano”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 2000, pp. 49-75.
- Mazzarese, Tecla (ed.), 2002, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli.
- Moreso, José Juan, 1998a, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones* (Bahía Blanca, Argentina), núm. 1, pp. 15-51.
- _____, 1998b, “Sobre el alcance del precompromiso”, *Discusiones* (Bahía Blanca, Argentina), núm. 1, pp. 95-107 (respuesta a Gargarella 1998 y a Bayón 1998).
- Nino, Carlos S. et al., 1991, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- _____, 1996, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale, Yale University Press; se cita por la trad. cast. de Roberto P. Saba, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Palombella, Gianluigi, 1997, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo; trad. cast. de José Calvo

- González, *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Granada, Comares, 2000.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique (ed.), 1996a, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons.
- _____, 1996b, “Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad. ¿Continuidad o cambio de paradigma?”, en Pérez Luño 1996a, pp. 12-52.
- _____, 1997, “Estado constitucional y derechos de la tercera generación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, pp. 545-570.
- Pintore, Anna, 2000, “Diritti insaziabili”, *Teoria politica*, XVI, núm. 2, pp. 3-20; trad. cast., “Derechos insaciables”, en Ferrajoli 2001, pp. 243-265.
- Portinaro, Pier Paolo, 1997, “Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi”, en Gozzi 1997, pp. 401-436.
- Pozzolo, Susana, 2001, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli.
- Prieto Sanchís, Luis, 2001, “Constitución y parlamento”, *Parlamento y Constitución*, Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha y la Universidad de Castilla-La Mancha, núm. 5, pp. 1-29.
- _____, 2002a, “Neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell (ed.), *Diccionario de Derecho constitucional*, Buenos Aires-México, Porrúa-UNAM, pp. 420-423.
- Rawls, John, 1993, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press.
- Rubio Llorente, Francisco, 1993, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz Miguel, Alfonso, 2000, “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, pp. 145-160.
- _____, 2002a, *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta.
- _____, 2002b, “La igualdad política”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 11, 2002, pp. 65-98.
- Sadurski, Wojciech (ed.), 2002, *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in A Comparative Perspective*, La Haya etc., Kluwer Law International.

- Schmitt, Carl, 1931, *Der Hüter der Verfassung*; se cita por la trad. cast., de M. Sánchez Sarto, *La defensa de la Constitución*. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución, Madrid, Tecnos, 1983.
- Spector, Horacio, 2003, “Judicial Review, Rights, and Democracy”, *Law and Philosophy*, 22, pp. 285-334.
- Sunstein, Cass R., 1999, *One Case at a Time, Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- _____, 2001, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford, Oxford University Press.
- Thayer, James B., 1893, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, 7, pp. 129-156.
- Tocqueville, Alexis, 1835, *De la démocratie en Amérique*, vol. 1; se cita por la ed. crítica en castellano de Eduardo Nolla, *La democracia en América*, Madrid, Aguilar, 2 vols., 1988.
- _____, 1840, *De la démocratie en Amérique*, vol. 2 (véase Tocqueville 1835).
- Troper, Michel, 1999, “Le juge constitutionnel et la volonté générale”, en Paolo Comanducci y Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, pp. 131-144.
- Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- Waldron, Jeremy, 1993, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13/1, pp. 18-51.
- _____, 1999a, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press.
- _____, 1999b, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Zagrebelsky, Gustavo, 1992, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Turín, Einaudi; hay trad. cast. de Marina Gascón, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, Madrid, Trotta, 1997.
- Zurn, Christopher, 2002, “Deliberative Democracy and Constitutional Review”, *Law and Philosophy*, 21, 4-5, pp. 467-542.