

# DERECHOS Y DEMOCRACIA EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO. ¿UNA TENSIÓN ARMONIZABLE?

**Jorge Sendra Moll**

Per citar o enllaçar aquest document:  
Para citar o enlazar este documento:  
Use this url to cite or link to this publication:  
<http://hdl.handle.net/10803/461799>

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



**TESI DOCTORAL**

**DERECHOS Y DEMOCRACIA EN EL CONSTITUCIONALISMO  
CONTEMPORÁNEO. ¿UNA TENSIÓN ARMONIZABLE?**

**Jorge Sendra Moll**

**2017**





**Tesis Doctoral.**

**Derechos y democracia en el constitucionalismo contemporáneo. ¿Una tensión armonizable?**

**Sr. Jorge Sendra Moll**

**Programa de doctorado: Derecho, economía y empresa.**

**Directores: Dr. Jordi Ferrer Beltrán, Dr. Juan Ruíz Manero y Dr. Paolo Comanducci.**

**Trabajo presentado para optar por el grado en:**

**“Doctor por la Universitat de Girona”**

**2017.**



## **Derechos y democracia en el constitucionalismo contemporáneo.**

### **¿Una tensión armonizable?**

#### **Agradecimientos**

**Resumen.....1.**

**Introducción.....3.**

**Capítulo I. Contextualizando el problema: la constitucionalización de nuestros Ordenamientos. Cambio de paradigma y algunas dificultades intrínsecas.....9.**

1. Un encuadre preliminar: la confluencia de dos tradiciones.....9.
  - 1.1 El constitucionalismo estadounidense originario.....13.
  - 1.2 El constitucionalismo revolucionario francés.....19.
  - 1.3 El constitucionalismo contemporáneo del *civil law*.....24.
2. La Constitución del Estado constitucional.....28.
  - 2.1 La Constitución necesaria.....29.
  - 2.2 La Constitución contingente.....29.
    - 2.2.1 La Constitución (contingente) formal.....30.
    - 2.2.2 La Constitución (contingente) del constitucionalismo político.....30.
  - 2.3. El Estado constitucional.....38.
3. La Constitución como molde de las relaciones sociales.....43.
  - 3.1 El constitucionalismo de los principios.....46.
  - 3.2 La ubicuidad de la Constitución y la justicia constitucional.....50.
4. En definitiva: la constitucionalización de nuestros Ordenamientos Jurídicos...58.
5. Algunos problemas: apertura, rigidez y jurisdicción constitucional.....65.

**Capítulo II. Apertura constitucional: el equilibrio entre el autogobierno y sus límites.....79.**

1. Introducción.....79.
2. Algunas pinceladas básicas acerca del término “democracia”.....81.
3. La dificultad contramayoritaria: afinando el problema.....91.
4. Constitución y derechos.....94.
  - 4.1. El ideal complejo de la democracia constitucional.....98.

4.2.La mano muerta del pasado.....	102.
5. La justificación de la constitucionalización de nuestros catálogos de derechos y libertades fundamentales.....	104.
6. La necesidad de una Constitución abierta.....	109.
6.1.Acuerdos incompletamente teorizados.....	111.
7. Conceptos jurídicos indeterminados.....	117.
8. Los derechos y libertades constitucionales reconocidos mediante principios..	124.
8.1.Diferencias lógico-estructurales entre principios y reglas .....	126.
8.2.Diferencias operativo-funcionales entre principios y reglas.....	133.
8.3.Tipos de principios y derechos fundamentales.....	138.
9. La Constitución orientada al futuro.....	140.
Apéndice: apertura constitucional y escepticismo (radical).....	146.

**Capítulo III. Rigidez constitucional: el contenido mínimo constitucional y su carácter democrático.....153.**

1. Introducción.....	153.
2. La rigidez constitucional: una propiedad gradual.....	158.
2.1. La activación de la objeción contra-mayoritaria frente a determinados tipos de rigidez constitucional: cláusulas de intangibilidad y exigencia de súper mayorías.....	162.
3. La exigencia de súper mayorías y la objeción contra-mayoritaria.....	166.
3.1. La idea del precompromiso.....	166.
3.2. Los límites del precompromiso constitucional.....	174.
4. El contenido mínimo, su intangibilidad y la objeción contra-mayoritaria.....	179.
4.1. Prohibiciones no expresas al poder de reforma constitucional.....	179.
4.2. Algunas posibles respuestas frente a las objeciones a la intangibilidad constitucional.....	195.
4.2.1. La protección de la democracia frente a la democracia.....	198.

**Capítulo IV. Un modelo de control fuerte frente a la objeción contra-mayoritaria.213**

1. Introducción.....	213.
2. La relevancia de la objeción contra-mayoritaria y su gradación.....	230.

2.1.Ronald Dworkin: la democracia asociativa y el control judicial de constitucionalidad.....	232.
2.1.1. Modelos de control dialógicos: presentación y algunos interrogantes.....	247.
2.2.Luigi Ferrajoli: la esfera de lo indecidible.....	260.
3. La objeción contra-mayoritaria frente a la indeterminación <i>a priori</i> de nuestras Constituciones: los conflictos constitucionales y el papel de los jueces.....	285.
3.1.Una posible teorización acerca de nuestros Ordenamientos jurídicos “constitucionalizados”.....	285.
3.1.1. Contradicciones entre disposiciones constitucionales.....	290.
3.1.2. Principios y no reglas.....	299.
3.2.La respuesta escéptica.....	303.
3.2.1. Las soluciones en concreto: la ponderación equitativa.....	303.
3.2.2. La jerarquía axiológica móvil.....	308.
3.3. La respuesta principialista. ....	313.
3.3.1. Un orden débil entre los principios.....	313.
3.3.1.1.Las relaciones de prioridad entre principios.....	317.
3.3.1.1.1. Contra el particularismo.....	322.
3.3.1.1.2. En conclusión: conflictos constitucionales, conflictos en abstracto.....	331.
3.3.2. La fundamentación de los enunciados de preferencia.....	336.
3.3.2.1.El principio de proporcionalidad.....	337.
3.3.2.1.1. El subprincipio de idoneidad o adecuación. ....	338.
3.3.2.1.2. El subprincipio de necesidad.....	341.
3.3.2.1.3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: la estructura de la ponderación.....	342.
3.3.3. Los límites racionales del principio de proporcionalidad.....	347.
4. La presunción de constitucionalidad de la ley ante conflictos constitucionales de muy difícil resolución.....	367.
4.1. Argumentos en favor de la presunción de constitucionalidad de la ley: el valor epistémico del proceso legislativo, la corregibilidad de los errores y la igual dignidad política.....	369.



4.2. El debilitamiento o la inversión de la presunción de constitucionalidad de la ley: la potencial justificación de la actuación de los jueces en conflictos constitucionales de muy difícil resolución. ....	372.
5. ¿Siempre un rol contra-mayoritario? El papel de los jueces frente a nuevos escenarios de conflicto constitucional. ....	380.
<b>Conclusiones.....</b>	<b>393.</b>
<b>Conclusioni.....</b>	<b>405.</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>417.</b>

## **Agradecimientos.**

Existen momentos en los cuales puede resultar difícil expresar ciertas cosas a través del uso de las palabras. Sin duda, para mí uno de esos momentos es este, en el cual me dispongo a agradecer a las principales personas que, de un modo u otro, son responsables del resultado del presente trabajo.

Entra dentro de lo políticamente correcto inculparse por los errores cometidos y (co)responsabilizar a los demás sólo por los éxitos cosechados. En este caso, sin embargo, no hago uso de esta corrección política, sino que, con total sinceridad, me auto-imputo cualquier posible defecto o error con el trabajo que aquí presento, pues no he podido estar rodeado de mejor ambiente académico y humano en la elaboración del mismo. Si las posibles falencias son en exclusividad mías, sin lugar a dudas, las posibles virtudes son en su mayor parte debidas a los investigadores y académicos con los que he tenido la suerte de compartir estos años.

Son muchas las personas a las que debo agradecer. Si se me permite, haré mención de ellas como mejor me vienen a la mente, en un orden cronológico. Antes, sin embargo, daré mi agradecimiento expreso a las instituciones y centros que han posibilitado mi trabajo.

Debo agradecer al Departamento de Derecho internacional privado y de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante por haberme designado como colaborador honorífico del mismo en los inicios de mi formación previa al doctorado. Del mismo modo, debo agradecer enormemente a la Universitat de Girona la concesión de una beca pre-doctoral con la que he podido financiar mi estancia en dicha Universidad. Mi gratitud y deuda con esta casa no sólo se limita a la financiación de la beca, sino por haberme facilitado los mejores medios y entorno en el que poder realizar mi investigación, ello implica que también deba agradecer expresamente a todos los trabajadores de la misma, a los secretarios del Departamento de Derecho privado, de la Cátedra de Cultura Jurídica, a los bibliotecarios, a los conserjes, al personal de limpieza, etc. Los que pasamos por esta casa no podemos olvidar que gracias a todas estas personas a nosotros sólo nos queda centrarnos en la propia investigación, y no tener que asumir ninguna otra preocupación

adicional. Del mismo modo, quiero agradecer al Ministerio de Educación del Gobierno de España por haberme concedido, para los dos últimos años de mi doctorado, una beca para la Formación del Personal Universitario. Gracias a la misma, he podido financiar la segunda etapa de mi estancia y vida en Girona durante la investigación doctoral.

A la primera persona con nombre y apellidos a la que debo agradecer que esto haya sido posible es a Ángeles Ródenas. Sin ella, simplemente, hoy no estaría presentando este trabajo. Tuve la suerte de ser su alumno en el último año de carrera, en la asignatura de filosofía del Derecho, en la Universidad de Alicante. Sencillamente, diré aquí, su pasión y dedicación a la hora de transmitir los conocimientos asociados a la materia hicieron nacer en mi la vocación de estudio por la misma. Fue gracias a ella, del mismo modo, por quién tuve ocasión de empezar a acudir a los seminarios celebrados en el área de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, por quién pude acudir de oyente al máster de Argumentación Jurídica impartido por la misma área y quién me encauzó para que pudiera orientar mi formación hacia la realización de un doctorado. De esa época también data mi agradecimiento hacia Daniel González Lagier, quién, también pacientemente, me orientó en esta primera etapa. Con ellos tuve la suerte de empezar a conocer cómo dos variables podían aparecer unidas, un innegable prestigio académico y un excelente fondo humano. Me siento afortunado de poder decir que esa ha sido la tónica general en las personas que me han rodeado en estos primeros años de vida académica.

No quiero olvidarme de los miembros que componen el grupo de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, gracias a la oportunidad que tuve de participar en sus seminarios y, tiempo más tarde, de formarme en su máster de Argumentación Jurídica, no sólo he podido asimilar y aprender conocimientos, sino confirmar mi vocación. Por ello, mis expresos agradecimientos también para Isabel Lifante, Macario Alemany, Ali Lozada, Josep Aguiló, Manuel Atienza y Juan Antonio Pérez.

Del mismo modo, no puedo más que expresar mi más sincero agradecimiento hacia todos los miembros del área de filosofía del Derecho de la Universitat de Girona y de la Càtedra de Cultura Jurídica, lugar en el que han transcurrido los años de realización de la tesis y del que no me llevo más que inmejorables experiencias, la mejor formación posible en el terreno académico y una mochila repleta de grandes amistades. Las discusiones durante los almuerzos, los seminarios, las jornadas de presentación de avances de tesis, y un largo etc., sin lugar a dudas, han constituido el mejor escenario en el cual poder realizar una investigación doctoral. Por todo ello, gracias a todas las

personas que tienen vinculación con esta casa y han contribuido a mí trabajo: Diego Papayannis, Adrian Sgarbi, Marcela Chahuan, Sebastián Figueroa, Pedro Haddad, Carmen Vázquez, Janaina Matida, Pablo Rapetti, Carolina Fernández, Matias Parmigiani, Andrej Kristan, Marcela Araya, Piero Mattei, David Sierra, Jorge Baquerizo, Esteban Pereira, Lucila Fernández, Franceso Ferraro, Matija Zgur, Víctor De Paula, Alexander Vargas y Marco Segatti. Tampoco quiero olvidar en mis agradecimientos a aquellos otros que, en más de un sentido, también forman parte de la misma y de los que he podido aprender y adquirir conocimientos valiosos, además de recibir el más sincero afecto: Victoria Inostroza, Natalia Castro, Sebastián Agüero, Lorena Ramírez, Alejandro Calzetta, Natalia Wilson, Melisa Castro y Manuel Vial.

Del mismo modo, expresar mis agradecimientos hacia los componentes del Dipartimento di cultura jurídica Giovanni Tarello de la Univesità degli Studi di Genova, por la estancia que realicé en el último año de mi investigación en el mismo. Si se me permite, quiero agradecer de un modo especial el gran cariño y atención recibido por sus “jóvenes”: Mauricio Maldonado, Julieta Rábanos, Natalia Svavuzzo, Elena Marchese, Luis Matricardi y Luca Malagoli.

Quiero, también, hacer mención especial en mis agradecimientos a Victoria Roca, profesora titular del área de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Quiero darle las gracias por su paciente lectura, y por los atentos y perspicaces comentarios que fue volcando sobre las versiones provisionales de los capítulos de este trabajo, todos ellos revisados por ella con especial dedicación. También por sus ánimos y por sus palabras para motivarme en su proceso de elaboración. Sin duda, una parte del posible éxito del mismo radica en sus manos.

No puedo olvidarme aquí de agradecer a Jordi Ferrer y a Juan Ruíz Manero. Ellos han sido quienes han dirigido este trabajo, quiénes me han dedicado su tiempo y quienes han sabido influirme ánimos en su desarrollo, confección y resultado final. No he podido estar mejor dirigido en este trabajo. Simplemente, gracias. Quiero también agradecer a Paolo Comanducci por su predisposición y por su inestimable amabilidad, y por la ayuda y asesoramiento que en todo momento se ofreció a darme en los inicios de mi etapa doctoral. Con ellos, aún más si cabe, se repite la tónica general en mis recientes años de formación: estar rodeado de grandes académicos, y de mejores personas.

Para ir finalizando, no puedo expresar mediante palabras mi agradecimiento y deuda con aquellas personas que siempre me han ofrecido, en todos los ámbitos de mi vida, su apoyo incondicional. Gracias a Carmen Moll y José Pascual Sendra, mis padres. Pese a la difícil situación por el que atravesaba la sociedad española en el momento que decidí iniciar mi formación académica, no dudaron ni un instante en mostrarme y ofrecerme su apoyo más absoluto para dar este paso, en un tiempo en el que aún no sabía con certeza si iba a lograr financiamiento para el mismo, y habiéndome visto rechazar alguna que otra opción laboral fuera de la academia. Gracias a su esfuerzo y sacrificio diario, gracias a que su despertador sonaba (y suena) cada día a las seis de la mañana y a sus maratónicas jornadas de trabajo, yo sólo he tenido que preocuparme duramente muchos años de una sola cosa: estudiar. Nunca les dejaré de estar agradecido por su enorme esfuerzo y generosidad. Obvia decir, ellos son de los principales responsables de este trabajo.

Quiero expresar también mi agradecimiento más profundo a Ilse Torres, mi esposa. Hacia ella tengo tantas cosas que agradecer, que sólo puedo decir: gracias por todo. Sin su comprensión y apoyo incondicional durante todos estos años, realizar este trabajo hubiese sido, lisa y llanamente, imposible. Ella y yo hemos compartido estos años de formación doctoral, hemos ido adquiriendo conocimientos juntos y hemos ido pasando las iniciáticas etapas del mundo académico. Sólo puedo decir que ha sabido transmitirme del mejor modo posible la constancia y el sacrificio en el trabajo, apoyarme y motivarme en los momentos más precisos y, a fin de cuentas, proyectar sobre mi tantas bondades y atenciones que un “gracias por todo” se queda demasiado corto. Por desgracia, las palabras en ocasiones no bastan.

Por último, gracias a esos seres peludos que me han brindado una impagable compañía en tantas noches de tesis, gracias Raffaello, Leonora, Leopoldo y Coco, de vosotros también he aprendido mucho estos años, con vosotros ha sido todo mucho más llevadero.

## RESUMEN

El presente trabajo de tesis doctoral analiza algunas de las tensiones internas a nuestras actuales democracias constitucionales. En particular, partiendo de la consideración de los caracteres que actualmente definen a nuestras actuales realidades constitucionales, trata de dar cuenta de los medios que tenemos para tratar de garantizar y satisfacer los fines y valores del constitucionalismo como proyecto político, esto es, de la forma escrita y rígida de nuestras actuales Constituciones y del control judicial de constitucionalidad, y la tensión *prima facie* que los mismos presentan respecto del ideal del auto-gobierno colectivo o democrático. Del mismo modo, trata de argumentar cómo podemos superar esta tensión, desde la expresa adhesión hacia los postulados que justifican el constitucionalismo rígido contemporáneo, es decir, hacia un modelo de constitucionalismo fuerte. También, busca lograr demostrar cómo, vistas adecuadamente las cosas, estos mismos postulados deben ser entendidos como un medio necesario para salvaguardar la propia viabilidad y dotar de sentido a cualquier forma de gobierno genuinamente democrática.

## RESUM

El present treball de tesi doctoral analitza algunes de les tensions internes a les nostres actuals democràcies constitucionals. En particular, partint de la consideració dels caràcters que actualment defineixen a les nostres actuals realitats constitucionals, tracta de donar compte dels mitjans que tenim per intentar garantir i satisfer els fins i valors del constitucionalisme com a projecte polític, és a dir, de la forma escrita i rígida de les nostres actuals Constitucions i del control judicial de constitucionalitat, i la tensió *prima facie* que els mateixos presenten respecte de l'ideal de l'autogovern col·lectiu o democràtic. De la mateixa manera, tracta d'argumentar com podem superar aquesta tensió, des de la expressa adhesió cap als postulats que justifiquen el constitucionalisme rígid contemporani, és a dir, cap a un model de constitucionalisme fort. També, busca aconseguir demostrar com, vistes adequadament les coses, aquests mateixos postulats han de ser entesos com un mitjà necessari per salvaguardar la pròpia viabilitat i dotar de sentit a qualsevol forma de govern genuïnament democràtica.

## ABSTRACT

The present dissertation analyzes some of the internal tensions in our current constitutional democracies. I start from the consideration of the characteristics that currently define our constitutional realities. I attempt to account about the means we have to guarantee and satisfy the purposes and values of constitutionalism as a political project. Namely, the written and rigid form of our Constitutions and the judicial review, and the tension that *prima facie* they have with the ideal of collective or democratic self-government. In the same way, I argue how we can overcome this tension through the express adherence to the postulates that justify the rigid contemporary constitutionalism, I mean, towards a model of strong constitutionalism. Besides, I try to show how from an

adequate perspective these same postulates should be understood as a necessary means to make sense of any authentically democratic form of government.

## INTRODUCCIÓN

¿Resulta en algún grado tolerable imponer límites externos a las decisiones adoptadas por las mayorías políticas democráticas? ¿Resulta ello, por el contrario, algo absolutamente necesario para salvaguardar a los derechos y libertades individuales y de las minorías? O, ¿resulta ello necesario, incluso, para salvaguardar a la propia democracia?

¿Resulta necesario proceder con la constitucionalización de un catálogo de derechos y de libertades fundamentales que se superponga a la competencia ordinaria del legislador democrático en aras a su salvaguarda y garantía? O, por el contrario, ¿podemos confiar en que los mismos se respetarán y garantizarán en ausencia de cualquier “coto vedado” o “esfera de lo indecible”?

¿Resulta admisible que se le impongan obstáculos o dificultades al legislador democrático cuando quiere modificar partes de una Constitución que considera no merecedoras de protección? O, por el contrario, ¿resulta necesario establecer impedimentos para que la ceguera de las mayorías políticas contingentes no acabe afectando lo que en los momentos lúcidos o serenos la comunidad considera merecedor de respeto y de protección?

¿Resulta legítimo que un grupo de magistrados puedan deshacer lo que los representantes democráticos de millones de ciudadanos han considerado oportuno? ¿es ello, en definitiva, en algún grado tolerable?

Éstas y muchas otras preguntas pueden plantearse en torno a la tensión existente entre el auto-gobierno democrático y los límites externos al mismo. El presente trabajo tendrá por objetivo tratar de dar cuenta de algunos de los interrogantes que en torno a esta discusión se suscitan.

Para tratar de contextualizar tales interrogantes, procederé, en primer lugar, a encuadrar y delimitar aquello que tantas voces han señalado como un genuino cambio de paradigma jurídico; el mismo que, según se entiende, ha acontecido en el nuestros actuales Ordenamientos a raíz del constitucionalismo desarrollado tras la Segunda Guerra



Mundial. Para dar cuenta de este fenómeno, en particular, centraré mi análisis en la realidad jurídico-constitucional contemporánea y propia de los Estados del *civil law*.

A su vez, en todo momento daré cuenta de la tensión entre el auto-gobierno y sus límites enfocándome en el terreno ocupado por el reconocimiento de los derechos y libertades considerados como fundamentales. Esto es, me enfocaré en aquellos límites constitucionales vehiculados al reconocimiento de los derechos y libertades constitucionales. No abordaré, sin embargo, no al menos directamente, otros límites frente a la democracia que pueden y suelen aparecer contemplados en nuestras Constituciones. Pondré un ejemplo de lo que no abordaré. Por haber realizado ésta investigación en la ciudad catalana de Girona, y por ser la cuestión catalana un tema sensiblemente candente en la realidad española en la que me inserto, pondré aquí como ejemplo paradigmático de límites externos a la voluntad de una mayoría política de los que no me ocuparé a aquellos asociados a la constitucionalización rígida de asuntos tales como el de la política u organización territorial del Estado. No son los asuntos de esta índole los que me preocupan de un modo más directo, no al menos en el trabajo que presento, ni, por ello, de los que me he ocupado en la presente investigación. Por decirlo en términos genuinamente simples, diré que me preocupan los límites constitucionales que se proyectan sobre nuestras democracias (constitucionales) no, no al menos principalmente, en lo relativo a las partes orgánicas de nuestras Cartas Magnas, sino en lo referido a sus partes dogmáticas o sustantivas, en concreto, en cuanto a aquellos asociados a la catalogación de un elenco de derechos y de libertades reputados como fundamentales y que operan como marco límite y moldeador de la propia actividad que vienen a desempeñar nuestros representantes democráticos. Por ello, el análisis que aquí presentaré sobre cuestiones tales como una correcta comprensión de cómo funciona o cómo entendemos nuestra realidad jurídica contemporánea, de qué es o cómo mejor comprendida puede ser la democracia, de cuál es y cuál debe ser el papel de nuestras instituciones en nuestros actuales Ordenamientos o Estados, etc., será siempre elaborado en clave *ius-fundamental*. Este será el escenario de mis argumentos, reflexiones y análisis.

En particular, debo decir cómo no busco en ningún momento ignorar el problema filosófico o político fundamental que subyace a nuestras actuales democracias constitucionales, ni ignorar el calado del mismo. Este problema, a mi entender, está directamente relacionado con la posible legitimidad de los límites y controles externos frente a las decisiones adoptadas por nuestros representantes democráticos, en concreto,

con los límites asociados a la garantía y respeto de nuestros derechos y libertades básicos. De un modo más preciso, mi estrategia consistirá, desde la explícita adhesión hacia un modelo de constitucionalismo fuerte o robusto, en tratar de mostrar como desde la propia defensa de los postulados asociables al constitucionalismo rígido contemporáneo podemos dar cuenta de las tensiones implícitas al mismo y, lo que es más importante, superarlas. Por ello, puede decirse, este trabajo debe ser observado como una suerte de contra-réplica frente a los argumentos que sostienen aquellos que defienden o propugnan por un modelo de constitucionalismo débil, pero elaborando la misma tomando en cuenta las mismas preocupaciones que llevan a muchos hacia la adhesión o propuesta normativa hacia este “nuevo” o “alternativo” modelo constitucional.

Resulta evidente que no pueden ignorarse los aportes de los autores pertenecientes al mundo anglosajón relativos a este debate, pues, precisamente, el mismo ha surgido, se ha desarrollado y ha madurado, tanto en fundamentos teóricos cuanto en propuestas institucionales (algunas de ellas ya materializadas) en ese mismo contexto. Por ello, no ignoraré las propuestas y tesis de los que he considerado como los principales referentes de esta tradición cultural. No obstante ello, debo recalcar como mi interés se cifra fundamentalmente en observar cuál es el estado de la cuestión de este debate en nuestro propio ámbito cultural, en el ámbito íbero-americano o latino, encuadrable el mismo, de manera esencial, en la propia tradición del *civil law*. Y es que, puede decirse, aunque el mismo ha sido importado desde fuera de nuestras fronteras, ha adquirido un desarrollo particular (que no radicalmente diferente) y manifestaciones propias (fundamentalmente en el ámbito latinoamericano) en el seno de las mismas.

Debo señalar, no obstante, que considero que ésta no es una tesis o un trabajo encasillable estricta o exclusivamente dentro de la teoría o dogmática constitucional, ni de la filosofía política. No quiero decir con ello que parte, que una parte no poco importante, del desarrollo del mismo no se mueva en tales ámbitos, sino simplemente destacar cómo también he intentado dar cuenta de algunas de las cuestiones propias de la teoría del Derecho que considero permanecen implícitas, como una suerte de trasfondo inarticulado de este debate, y que, a mi parecer, en no pocas ocasiones son obviadas o analizadas en desconexión con los reclamos – propios de propuestas normativas y/o políticas – que se sostienen en defensa o rechazo a la objeción contra-mayoritaria frente al constitucionalismo actual y frente a sus marcos institucionales predominantes.

Por ello, debo advertir cómo, sin descuadrar el problema - que aquí abordo - del ámbito propio de la teoría constitucional y política en el que se mueve, también he considerado oportuno dar cuenta de algunas cuestiones de teoría del Derecho que, a mi juicio, deben necesariamente ser abordadas al proceder con el examen de las cuestiones de las que aquí me he ocupado. Así, considero, cuestiones tales como el análisis de los modos en que nuestras Constituciones vienen a manifestar o materializar su apertura regulativa, el análisis de la corrección de afirmaciones tales como el que nuestras Constituciones se encuentran absolutamente indeterminadas o constituyen un repertorio de fórmulas vacías en lo relativo al reconocimiento o consagración de nuestros derechos fundamentales, la verificación o plausibilidad de renombrados *slogans* como el que asevera que “nuestra Constitución dice lo que los jueces dicen que la Constitución dice”, o de afirmaciones tales como la consistente en sostener que nuestros jueces constitucionales constituyen una institución eminentemente contra-mayoritaria, etc., en definitiva, el examen de multitud de puntos o aspectos sobre los que pivota la discusión – propia de la teoría constitucional y de la filosofía política – acerca de cuestiones como la rigidez constitucional, la legitimidad del control judicial de constitucionalidad, etc., requiere, necesariamente, del previo pronunciamiento sobre multitud de puntos cuyo análisis debe ser realizado desde el interior de las fronteras específicas de la teoría del Derecho. Por supuesto, alguien me podría preguntar qué es lo que estrictamente cae dentro o fuera de los límites del conocimiento propios de la disciplina de la teoría del Derecho. No niego que ésta sea una cuestión candente y, aún más, problemática. Ahora bien, pese a las dudas que respecto de esto último puedan existir, me parece obvio que resulta en cierto sentido pacífico – aun cuando en muchas ocasiones se olvida – que la teoría del Derecho debe de contar, de ser tomada en serio, a la hora de ofrecer solución a muchos de los interrogantes que se nos presentan de manera implícita a las tensiones inherentes a toda democracia constitucional, o a la hora de fundamentar muchos de los reclamos sobre los que se defiende o crítica al constitucionalismo rígido contemporáneo. Por ello, desde una perspectiva metodológica, diré que he confeccionado este trabajo tratando de dar cuenta de un problema propio de la teoría constitucional y política, también, desde el terreno de la teoría del Derecho. Quizá, en el fondo de todo ello radica el hecho de cómo no puede predicarse una estricta separación entre la teoría constitucional, política y jurídica. Seguramente, esto último sea cierto y, quizá también, sea lo que explique o fundamente mi propia aproximación teórica a los problemas que aquí he abordado.

De un modo deliberado he optado porque la introducción a este trabajo sea sensiblemente corta y concisa. El principal alegato que puedo ofrecer en favor de esta decisión no deja de residir en mi consideración del primer capítulo del trabajo como una suerte de análisis introductorio, y esfuerzo de contextualización, a las cuestiones principales de las que me ocupo en el cuerpo del mismo. Sin embargo, en mi opinión, en toda introducción resulta importante determinar o acotar, con cierto ánimo de precisión, cual es, precisamente, la tesis del trabajo, que es aquello que se busca sostener con el mismo. Por ello, sin más dilación, procedo a tal tarea. Expresado del modo más sintético del que soy capaz, diré que la tesis de ésta tesis radica en tratar de demostrar como los instrumentos inherentes o de los que hace gala el constitucionalismo rígido contemporáneo (la promulgación de una Constitución escrita, rígida y jurisdiccionalmente garantizada) suponen medios necesarios para conseguir garantizar y materializar los fines y valores propios del constitucionalismo como proyecto político; fines y valores que pueden ser identificados *grosso modo* con los del liberalismo democrático. Adicionalmente, sostendré que contamos con buenas razones para no observar a tales instrumentos o medios al modo de límites a la forma de gobierno democrática, sino al modo de precondiciones o prerequisites de cualquier forma de gobierno considerable – desde su tipificación ideal – como genuinamente democrática. Por ello, sostendré aquí, los diseños institucionales propios del constitucionalismo rígido contemporáneo, es decir, de un constitucionalismo fuerte o robusto, no sólo suponen elementos necesarios para materializar los fines y valores del liberalismo democrático, sino para asegurar la propia viabilidad, y dotar de sentido, a nuestras democracias. Todo ello, no está de más decir, es sostenido teniendo en mente nuestra concreta realidad cultural y política, aquella propia del ámbito latino. Así, del mismo modo que autores como Waldron formulan sus tesis y demandas teniendo en mente a cierto contexto cultural y político – el anglosajón o, más específicamente, el propio de países como Nueva Zelanda o Reino Unido -, yo formulo mis tesis y demandas pensando en el contexto en el que me inserto o del que me siento miembro, el iberoamericano. Sin más rodeos ni dilaciones, daré ya el pistoletazo de salida a ésta investigación.



## CAPÍTULO I

### **Contextualizando el problema: la constitucionalización de nuestros Ordenamientos. Cambio de paradigma y algunas dificultades intrínsecas.**

#### **1. Un encuadre preliminar: la confluencia de dos tradiciones.**

A nadie le resulta ajena la tesis de que nuestros Ordenamientos Jurídicos han mutado respecto de los existentes con anterioridad a raíz del constitucionalismo desarrollado tras la Segunda Guerra Mundial. Así, como sabemos, en el vértice de los Ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales de Derecho (entendiendo por esta locución la forma típica que han asumido los Estados de Derecho en la mayor parte de los Estados occidentales tras la Segunda Guerra Mundial<sup>1</sup>) se encuentra una Constitución escrita, rígida<sup>2</sup>, garantizada<sup>3</sup> y larga<sup>4</sup>. Del mismo modo, debe tenerse en consideración el hecho de que tales Ordenamientos jurídicos se encuentran “impregnados” por la Constitución (invasiva, expansiva, desbordante), y ello como producto de lo que Guastini ha entendido como el *proceso de constitucionalización* de los mismos. Así, en un Ordenamiento

---

<sup>1</sup> CELANO, 2004: 53.

<sup>2</sup> Debe destacarse la oposición entre Constituciones flexibles y rígidas. La distinción se debe a James Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions”, se trata de un trabajo de 1905 recogido en BRYCE, 1980: 3-94. En particular, y según recoge Guastini, las primeras pueden ser enmendadas o derogadas por una ley (ordinaria); las segundas sólo pueden ser enmendadas o derogadas mediante especiales leyes constitucionales, que deben ser aprobadas con un procedimiento más complejo que el relativo a la legislación ordinaria; (en caso de que puedan; en caso de que no puedan porque expresamente se prohíbe de manera absoluta su propia revisión, algunos entienden que nos encontramos, más que ante Constituciones rígidas, ante Constituciones absolutamente “petrificadas”). Sin embargo, en mi opinión, aún en tales casos tiene sentido hablar de Constituciones rígidas, en tanto la rigidez supone una disposición gradual, simplemente se tratará del mayor grado posible de la mencionada rigidez) Sólo las Constituciones rígidas se distinguen “formalmente” de las leyes, en el sentido de que gozan de un régimen jurídico peculiar, es decir, diverso al de las leyes ordinarias. GUASTINI, 2016: 167.

<sup>3</sup> Cabe entender por Constitución garantizada aquella que no sólo prevé un procedimiento especial para su revisión, sino que además prevé alguna forma de control jurisdiccional sobre la constitucionalidad de las leyes. Como señalara GUASTINI, 2016: 170, en ausencia de dicho control, la rigidez de una Constitución sería, por decirlo en tales términos, proclamada, pero no estaría garantizada.

<sup>4</sup> Cabe destacar la oposición entre Constituciones (escritas) breves y largas. Las primeras contienen esencial o exclusivamente normas relativas a la organización y distribución de los poderes públicos; las segundas incluyen, adicionalmente, una declaración de derechos de los ciudadanos, además de, eventualmente, disposiciones de principio y programáticas. GUASTINI, 2016: 166.

jurídico constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar el entero espacio de la vida social y política, condicionando la legislación<sup>5</sup>, la jurisprudencia<sup>6</sup>, el estilo doctrinal<sup>7</sup>, las acciones de los actores políticos<sup>8</sup> y las relaciones privadas<sup>9</sup>.

Estos factores explican que en la literatura propia de la teoría del Derecho contemporánea, especialmente en el ámbito europeo y latinoamericano, numerosos autores afirmen o defiendan que se ha producido un genuino cambio de paradigma jurídico a partir del constitucionalismo desarrollado tras la Segunda Guerra Mundial. En particular, dicho cambio (y aquí no invertiré espacio en discutir la compleja cuestión de qué constituye en realidad un paradigma y cuándo puede decirse que ha cambiado, pues, mi propósito es sólo reproducir los términos propios de la discusión contemporánea) resulta predicable fundamentalmente, que no exclusivamente, en relación a los países encuadrables en el *civil law*.

Sin embargo, a mi parecer, en no pocas ocasiones se alude a referido cambio sin expresar qué es aquello respecto de lo que se ha producido, en particular, el mismo. Por ello, quizá, y como primera tarea, puede resultar útil tratar de contextualizar históricamente a que se refiere este, es decir, ver qué es lo que existía antes de este nuevo constitucionalismo y, por ello, ver precisamente que es lo que este tiene de nuevo. A tal objetivo dedicaré las primeras páginas. En todo caso, como ya he sido advertido, esta no es una tesis de historia del Derecho, por ello, aludida contextualización será breve, muy esquemática, pues en realidad no supone más que la presentación del tema que aquí quiero exponer.

Hace ya un tiempo leí un pasaje de Matteucci que me pareció que era de una fuerte y bella contundencia. Así, para el maestro italiano resulta patente que el constitucionalismo:

---

<sup>5</sup> La legislación está condicionada por la Constitución en el sentido de que el legislador no puede elegir libremente los fines a perseguir, sino que sólo puede escoger los medios más oportunos y/o más eficaces para la realización de fines heterónomos pre-constituidos (aquellos establecidos por la Constitución). GUASTINI, 2016: 176.

<sup>6</sup> La jurisprudencia está condicionada por la Constitución, en tanto que los jueces tienen el poder y el deber de aplicar directamente la Constitución, y no sólo las leyes “ordinarias”, en (todas) las controversias de las que deban conocer. GUASTINI, 2016: 176.

<sup>7</sup> El estilo doctrinal está condicionado por la Constitución en tanto la doctrina tiende a buscar en la Constitución el fundamento axiológico de las leyes, viéndolas como un mero desarrollo de los principios constitucionales. GUSATINI, 2016: 177.

<sup>8</sup> La vida política está condicionada por la Constitución en el sentido de que los actores políticos y los órganos constitucionales se presentan expresamente como intérpretes de la Constitución y se preocupan de dar justificación constitucional a sus decisiones. GUASTINI, 2016: 177.

<sup>9</sup> Las relaciones privadas están condicionadas por la Constitución en el sentido de que la Constitución disciplina ya no sólo las relaciones “verticales” (Estado-ciudadano), sino también las “horizontales” (ciudadano-ciudadano), es decir, las relaciones propias entre agentes privados.

“muestra su máxima creatividad en el plano de las ideas y de las soluciones prácticas con la Revolución americana y con la francesa; después en los siglos XIX y XX tendremos solamente una imitación de los grandes modelos (inglés, francés, americano) o simples variaciones en temas que tienen ya su gramática bien consolidada<sup>10</sup>”.

No estoy del todo convencido que deba dársele la razón a cada una de esas palabras escritas por Matteucci. En todo caso, de lo que estoy seguro es de que para tratar de captar, de comprender o, al menos, de encuadrar el constitucionalismo contemporáneo, cabe echar la vista atrás y ver cual fue, al respecto, la realidad constitucional que el siglo XVIII alumbró en el contexto revolucionario estadounidense y francés (las peculiaridades inherentes al constitucionalismo inglés o británico merecen de un tratamiento especial que no tendré ocasión de abordar aquí<sup>11</sup>).

Más aun, y aunque solo sea como pequeño comentario inicial y accesorio, quiero dejar constancia - partiendo del estudio de Salazar Ugarte<sup>12</sup> - de que, en realidad, las raíces del constitucionalismo pueden buscarse mucho más allá de los fenómenos que del mismo se dan en el siglo XVIII en Estados Unidos y en la Francia revolucionaria. Si bien es cierto que tampoco creo que pueda afirmarse, como sí parece sugerir McIlwain en su bella obra *Constitutionalism: Ancient and Modern*, que pueda hablarse de una suerte de secuencia lineal en la que desde la Antigüedad Clásica se va hilando una tradición constitucional, que, aunque no exenta de saltos temporales, entronca hasta nuestros días y que nos permite afirmar de la existencia de un tipo de constitucionalismo antiguo que anticipa, en cierto sentido, al constitucionalismo contemporáneo. Aunque, no obstante, sí creo que pueda afirmarse que el constitucionalismo moderno puede ser entendido como

---

<sup>10</sup> MATTEUCCI, 1998: 24; citado por ORTEGA SANTIAGO, 2007.

<sup>11</sup> Sin embargo, no puedo resistirme a reproducir las siguientes palabras de KRAMER, 2005: 25, “la Convención de referirse a la Constitución de Inglaterra como una Constitución “no escrita”, es, en este sentido, anacrónica, y refleja una necesidad distintivamente moderna de exaltar nuestros propios textos escritos con prolijidad. La costumbre y la práctica eran, por supuesto, fuentes centrales de la autoridad de la ley fundamental en los siglos XVII y XVIII. Pero también lo eran una variedad de materiales escritos – incluyendo la Carta Magna; la Biblia; leyes como la Declaración de Derechos de 1689 y el *Act of Settlement* de 1701; tratados prominentes, en particular los de Vattel, Pufendorf y Grocio; y ciertas obras filosóficas entre las cuales probablemente las más importantes fueran las de John Locke. (Aunque) Estas fuentes textuales no conformaban en sí la ley fundamental, más de lo que la formaban los principios del derecho natural que los contendientes citaban con regularidad. La Constitución consistía en principios inmutables de la libertad inglesa que derivaban de la “costumbre inmemorial”, un canon limitado y muy real cuyas raíces se perdían en un pasado sajón distante. Las normas sancionadas con posterioridad, las prácticas desarrolladas más tarde, los tratados eruditos y los argumentos tomados del Derecho natural se utilizaban todos para ayudar a iluminar, traducir y darle sentido a esos principios ancestrales”.

<sup>12</sup> SALAZAR UGARTE, 2006.



relacionado con el antiquísimo ideal del “gobierno de las leyes” (en oposición al “gobierno de los hombres”) que aparece ya recogido en el pensamiento aristotélico y que resulta reflejado por primera vez en un documento histórico, de manera contundente y clara, en la Carta Magna inglesa de 1215, en la que se establece, en su artículo treinta y nueve, que “ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquiera otra forma, ni usaremos la fuerza en su contra ni enviaremos a otros a que lo hagan, sino en virtud de una sentencia judicial de sus pares y *con arreglo a la ley del reino*<sup>13</sup>”.

Independientemente de lo anterior - como nos sigue recordando Salazar Ugarte - cabe indicar que cualquier reconstrucción acerca de la visión actual que tenemos del constitucionalismo debiera remontarse al estudio de las ideas expresadas por Locke, autor que, como es sabido, proyecta una teoría contractualista a la que le podemos o debemos asociar la tesis del gobierno limitado. En efecto, Locke parte de la idea de que los gobiernos se encuentran limitados desde su origen por los derechos naturales de los individuos que de manera libre y consensuada decidieron dar origen a la sociedad civil; sociedad o Estado “civil” que, precisamente, tiene por objeto primordial proporcionar las garantías jurídicas e institucionales en defensa de tales derechos naturales individuales, hasta el punto de que los gobernados sólo tienen la obligación de obedecer a sus gobernantes si éstos respetan sus derechos naturales<sup>14</sup>. Este pensamiento liberal, asociado a la doctrina lockiana<sup>15</sup> de los derechos naturales del hombre, es el que – uno de los que - se posiciona detrás de los fenómenos constitucionales del siglo XVIII<sup>16</sup>. En tales fenómenos se buscaba la limitación del poder político con el objetivo de garantizar tales derechos. En este sentido, el tenor literal del artículo dos de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano resulta emblemático: “la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del

---

<sup>13</sup> Referencia extraída de SALAZAR UGARTE, 2006. Ideal que aparece también expresamente consagrado en el artículo 7 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado, sino en los casos previstos por la ley”. En línea parecida, concluye Elster, que “sin duda un bando del constitucionalismo se puede resumir como “reglas contra la discrecionalidad””; ELSTER; SLAGSTAD, 1999: 38.

<sup>14</sup> LOCKE, 2002: 11; citado por SALAZAR UGARTE, 2006.

<sup>15</sup> Aunque pueden existir doctrinas acerca de los derechos naturales que conduzcan a modelos de sociedad civil distintos, como así ocurre por ejemplo con Hobbes o Rousseau.

<sup>16</sup> Aunque, podría decirse que el mismo viene igualmente a materializarse en la práctica un siglo antes con la *Glorious Revolution* – la “Revolución inglesa” de 1688 -; en esta dirección ver KRAMER, 2005: 24 y ss.

hombre”. Por ello, con algo de simpleza, puede afirmarse como las manifestaciones constitucionales decimonónicas son el producto de procesos revolucionarios fuertemente inspirados – entre otras - por las ideas contractualistas lockianas<sup>17</sup>; y, quizá, dicha inspiración continúa hoy presente.

Por lo recién señalado, a mi parecer, cualquier estudio sobre el constitucionalismo contemporáneo debiera partir del análisis de los fenómenos constitucionales originarios estadounidense y francés, pero sin desatender el hecho de que existe, desde el punto de vista de la historia de las ideas, un núcleo básico que subyace a tales arquitecturas constitucionales que puede remontarse a siglos atrás (aunque no sea definitorio de las mismas, no al menos en su totalidad) y que habrá de encontrarse en el seno de la formación del pensamiento liberal, la doctrina de los derechos naturales y las tesis contractualistas. Sin embargo, para no adentrarme en análisis que irían mucho más allá de la exposición del presente punto, simplemente me contentaré con advertir sobre tal extremo al lector, sin pretender en modo alguno ser guía en tales (quizá) “tareas necesarias” en aras a la comprensión básica y adecuada de nuestros actuales modelos constitucionales y sus fuentes de inspiración.

Expuesta tales advertencias iniciales, vayamos con el punto a tratar. Y es que, a lo que aquí interesa, creo que Prieto Sanchís<sup>18</sup>, Julios-Campuzano<sup>19</sup> o Ruíz Miguel<sup>20</sup>, por citar a algunos de entre otros muchos autores, tienen buena parte de razón cuando afirman que el constitucionalismo contemporáneo o vigente (siempre englobable, aunque en ocasiones se olvide esta referencia, dentro del contexto del *civil law*) puede concebirse como una peculiar convergencia entre la tradición constitucional estadounidense “originaria” y aquella que nace en tiempos de la Revolución francesa.

### **1.1 El constitucionalismo estadounidense originario.**

En el constitucionalismo americano se va a afirmar una visión constitucional peculiar respecto de la francesa, a pesar de la forma escrita que se impone para los textos constitucionales en ambos procesos revolucionarios. En concreto, la Declaración de independencia de los Estados Unidos (1776), la Constitución Federal (1787), las diez

---

<sup>17</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 84.

<sup>18</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003: 123 y ss. Ver también FIORIVANTI, 1996: 55 y ss. y 2001: 71 y ss.

<sup>19</sup> JULIOS-CAMPUZANO: 2011.

<sup>20</sup> RUÍZ MIGUEL, 2004.

primeras enmiendas constitucionales o *Bill of Rights* (1791) y resoluciones judiciales como el caso *Marbury vs Madison* (1803) articulan (a grandes rasgos) el régimen constitucional estadounidense.

La singularidad americana sobre la que interesa insistir es, fundamentalmente, que se perfila a la Constitución como una suerte de pacto de mínimos que viene establecer las *reglas del juego* que permiten asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y agentes políticos, con la finalidad de que sean ellos, en un marco relativamente (en sus orígenes, muy relativamente) democrático e igualitario, quienes desarrollen con libertad su plan de vida personal y puedan adoptar, en lo fundamental, las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico<sup>21</sup>. Esta es, en efecto, y en líneas generales, la tradición estadounidense originaria. En particular, cabe reseñar que dicha tradición se viene a traducir o viene a presentar como contribución básica la idea de la *supremacía constitucional*, que, en buena medida, aparece respaldada por una pronta *garantía jurisdiccional*. Y es que, y me tomo la licencia aquí de parafrasear a Prieto Sanchís: “dado su carácter de regla de juego, y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más “neutro” de los poderes, a aquel que debe y mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial<sup>22</sup>”. En este sentido, resultan muy ejemplificativas las palabras de Hamilton cuando señalaba que:

“Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes (...). La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa (...). Las limitaciones

---

<sup>21</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003: 124.

<sup>22</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003: 125. Así, como nos recuerda FIORIVANTI, 2001: 146: “si los mismos jueces americanos pensaban que podían y debían no aplicar las leyes que se estaban en contraste con la Constitución, era porque en aquel sistema había que tutelar – en primer lugar – la supremacía de la ley fundamental, es decir, de la voluntad del pueblo soberano, de un sujeto originario superior al mismo legislador”.

de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos (...) serán letra muerta. (...)”<sup>23</sup>.

Así, cabe señalar que esta tradición constitucional gesta una peculiar visión del poder constituyente. Dicho poder se traduce o justifica una limitación de los poderes constituidos, en especial, a aquel poder constituido que se ve como una mayor amenaza (tal y como por ejemplo lo ve el propio Hamilton): el poder legislativo, al que se le presupone un afán inexorablemente invasivo y expansionista<sup>24</sup>. Dicha limitación se materializa a través de la consagración jurídica de una forma de proceder y de las barreras que ningún poder constituido (especialmente el legislativo) puede traspasar en ningún caso. Esto, en buena medida, puede quedar resumido en la idea de “frenos y contrapesos”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Alexander Hamilton, el *Federalista*, n° 78. KRAMER, 2005: 106, no obstante señala que “el argumento de Hamilton seguía entonces punto por punto (y en muchos sentidos repetía como un loro) el argumento de Iredell”.

<sup>24</sup> Para comprender el contexto histórico que justifica este temor hacia el legislativo resulta parada obligatoria acudir a la magnífica exposición y reconstrucción llevada a cabo por GARGARELLA, 1996.

<sup>25</sup> De acuerdo a los lineamientos esbozados por Madison en el *Federalista* 51; referencia extraída de KRAMER, 2005: 107. Véase también GARGARELLA, 1996: 36 y ss. Y es que como señala Gargarella: “Así, entonces, se explican el veto presidencial; la capacidad de cada Cámara para vetar las decisiones de la otra y para sobrepasar (con un esfuerzo mayor) el veto del ejecutivo, o (...) el control judicial de las leyes (consagrado definitivamente en forma posterior a la sanción de la Constitución)”. El propio GARGARELLA, 2013, señala un extracto de Madison – *El Federalista* 51 – en el que ofrece una de las principales razones que apoyaban la organización de un sistema de frenos y contrapesos, dando también algunas de las claves acerca de su funcionamiento y objetivos; en particular, Madison sostuvo que: “la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Quizá pueda reprocharse la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. ¿Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches de la naturaleza huma? Si los hombres fueran ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno”. Analizar el extracto citado requeriría de más espacio del que deseo ocupar. Por ello, me limitaré a reseñar dos puntos del enfoque de Madison – véase GARGARELLA, 2013 -: i) el objetivo central del sistema institucional de los frenos y contrapesos radicaba en poder hacer resistir las intrusiones de una rama del gobierno sobre las demás. Para ello, consideró que se debía optar por una suerte de “paz armada”, consistente en otorgar a cada uno de los poderes del gobierno medios constitucionales capaces de prevenir los posibles ataques de los demás; ii) se da preferencia, en el diseño institucional que brinda tales medios constitucionales, por el establecimiento de controles internos o endógenos, o sea, de una rama del poder frente a otra, en lugar de un posible control externo efectuado por parte de la ciudadanía. En definitiva, puede decirse, el sistema de frenos y contrapesos se encuentra en abierta disonancia con la que, como enseguida abordaré, fue la clave en el diseño institucional de constitucionalismo francés: la separación estricta entre poderes. El punto principal de antagonismo entre ambas estrategias de diseño institucional reside en que el *check and balances* se confecciona para evitar que el legislador invada la rama de acción de los otros poderes y/o, movido por

Dada la mencionada supremacía constitucional y el esquema institucional de los frenos y contrapesos, puede decirse, la tradición constitucional norteamericana acaba otorgando un papel central al poder judicial. Sin embargo, en sus orígenes, el mismo estaba estrictamente limitado a actuar o a vigilar el respeto hacia las reglas básicas, constitutivas, de la organización política de la comunidad<sup>26</sup> (nótese, por cierto, que la evolución posterior de la Corte suprema estadounidense hizo romper este “modelo de judicialismo”). Así, se acepta que el control judicial de constitucionalidad acaba imponiéndose con la famosa Sentencia *Marbury vs Madison*<sup>27</sup>. Pues bien, como señalan Mendonca y Guibourg<sup>28</sup>, cabe reseñar como el juez Marshall ofreció, en referida sentencia, dos fuertes argumentos como sustento de la revisión judicial<sup>29</sup>:

- i) El argumento de la *inaplicabilidad*. Dicho argumento sería el siguiente: 1) la norma constitucional N1 y la norma legal N2 regulan el caso C, 2) la norma constitucional N1 está en conflicto con la norma legal N2 en el caso C, 3) en caso de conflicto entre una norma constitucional y una norma legal, debe prevalecer, para su aplicación al caso, la norma constitucional, 4)

---

intereses sectoriales predominantes, acabe erradicando o afectando los derechos de la minoría (o, más generalmente, a los propios límites constitucionales), mientras que la separación estricta se diseña con la pretensión de proteger al legislativo como manifestación de una voluntad popular, considerada ésta, infalible.

<sup>26</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003: 125. Al respecto, como apunta KRAMER, 2005: 191, cabe decir que: “lo típico era que los jueces no intervinieran salvo que la inconstitucionalidad de la ley estuviera más allá de toda duda, lo cual, en la práctica, dejó las cuestiones de política y conveniencia a la política. Ellos también rehuyeron de los conflictos sociales divisivos (...) al invalidar leyes sólo en situaciones en las que la intervención judicial era menos controvertida. Los tribunales eran generalmente respetuosos de los resultados políticos (...)”.

<sup>27</sup> Teniendo en cuenta que se encontraba ya por entonces extendida la idea de la supremacía de la Constitución sobre los actos de cualquier poder federal o estatal, incluyendo al legislador, pues, como señala GARGARELLA, 1996: 44 – 45, existen una serie de antecedentes al famoso fallo del juez Marshall en *Marbury vs Madison* que dan constancia del asentamiento de esta idea. Así, y teniendo en cuenta la discusión política e intelectual existente sobre la materia, deben destacarse previos conflictos judiciales en los que se suscitó la cuestión de la constitucionalidad de las leyes, tales como el caso *Hajburn*, el caso *Vanhorne’s Lessee vs Dorrande*, el caso *Hylton vs Estados Unidos* o el *Ware Administrator vs Hylton*, en todos ellos se enfatiza la primacía de la Constitución. Por su parte, KRAMER, 2005: 34, considera que la lectura que los colonos americanos realizan del *Dr. Bronham’s Case* es el precedente en favor de un “Derecho superior” exigible judicialmente, y el argumento de Coke – relativo a citado caso – como la fuente inmediata y predecesora directa del control judicial de constitucionalidad.

<sup>28</sup> NINO, 1997: 261- 262, por su parte, procede con la siguiente síntesis acerca de la estructura lógica del razonamiento de Marshall: Premisa 1: La obligación del poder judicial es aplicar la ley. Premisa 2: Cuando existen dos leyes contradictorias, la aplicación de una de ellas excluye la aplicación de la otra. Premisa 3: La Constitución es la ley suprema y define cuándo otras normas son ley. Premisa 4: La supremacía de la Constitución implica que cuando ésta está en conflicto con una norma sancionada por la legislatura, la última carece de validez. Premisa 5: Si la premisa 4 no fuera verdadera, la legislatura podría modificar la Constitución a través de una ley ordinaria y, de este modo, la Constitución no sería operativa para limitar a esta legislatura. Premisa 6: La legislatura está limitada por la Constitución. Premisa 7: Si una norma no es una ley válida, ésta carece de fuerza obligatoria. Conclusión: Si una norma sancionada por la legislatura es contraria a la Constitución, esa norma no debe ser aplicada por el poder judicial.

<sup>29</sup> MENDONCA; GUIBOURG, 2004: 150-151.

por tanto, para su aplicación al caso C debe prevalecer la norma constitucional N1 sobre la norma legal N2.

Podemos observar este argumento a través de un extracto de la propia sentencia:

“Si dos leyes entran en conflicto entre sí, el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar Justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley, la que debe regir el caso al cual ambas se refieren<sup>30</sup>”.

- ii) El argumento de la *inalterabilidad*. El segundo argumento sería el siguiente: 1) si la Constitución C es la ley suprema del sistema S, entonces, si la ley L contradice y altera la Constitución C, la ley L no es una ley del sistema S, 2) la Constitución C es la ley suprema del sistema S, 3) por lo tanto, si la ley L contradice y altera la Constitución C, la ley L no es una ley del sistema S.

De nuevo, podemos ver reflejado este argumento a través de un extracto de la propia sentencia:

“Hay sólo dos alternativas demasiado claras para poder ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley, si en

---

<sup>30</sup> Sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, 1803.

cambo es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza<sup>31</sup>”.

Pese a lo sintético que pretendo que sea el presente epígrafe, en todo caso debe resaltarse que resultaría ser una presentación simplificada y/o equivocada aquella que diera a entender que la Constitución norteamericana, aquel documento en el que se establecen las reglas del juego, aparece compuesta únicamente por reglas constitutivas, si se quiere, formales o procedimentales, puesto que como por todos resulta conocido, en un momento relativamente temprano, se introducen una serie de enmiendas al texto que se materializan en la consagración de un auténtico *Bill of Rights* (en el que se consagran derechos tales como la libertad religiosa, de expresión o de reunión, la inviolabilidad de domicilio, la tutela judicial efectiva, el principio *non bis in ídem*, etc.<sup>32</sup>). Pero creo que, pese a ello, entender las normas constitucionales estadounidenses como una serie de reglas del juego no pierde su sentido, pues bien puede comprenderse que la definición de tales reglas del juego requiere también de normas sustantivas relativas a la protección de determinados derechos fundamentales<sup>33</sup>.

En conclusión, diré aquí, en el seno de esta concepción se forja la visión de la Constitución como *lex superior*, es decir, la idea de la supremacía constitucional que, desde un momento relativamente temprano, queda reforzada o garantizada con su control jurisdiccional. Sin embargo, como igualmente acaba de señalarse, el constitucionalismo norteamericano confecciona un judicialismo estrictamente limitado a vigilar el respeto hacia tales reglas del juego, y que, al menos en teoría y sin detenerme en dar cuenta de

---

<sup>31</sup> Sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, 1803. Creo, igualmente, que debe señalarse un apunte respecto de la Sentencia *Marbury vs. Madison* (aunque generalmente el mismo no suele presentarse), y es que deben recalcarse dos apreciaciones adicionales contenidas en la propia Sentencia que, aunque no sean principales en la misma, adquieren relevancia hasta nuestros días. La primera está relacionada con la problemática de los actos políticos y la posibilidad de que ciertas actuaciones del poder (fundamentalmente legislativo) se encuentren libres o exentas de un hipotético control jurisdiccional para, con ello, evitar la tiranía de la magistratura en aras a preservar uno de los aspectos centrales del constitucionalismo estadounidense: el equilibrio de los poderes. La segunda, directamente relacionada con la anterior, viene dada por la recomendación o pertinencia de que los órganos jurisdiccionales ejerzan un elevado grado de autocontrol en relación a aquellas controversias que puedan llegar a sus manos e involucren a la Constitución, para, por decirlo en términos algo coloquiales, que no acaben abrazando una suerte de “activismo” judicial.

<sup>32</sup> Y en la que, por cierto, cabe tener presente especialmente la enmienda IX cuyo tenor literal afirma que: “no por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”; lo cual, de manera obvia, presenta no pocas potencialidades de “inteterminación” y/o “apertura” del propio *bill of rights*.

<sup>33</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003: 126. Y es que, como advirtiera Robert Jackson, la finalidad del *Bill of Rights* consistía, precisamente, en sustraer a los mismos de la controversia política (esto es, a su posible disposición por parte de los “jugadores”). *West Virginia Board of Education vs. Barnette*, 319, U.S., pp. 624-638.

las sucesivas evoluciones que experimentó la Corte Suprema estadounidense, debía mantenerse al margen del debate político; por lo que el papel de los jueces al respecto debía limitarse a este objetivo<sup>34</sup>. Por decirlo en términos muy sencillos y como he expresado al principio: la Constitución, su normatividad y su propia garantía jurisdiccional se limitaban a mantener a salvo del resto de poderes políticos, especialmente del legislativo, las reglas o principios estrictamente fundamentales dentro de los cuales se debía desarrollar el libre juego político y el libre plan de vida de cada uno de los ciudadanos.

## 1.2 El constitucionalismo revolucionario francés

Por su parte, el proceso revolucionario francés supuso un gran laboratorio donde estuvieron presentes muchos de los planteamientos políticos que van a determinar la historia constitucional europea y latinoamericana hasta nuestros días. Sin embargo, el hecho de que sea en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo dieciséis, donde aparece explicitado el contenido ineludible y definidor del concepto de Constitución “vigente”, “toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de poderes, no tiene Constitución”, no tuvo continuidad en el mundo de la realidad política.

En primer lugar, cabe destacar que la tradición con la que entronca el constitucionalismo francés o europeo continental “tradicional” viene a concebir a la Constitución como la articulación de un proyecto político *grosso modo* configurado o “como el programa directivo de una empresa de transformación social y política<sup>35</sup>”. En efecto, parafraseando a Julios-Campuzano, cabe señalar como en la tradición revolucionaria francesa, la Constitución se convierte en la referencia central de un proyecto colectivo de acción política cuya aspiración es la de regir efectivamente la actuación del conjunto de los poderes estatales en orden a la plasmación social de los fines contenidos en la misma<sup>36</sup>. Por ello, a diferencia del constitucionalismo norteamericano, esta segunda tradición constitucional no (o no sólo) circunscribe la Carta Magna al papel de crear espacios de libertad en aras a la protección de la autonomía individual o del libre juego político, sino que pretende incidir directamente en el

---

<sup>34</sup> Siendo así que como señala KRAMER, 2005: 19 el control judicial de constitucionalidad de “esa época” se parecía poco al de hoy.

<sup>35</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003: 203.

<sup>36</sup> JULIOS-CAMPUZANO, 2011.



desarrollo político de la comunidad, condicionar las decisiones colectivas por medio de la estipulación de toda una serie de directivas en materia económica, laboral, educativa, etc.<sup>37</sup>, es decir, en esta tradición la Constitución es observada como el recipiente de todas aquellas aspiraciones políticas que anhelan transformar las sociedad para la que rige. Sin embargo, la tradición constitucional continental europea, que nace tras la Revolución francesa y cuyos caracteres son reproducidos en países como España o Italia, se caracteriza por la ausencia de instrumentos o instancias pertinentes para convertir en efectiva la supremacía de la Constitución sobre los actos legislativos. La soberanía parlamentaria u omnipotencia del legislador acaban, por ende, siendo el elemento más característico de esta tradición. Y es que, este constitucionalismo queda sintetizado en que “la tutela de los derechos garantizados por la Constitución se sustituye por la certeza del derecho garantizado por el Código y por la ley<sup>38</sup>”. El hecho de que, por ejemplo, las Constituciones galas de 1791, 1793 y 1795 fueran todas ellas de carácter rígido no significó, sin embargo, la garantía de su eficacia normativa.

En efecto, para el constitucionalismo francés la soberanía de la ley se convirtió en absoluta, apoyándose en la doctrina de la soberanía nacional representada en la Asamblea legislativa<sup>39</sup>. En palabras de Zagrebelsky: “en la soberanía legislativa estaba ínsita la fuerza normativa absoluta, pero también el deber de asumir por entero el peso de todas las exigencias de regulación (...) en la consideración de la ley como elemento de sostén o fuerza motriz exclusiva de la gran máquina del Estado<sup>40</sup>”. El hijo claro del constitucionalismo francés resulta ser, así, el principio legalidad. Ello hace que disienta profundamente sobre el “clásico” constitucionalismo inglés – y/o americano - que se asienta sobre un clima histórico-cultural concreto: la batalla que el Parlamento había vencido contra el absolutismo regio, con el equilibrio institucional que surge tras este episodio y manifestado en la inviolabilidad regia de los derechos, libertades y privilegios de sus súbditos (de algunos de ellos, habría que concretar) y que, en buena medida, resulta

---

<sup>37</sup> Ver, por ejemplo, el artículo 21 o 22 de la Constitución francesa de 1793 que consagran el “socorro” público o la exigencia de una “instrucción” o educación universal. O el artículo 131 de la Constitución española de 1812 donde se establece entre las facultades del Parlamento la de promover y fomentar la industria, al igual que en el artículo 335 (en relación a las Diputaciones) donde se contiene esa estipulación, extensible a la agricultura y el comercio; artículo 335 en el que también se establece la obligación de cuidar que los establecimientos piadosos y de beneficencia cumplan con sus funciones o la obligación de velar sobre la economía, orden y progresos de las misiones en las provincias de ultramar para la conversión de los indios infieles. Igualmente puede observarse como en dicha Constitución existe un Título específico (IX) sobre la instrucción pública.

<sup>38</sup> FIORIVANTI, 1996: 107.

<sup>39</sup> ZAGREBELSKY, 1992: 24.

<sup>40</sup> ZAGREBELSKY, 1992: 25.

inspirador para el propio constitucionalismo revolucionario americano<sup>41</sup>. En Francia, por el contrario (y en sus orígenes), la victoria sobre el absolutismo regio no implica el fin del absolutismo, sino su sustitución; en lugar del absolutismo regio, el absolutismo de la voluntad nacional, es decir, de la Asamblea legislativa, frente a la cual no hay nada que oponer<sup>42</sup>. De nuevo, esta idea básica queda perfectamente recogida en las palabras de Zagrebelsky:

“En el espíritu de la Revolución francesa, la proclamación de los derechos servía para fundamentar una nueva concepción del poder estatal, determinando sus condiciones de legitimidad sobre la base de una orientación liberal. La *Déclaration* no era propiamente derecho positivo, sino un “reconocimiento” de las “verdades” de una filosofía política, presentada como el espíritu común de toda una época, que pedía ser llevada del campo de la teoría a la práctica (...) Sólo en un momento posterior, una vez consumada la obra, la misma declaración podría asumir un significado subjetivista, la protección de un *status quo* jurídico que existiría en la medida en que fuese asegurado por la ley. (...). Se comprende por ello que en Francia, y en los países que se remiten a los desarrollos constitucionales franceses, se haya atribuido históricamente a los jueces la posición de “servicio” pasivo a la ley<sup>43</sup>”.

Vemos, por lo tanto, que el resultado real del constitucionalismo que se afirma en Europa tras la Revolución francesa tiene como verdadera consagración la superioridad e intangibilidad de la ley, apareciendo situada por encima de cualquier control respecto de su contenido o constitucionalidad. Y es que para dicho constitucionalismo resultaba, simple y llanamente, inimaginable el que pudiese llegar a existir una autoridad situada

---

<sup>41</sup> KRAMER, 2005: 32, nos recuerda como “la doctrina de la supremacía legislativa comenzó a ganar impulso sólo en la segunda década del siglo XVIII, después de que el Parlamento extendiera su mandato de tres a siete años en la Septennial Act de 1716. La supremacía parlamentaria no se estableció de forma total ni siquiera en Inglaterra antes del siglo XIX, y nunca alcanzó la aceptación en las colonias estadounidenses. Sin embargo, el concepto de Constitución existía y en los siglos XVII y XVIII era tomado en serio y debatido a ambos lados del Atlántico. Las luchas sin cuartel entre la Corona y el Parlamento eran batallas *constitucionales*; es más, eran luchas por lo que la Constitución requería u ordenaba, no sobre que institución podía “crearla”. En otras palabras, todos los involucrados tomaban como hecho dado la existencia de un Derecho constitucional o fundamental vigente vinculante para todo el gobierno, y no se creía en absoluto que su creación o interpretación fuese prerrogativa exclusiva legislativa”.

<sup>42</sup> ZAGREBELSKY, 1992: 25. “El hecho de que el rey fuese ahora sustituido o apoyado por asambleas parlamentarias cambiaba las cosas es muchos aspectos, pero no en la consideración de la ley como elemento de sostén o fuerza motriz exclusiva de la gran máquina del Estado. El buen funcionamiento de la segunda coincidía con la fuera incondicionada de la primera”.

<sup>43</sup> ZAGREBELSKY, 1992: 52 – 53.

fuera del Parlamento que pudiera llegar a controlar y juzgar la propia validez de las leyes<sup>44</sup>.

Así, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 supone el gran “texto emblemático” de la Revolución francesa, sin embargo, no acaba sino siendo una “simple” declaración de principios, una mera proclamación de intenciones y no un genuino texto normativo con eficacia jurídica. En Francia han de pasar dos siglos para ello, hasta que en el año 1971 el Consejo Constitucional francés establece la Declaración como texto básico del sistema constitucional galo y su eficacia para observar la validez de la legislación ordinaria<sup>45</sup>.

En síntesis, el constitucionalismo europeo continental de inspiración francesa aparece indisolublemente unido a la idea de soberanía nacional, entendida de tal modo que el concepto de nación se concibe como el conjunto de la ciudadanía unida bajo una ley común (idea que, en un principio, no aparece solapada con las posteriores reelaboraciones del idealismo germánico y del romanticismo) y el de soberanía como poder sin límites, poder supremo. Así, según tal concepción o tradición constitucional europea, la soberanía nacional no queda agotada en el ejercicio de un poder constituyente del que deriva la instauración y limitación de los poderes constituidos, sino que perdura representada en la Asamblea legislativa a la que se asocia o corresponde la voluntad general manifestada por medio de las leyes emitidas en ella y que, por ello, ocupan una posición central y sin límites en el sistema jurídico-político<sup>46</sup>. Y es que, en efecto, el poder

---

<sup>44</sup> En propiedad, más bien cabría decir que eran minoritarias las voces que reclamaban un control externo al parlamentario en garantía de la Constitución. Sin embargo, a modo de excepción, tal y como recoge PRIETO SANCHÍS, 2001, pueden destacarse las opiniones de CONDORCET – ver MAGRIN, 2001: 99, citado por PRIETO SANCHÍS, 2001 -, cuando señala que es preciso que los derechos del hombre queden recogidos “con claridad, en modo detallado, publicar esta declaración con solemnidad, estableciendo que el poder legislativo no podrá, cualquiera que fuera su forma, ordenar nada que viole estos artículos”. Sin embargo, el proyecto de Constitución girondina – autoría del propio Condorcet – no llegó a establecer una fórmula de control judicial, aunque si un procedimiento de censura popular y de referéndum “que ponía en relieve la preocupación real por la defensa de la Constitución y por las posibles extralimitaciones del legislador” – PRIETO SANCHÍS, 2001 y por -. Esta preocupación se muestra más acentuada en SIÈYES, 1990: 276 – citado por PRIETO SANCHÍS, 2001 -, pues para este último “una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código (...). Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas obedecer”. Sin embargo, lo cierto es que en el proyecto de una *jurie constitutionnaire* es lo más parecido a un Tribunal Constitucional que nos ofrece la revolución francesa. Sobre esto último véase también: STARCK, 2011: 59 - 60.

<sup>45</sup> TROPER, 2004: 155-156; FIORIVANTI, 2001: 160.

<sup>46</sup> *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (26 de agosto de 1789), art. 2 y 6. El poder constituyente no se agota, por tanto, con la aprobación del texto de la Constitución, sino que se perpetua en su ejercicio por parte de los representantes del pueblo (su titular indiscutible). Por ello, será el legislativo quién acabe ostentando la rousseauiana voluntad general (voluntad ilimitada). De ahí las dificultades

legislativo tendió a confundirse con una suerte de poder constituyente permanente que, como tal, no podía verse impedido por límite alguno. De este esquema deriva un rol absolutamente parasitario del poder judicial (que no constituye un genuino poder) y que se expresa en la famosa máxima de Montesquieu según la cual el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley<sup>47</sup>, por lo que jamás puede fallar en contra de la legislación (que hoy denominaríamos ordinaria, en oposición a la constitucional). Así, se configura la función del juez como mero aplicador “mecánico” de la ley al caso, pues la función del juez consiste en obtener la conclusión de un silogismo, en el que la ley es la premisa mayor y los hechos la premisa menor<sup>48</sup>, concebida como una operación estrictamente técnica. Puede observarse la institución del *référé législatif*<sup>49</sup> - o el Tribunal de Casación<sup>50</sup> - para entender hasta qué punto el poder judicial era relegado a un rol absolutamente subalterno al poder legislativo. Por lo tanto, no se establece ningún instrumento capaz de controlar la eventual contradicción entre Constitución y ley, ni cualquier eventual vulneración de la ley hacia los derechos y libertades fundamentales, pues estos son patrimonio exclusivo del legislador<sup>51</sup>; lo único que cabe al respecto es la confianza en la

---

insalvables con las que se topa la Constitución para asegurar su eficacia normativa frente a los poderes constituidos, especialmente, frente al legislador. A título de ejemplo: SIÉYES, 1993.

<sup>47</sup> En la clásica obra “El espíritu de las leyes”.

<sup>48</sup> TROPER, 2004: 128 y 151.

<sup>49</sup> Dicha institución se establece mediante la Ley 16-24 de agosto del año 1790 sobre la Organización del Poder Judicial y fue abandonada en el año 1837. En un principio dicha institución tenía el carácter facultativo – no es este el momento en detenerse en un análisis de su posterior evolución y temprano abandono -, y se pensó para aquellas situaciones en las que los jueces se encontraran ante el deber de decidir un determinado caso sobre el que existiera “oscuridad” en la legislación. En tales situaciones, en base a esta institución, los jueces o tribunales ordinarios podían remitir los autos a la Asamblea legislativa para que dieran solución o clarificaran la ley (artículo 12, título II). Sin entrar más a fondo, simplemente me interesa destacar que, tal y como señala TUZET, 2007: 64, una institución de este tipo conlleva tener que asumir de manera necesaria, al menos, estos dos problemas: i) si es utilizada con frecuencia supone una sobrecarga considerable de trabajo para el legislador, con el consecuente ahogamiento de su propia actividad legislativa; ii) puede convertirse en un instrumento a utilizar por el juez como vía de escape para llegar a sustraerse de su propia función jurisdiccional. Véase también FERRERES, 2011: 41 y 45.

<sup>50</sup> Sobre el mismo, tal y como señala FERRERES, 2011: 41, dada la desconfianza o sospecha que los revolucionarios franceses albergaban acerca de los jueces y acerca de la tentación de los mismos de decidir casos contra el tenor literal de la ley, crearon dicho Tribunal; cuya función principal fue la de anular las sentencias judiciales que se desviaran de la ley, siendo así concebido originariamente como un apéndice del Parlamento.

<sup>51</sup> Este panorama general se proyecta sobre varias décadas, hasta el punto de que, tal y como reseña FIORIVANTI, 2001: 144, autores como Malberg – ver MALBERG, 1922 Y 1928 – se apoyaron durante los primeros decenios del siglo XX en la doctrina alemana del Estado de Derecho para proponer alguna suerte de límite a la tendencia del Derecho público francés de proponer de manera continua el dominio, prácticamente ilimitado, del legislador representante del pueblo soberano. En particular, el teórico francés no observaba posibilidad alguna por aquel entonces de implantar en Francia el control judicial de constitucionalidad, por lo que cifraba la única esperanza de limitar del alguna manera eficaz los poderes del Parlamento por vía de observar y adoptar el modelo alemán, en base al cual el poder legislativo era considerado un simple órgano del Estado, regulado por la Constitución estatal y, fundamentalmente, desvinculado de la tradición política democrática que surge tras la Revolución, en base a la cual se traslada y concentra en la Asamblea legislativa todo el poder y fuerza del mismo pueblo soberano.

capacidad de autocontrol del mismo<sup>52</sup>. Y este, cabe concluir, es el panorama que se consagra en el conjunto (o buena parte) de países de la Europa continental, valga como ejemplo las contundentes palabras pronunciadas por Saredo en el contexto de la Italia del siglo XIX:

“el poder legislativo tiene la plena y entera facultad de hacer todas las leyes que crea oportunas y ningún límite le puede surgir del Estatuto (albertino) (...) el Gobierno constitucional en toda su plenitud y verdad, es un Gobierno que puede y debe actuar libremente sin estar maniatado por un Estatuto intangible y fundamental, un Gobierno al que le basta la legislación ordinaria para abarcar todo, hacer todo (...) un Gobierno, en suma, cuyas leyes regularmente elaboradas, aprobadas y publicadas son obligatorias para todos, por propia virtud, independientemente de toda conformidad con cualquier artículo del Estatuto<sup>53</sup>”.

### 1.3 El constitucionalismo contemporáneo del *civil law*.

La brevedad de la presentación de las tradiciones constitucionales norteamericana y francesa o europea-continental me ha llevado, sin duda, a una simplificación de las mismas. En particular, de manera notoria, sería un error afirmar que el constitucionalismo de la tradición europea no contenga históricamente ninguna fórmula de garantía frente a los poderes constituidos o esté compuesto únicamente por Constituciones prolijas en su afán reformador o revolucionario. Advertido esto, según la síntesis desarrollada, el constitucionalismo norteamericano ha pretendido determinar, fundamentalmente, *quién, cómo y hasta dónde* pueden mandar los poderes estatales, protegiendo este objetivo con las fórmulas de la propia supremacía y garantía jurisdiccional de la Constitución, el *Bill of Rights* y el *checks and balances*, mientras que el constitucionalismo francés, al margen de lo anterior, sobre todo ha pretendido determinar *qué* debía mandarse, eso sí, sin contar como contrapartida con la garantía jurisdiccional de tales pretensiones<sup>54</sup>, dada la ausencia de un genuino carácter jurídico de la Carta Magna, quedando sus exigencias poco más que reducidas a meras declaraciones políticas.

Pues bien, una vez esbozadas ambas tradiciones, es momento de señalar que es lo que de ellas impregna el constitucionalismo actual en la mayor parte de los países

---

<sup>52</sup> GÓMEZ ORFANEL, 2001: 399.

<sup>53</sup> SAREDO, 1866: 140 y ss.; citado por GÓMEZ ORFANEL, 2001: 400.

<sup>54</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003: 126.

Europeos y latinoamericanos, que bien puede afirmarse que constituye un híbrido entre ambas. Así, del constitucionalismo norteamericano supone la herencia de la visión de las normas constitucionales como genuinas normas jurídicas garantizadas (jurisdiccionalmente). Del constitucionalismo francés, por su parte, recibe por herencia un contenido constitucional repleto de exigencias propias de un programa normativo que supera con creces el objetivo de la organización del poder estatal y la regulación de sus límites.

Suele afirmarse que la primera manifestación de este “nuevo constitucionalismo” lo supone la Constitución alemana o de la República de Weimar de 1919<sup>55</sup> (aunque, en propiedad, debiera señalarse como el primer ejemplo del mismo a la Constitución mexicana de 1917<sup>56</sup>). Dicha Constitución, en efecto, contiene los elementos estructurales que caracterizan nuestras Constituciones actuales<sup>57</sup>:

- a) Contempla toda una serie de normas de organización: normas que instituyen los órganos, determinan los modos de su formación, sus recíprocas relaciones, etc.
- b) Contempla toda una serie de normas de competencia: las normas que confieren funciones (poderes, competencias) a los órganos en cuestión, distribuyendo así entre ellos las cuotas del poder político<sup>58</sup>.
- c) Contempla un catálogo de derechos subjetivos.

---

<sup>55</sup> Tal y como señala FIORIVANTI, 2001: 149 - 152: “la Constitución alemana de Weimar de 1919 representa en cierto sentido el comienzo de las Constituciones democráticas del siglo XX”. Así, según este mismo autor, esta Constitución contiene todos los elementos propios y específicos que caracterizan a las actuales Constituciones, y que cifra en los siguientes: “el primero de estos elementos, del que en cierta medida todos los otros derivan, parte de la renovada presencia de un explícito poder constituyente que se coloca al inicio de la Constitución y que, en el caso de 1919, es ejercido por el pueblo alemán. La Constitución existe porque el sujeto titular de aquel poder, que es el mismo pueblo soberano, ha querido, tomando determinadas decisiones e imprimiendo, por consecuencia, a esa misma Constitución, determinados caracteres. Esas decisiones, a su vez, aparecen transcritas en la Constitución, en el plano normativo, a través de grandes principios, que en general se refieren a los derechos de los ciudadanos en el plano civil, político y también social. El conjunto de esas normas, en fin, se concibe a partir de 1919 – y en el concreto desarrollo de la experiencia de las Constituciones democráticas del siglo XX -, como un verdadero y auténtico núcleo fundamental de la Constitución, derivado directamente del poder constituyente, de manera que representa el aspecto más esencial y en definitiva irrenunciable de cada Constitución”. Del mismo modo, “los otros elementos que caracterizan a la Constitución y que en general derivan de la tradición del constitucionalismo liberal (son): la separación y el equilibrio entre poderes, la tutela jurisdiccional de los derechos, el método parlamentario para la asunción de las decisiones políticas”.

<sup>56</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 147. Del mismo modo, como por ejemplo señala CERVANTES ANDRADE, 2017: 61 – 62, puede afirmarse que la Constitución mexicana de 1917 fue la primera manifestación histórica, concreta y – añadido – “contemporánea” del “paradigma” de lo que se ha venido a entender por el “constitucionalismo social”, aún cuando las semillas de citado paradigma empezaron a sembrarse décadas atrás.

<sup>57</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

<sup>58</sup> GUASTINI, 2016: 150-151.

- d) Tal catálogo no sólo viene constituido por los derechos civiles, de libertad y/o de participación política, sino también por los derechos sociales<sup>59</sup>.
- e) Tales derechos son considerados como inviolables por el texto constitucional (dando entrada al control judicial de la legislación ordinaria<sup>60</sup>).
- f) Se contiene todo un conjunto de normas programáticas u objetivos colectivos a perseguir, objetivos que van mucho más allá del interés en limitar la actuación de los poderes estatales, dado que su finalidad es orientar el ejercicio de los mismos (especialmente del legislativo). En el caso específico de la Constitución de Weimar, por ejemplo: favorecer el desarrollo económico y social con la aspiración de garantizar a todos una existencia digna, proteger y promover el arte y la ciencia, etc.
- g) Introduce requisitos agravados, en relación a la legislación ordinaria, como preceptivos para cualquier intento de reforma constitucional; es decir, introduce (algún grado de) la rigidez constitucional.

Por lo tanto, el cambio que deriva del constitucionalismo vigente en el contexto del *civil law* viene dado por Constituciones que se constituyen como genuinos textos jurídicos (no sólo rígidas, sino jurisdiccionalmente garantizadas) y no como un simple repertorio de directrices o recomendaciones de naturaleza exclusivamente política o

---

<sup>59</sup> Como resulta por todos conocido, los derechos sociales suponen de manera primaria la expresión jurídica de las demandas articuladas y promovidas por la doctrina socialista, y deben ser entendidos como derechos que, pese a ser individuales, son reconocidos y protegidos en defensa principal del interés social. Pero, el hecho de que sean el producto principal de las demandas de las doctrinas socialistas, que nacen en un momento posterior al de las primeras manifestaciones constitucionales producto del período revolucionario francés, no nos debe hacer olvidar el que Constituciones como la francesa de 1793 (que, por cierto, nunca entró en vigor) ya contenían algunas exigencias que hoy englobaríamos bajo el título de reconocimiento de genuinos derechos sociales: el derecho al trabajo, al socorro público, a la instrucción, etc.

Resulta destacable, por otra parte, señalar como uno de los “instrumentos institucionales” vehiculado al reconocimiento de los derechos sociales resulta ser el propio principio de igualdad, que, en nuestras actuales Constituciones, “tiende a afriarmse más allá de la mera prohibición de la discriminación, situándose en el plano del acceso a los bienes fundamentales de la convivencia civil, tal como la instrucción o el trabajo, poniendo así de manifiesto la (...) gran cuestión de la garantía y de la realización de los derechos sociales”; FIORIVANTI, 2001: 150.

<sup>60</sup> Sin embargo, la Constitución de Weimar, pese a reconocer tal catálogo de derechos y entenderlos como inviolables, no instituyó todavía ningún verdadero y auténtico control de constitucionalidad. En particular, se pensó que correspondía al legislador actuar los contenidos constitucionales, particular o especialmente los derechos sociales, aunque se desconfió a su vez desde un primer momento de una posible centralidad política e institucional del Parlamento – de un posible absolutismo parlamentario – y se consideró necesario adoptar algún “contrapeso”, que se obtuvo en la propia figura del Presidente – dotado de poderes de gran relevancia -, elegido directamente por el pueblo; pero, pese a ello y propiamente, no se estableció mecanismo alguno de control constitucional. FIORIVANTI, 2001: 150 - 151.

retórica<sup>61</sup>, estando sus objetivos situados más allá de la mera organización y limitación a la actuación de los poderes, encaminando también la orientación de los mismos (básicamente mediante el reconocimiento de toda una serie de “cláusulas materiales” y de derechos sociales)<sup>62</sup>. Ello supone que los rasgos que definen el constitucionalismo contemporáneo en el *civil law* suponen un genuino cambio respecto de sus realidades anteriores, cambio que viene dado por la simbiosis entre dos modelos constitucionales y que dan como resultado un nuevo y genuino modelo. En resumen, nos encontramos ante una realidad que, pese a ser deudora de sus predecesoras, resulta novedosa en la conjunción de sus caracteres.

Sin embargo, considero que esta apretada síntesis histórica no nos permite todavía comprender (no al menos del todo) porqué se ha producido ese fenómeno de la constitucionalización de nuestros Ordenamientos Jurídicos o el tan renombrado cambio de paradigma. Así, considero que para poder alcanzar una comprensión cabal sobre tal aspecto puede resultar adecuado trazar la siguiente línea: en primer lugar, tratar de comprender cuál es el concepto de Constitución que se sostiene desde el constitucionalismo como proyecto político o ideología, para, una vez aclarado esto, en segundo lugar, tratar de esbozar con cierta nitidez cuales son los caracteres que en la actualidad nos permiten emplear con propiedad la expresión “Estado constitucional”. Una vez definido lo anterior, y siempre a mi parecer, en segunda instancia ha lugar de introducir o acotar propiamente cuál es la concepción dominante acerca de cómo operan (o deben operar) nuestras Constituciones. Quizá, tras poner sobre la mesa estas cuestiones, estemos mejor pertrechados para entender el porqué del fenómeno aludido y, también quizá, puedan entenderse mejor algunos de los problemas (políticos y propiamente jurídicos) correlacionados con todo ello.

---

<sup>61</sup> Ver FIORIVANTI, 2001: 160 – 161. Del mismo modo, como, a título de ejemplo, señala el propio FERRAJOLI, 2014: 9: “tras la Segunda Guerra Mundial, se afirmó (el constitucionalismo vigente) a partir de una profunda innovación en la estructura de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental que fue la introducción de constituciones rígidas supraordenadas a la legislación ordinaria, con el sustento del control judicial de constitucionalidad”.

<sup>62</sup> Esta confluencia resulta sintetizada por JULIOS-CAMPUZANO, 2011, cuando señala que en el constitucionalismo contemporáneo del *civil law*: “Confluyen (...) los elementos distintivos de las tradiciones constitucionales francesa y norteamericana: la dimensión directiva o normativa del texto constitucional como norma que pretende moldear una nueva realidad social más justa mediante la introducción en una Constitución de cláusulas materiales o de contenido a través de normas de principio y normas programáticas (...) (y) por otra parte (...) asume también una sólida dimensión garantista que se condensa en la elaboración de documentos constitucionales rígidos, en la subordinación del legislador a la Constitución y en la limitación de la voluntad mayoritaria, y que atribuye a los jueces el poder de dictaminar la invalidez de cualquier norma que no se adapte a las exigencias materiales regidas por la Constitución”.



## 2. La Constitución del Estado constitucional.

En palabras de Paine: “una Constitución no es cosa que exista sólo de nombre, sino de hecho. No tiene una existencia ideal, sino real; y dondequiera que no pueda presentarse en forma visible, no existe<sup>63</sup>”. Al respecto - como bien señalan Mendoca y Guibourg<sup>64</sup> - cabe decir que esta visión de Paine ha llegado a generalizarse hasta nuestros días, pues, dada la cantidad de Constituciones escritas, puede llegar a asociarse de manera casi mecánica el término Constitución a una suerte de documento escrito (en forma codificada), situado en el vértice del sistema jurídico, dictado por un órgano específico (el poder constituyente) y dotado de un régimen jurídico especial. Sin embargo, con este sencillo parámetro, *per se*, a mi parecer, no podemos dar cuenta de cuál es la concepción preponderante - en la jurisprudencia, doctrina y teoría del Derecho contemporánea - de lo que sea una Constitución, ni comprender todas las implicaciones que de ella derivan.

Por lo anterior, procederé apuntando, de la mano de Aguiló<sup>65</sup>, una doble (o triple) distinción, aunque no excluyente, entre diversos conceptos<sup>66</sup> de Constitución, para poder

---

<sup>63</sup> Cita extraída a partir de MENDONCA; GUIBOURG, 2004: 81.

<sup>64</sup> MENDOCA, GUIBOURG, 2004: 81.

<sup>65</sup> AGUILÓ, 2001. También podría haber hecho uso de la distinción que GUASTINI, 2016: 143 y ss. introduce entre diversas acepciones o conceptos de Constitución. En particular, el teórico italiano entiende que pueden destacarse cuatro grandes usos del término (con sus respectivas variantes y matices): i) en ocasiones se habla de Constitución para referirse a un conjunto de hechos (políticos): aquel conjunto de hechos que también son conocidos como “régimen político”. Según este uso, todo régimen político es una Constitución. ii) En otras ocasiones (o más frecuentemente) se habla de Constitución para hacer referencia no a un conjunto de hechos sino a un conjunto de normas. *Grosso modo*, el conjunto de normas que “dan forma” al Estado, esto es, determinan su organización – política y territorial – y disciplinan sus relaciones con los ciudadanos. Según este uso, todo Estado está provisto de una Constitución– ver también, a título de ejemplo, WALDRON, 2016: 26, el cual señala como, en este sentido, incluso todas las dictaduras tienen una Constitución-. iii) En otras ocasiones (según Guastini en la mayoría de ellas) se habla de Constitución para referirse ya no a un conjunto de normas sino a un determinado documento normativo que formula y codifica las normas que “dan forma” al Estado (al menos las principales de ellas). Según este uso, todo “código de materia constitucional” es una Constitución. iv) Por último, ocasionalmente se habla de Constitución para referirse a un tipo específico de ordenamiento político, un ordenamiento de tipo liberal en el que el poder político está limitado de diferentes maneras por específicas normas *ad hoc*. Según este uso, la Constitución es entendida como el conjunto de normas que limitan el poder político y, de este modo, protegen la libertad de los ciudadanos.

<sup>66</sup> He optado deliberadamente, por ahora, por escapar del problema de la distinción teórica entre “concepto” y “concepción”. De este modo, me dispongo a exponer los diversos “conceptos” Constitución, calificándolos como tales, si bien creo que también podrían entenderse como diversas concepciones de un mismo concepto. Esto último, no obstante, resulta discutible (y debo confesar que sobre este punto son más las dudas que me abordan que las seguridades). Lo cierto es que, a buen seguro, existen algunas Constituciones que constituyen paradigmas de aplicación del concepto para las diversas concepciones acerca de lo que es una Constitución, pienso, por ejemplo, en Constituciones como la española, la alemana o la portuguesa (por citar algunos ejemplos al azar). Ahora bien, también resulta problemático afirmar si lo que existe entre aquellos que afirman que la Constitución de Corea del Norte es o no una genuina Constitución, son desacuerdos genuinos o verdaderos desacuerdos conceptuales (que impiden afirmar la existencia de un concepto compartido). Ante estas dudas que siento, me tomo la licencia de no abordar por

vislumbrar con mayor nitidez las fronteras específicas de la noción “vigente”. Así, Aguiló parte de la distinción entre la Constitución necesaria y la Constitución contingente (formal y del constitucionalismo político). Veámoslo.

### **3.1. La Constitución necesaria.**

La idea de Constitución necesaria remite a la presuposición de que todo sistema jurídico-político estable cuenta con una Constitución<sup>67</sup>. Esta necesidad es el producto de las exigencias metodológicas derivadas de una cierta manera de dar cuenta del Derecho y de los fenómenos políticos. Entre las distintas concepciones de Constitución necesaria, podemos centrarnos o poner como ejemplo la del positivismo normativista, según el cual, por Constitución debemos entender el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político, conjunto que sólo puede ser determinable *ex post* y que no puede cumplir con funciones normativas sino meramente explicativas. Debe entenderse aquí por normas fundamentales aquellas que remiten a los problemas básicos asociados a la hora de conceptualizar el Derecho: el de su i) identificación, ii) unidad y iii) continuidad, y su fundamentalidad proviene del hecho de que se trate de normas que no remitan recursivamente a otras normas.

### **3.2. La Constitución contingente.**

Con este(os) concepto(s) se entiende que no todo sistema jurídico-político estable cuenta con una Constitución, sino sólo algunos de ellos. En concreto, las dos principales fuentes de contingencia constitucional serán la forma constitucional y los ideales del constitucionalismo político, por ello, bajo este concepto cabe subdividir los dos siguientes.

---

el momento la distinción entre “concepto” y “concepciones”, no, al menos, respecto del tema que me ocupa inmediatamente en el cuerpo del texto.

<sup>67</sup> A título de ejemplo, MARMOR, 2015: 38 señala como: “la palabra Constitución es ambigua. Cuando hablamos de la Constitución de un ordenamiento jurídico (...) podemos referirnos a la estructura básica del sistema jurídico en cuestión. Todo sistema jurídico, como tal, debe tener algunas reglas o convenciones que determinan quién hace el derecho y cómo, quién lo interpreta y lo aplica en casos particulares, cuáles son los principales órganos de gobierno y cuál es su autoridad, y otros. En este sentido de “Constitución”, todos y cada uno de los sistemas jurídicos, como tales, tienen necesariamente una Constitución”.

### **3.2.1 La Constitución (contingente) formal.**

Este concepto contrapone la idea de forma constitucional a la de forma legal y requiere, para afirmar la existencia de una específica forma constitucional o Constitución, que el conjunto de normas “fundamentales” se encuentren codificadas, que el proceso de modificación o reforma de las mismas esté agravado respecto la legislación ordinaria y que (en consecuencia) la Constitución ocupe la máxima jerarquía. La única exigencia respecto de su contenido viene dada por la necesidad de que en ella se creen o constituyan las formas básicas de la acción jurídico-política del Estado, es decir, los órganos estatales (principales) y los procedimientos de creación normativa (básicos); cualesquiera que estos sean. A diferencia de la noción de Constitución necesaria, la Constitución formal sí pretende cumplir funciones normativas *ex ante*, pues “pretende fundar o refundar (hacia el futuro) la identificación, la unidad y la permanencia (la estabilidad en definitiva) de un sistema jurídico-político y lo hace determinando qué va a contar (hacia el futuro) como fundamental en ese sistema<sup>68</sup>”. Sin embargo, de ello no se deriva que de hecho la Constitución formal opere como genuina Constitución (en el sentido de que sus normas operen de hecho como las normas fundamentales) de la comunidad. Y es que, la afirmación de que opera o no opera como tal únicamente podrá ser verificable *ex post*, pues únicamente podrá verificarse *ex post* si sus normas constituyen el factor principal que permite explicar la estabilización de la conducta jurídico-política de la comunidad, así como si sirven para dotar de unidad y permanencia al orden jurídico en su totalidad.

### **3.2.2 La Constitución (contingente) del constitucionalismo político.**

Puede decirse que según este concepto no existe Constitución si no se respetan los ideales consagrados en el anteriormente mencionado artículo dieciséis de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene Constitución”. Lo anterior, sin embargo, no supone más que la simplificación de la idea por la cual, en esta visión, si los ideales del *constitucionalismo político* no se respetan no existe una genuina Constitución. Cuales sean en concreto tales ideales dista de ser una cuestión pacífica, tal y como lo atestigua la múltiple literatura existente al respecto en sede de teoría constitucional y de filosofía política, no obstante, y de la mano de Nino<sup>69</sup>,

---

<sup>68</sup> AGUILÓ, 2001.

<sup>69</sup> NINO, 1994 a: 2 y ss.

podemos equipararlos a los del liberalismo democrático. Sin pretender adentrarme en la determinación de tales ideales, basta aquí señalar que, como bien apunta el propio Aguiló, una de las claves (o la clave principal) para entender al constitucionalismo político es verlo como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los (ciertos) derechos y libertades; es por ello que la Constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política (tendente a eliminar los - o algunos de los - males más característicos de la dominación política). Precisamente por esta razón, para afirmar la existencia de una genuina Constitución, desde esta perspectiva o concepto, la exigencia se centra en que se de una determinada configuración del poder político - inspirada en una cierta interpretación del principio de división y/o separación de poderes<sup>70</sup> - y se asegure el respeto hacia los (o determinados) derechos.

Por lo tanto, el concepto apuntado acerca de lo que sea un Constitución constituye un concepto restringido, específico y axiológicamente muy cargado<sup>71</sup>, que se identifica en parte con aquellos principios esenciales del liberalismo democrático de los que se derivan el reconocimiento de los derechos y libertades consideradas como básicas. Una buena estrategia para poder determinar, con pincelada gruesa, cuáles sean tales derechos y libertades preceptivas para poder afirmar la existencia de una Constitución, puede consistir en aislar la idealidad del Estado de Derecho<sup>72</sup>, del Estado liberal<sup>73</sup>, del Estado democrático<sup>74</sup> y del Estado social<sup>75</sup>, para entenderlos como componentes agregados al constitucionalismo y extraer de ellos tales derechos: los derechos frente a la arbitrariedad del Estado - asociados al ideal del Imperio de la ley -, los derechos de libertad, los derechos de participación democrática y los derechos sociales. Obviamente, afirmar que tales “bloques” de derechos resultan preceptivos para afirmar la existencia de una Constitución, según el concepto expuesto, no nos permite saber de antemano cuáles hayan de ser en particular los mismos, con qué alcance y cuál deba ser su articulación. Ésta, en

---

<sup>70</sup> BOVERO, 2006: 17.

<sup>71</sup> En oposición a este concepto o concepción, cabe advertir en como también existen, aún en la actualidad, muchos juristas que hacen uso del término Constitución de una forma neutral.

<sup>71</sup> AGUILÓ, 2001.

<sup>72</sup> Cuya meta principal consiste en la erradicación de la arbitrariedad del soberano.

<sup>73</sup> Cuyo objetivo primario consiste en erradicar la existencia de soberanos omnipotentes y súbditos, para lograr materializar la noción de soberano competente/incompetente y ciudadano sujeto/inmune.

<sup>74</sup> Cuya fundamentación básica radica en el reconocimiento de la participación política con la finalidad de evitar la exclusión política.

<sup>75</sup> Cuya aspiración fundamental se cifra en el reconocimiento del objetivo de bregar contra la exclusión social.

efecto, resulta una tarea no poco compleja. Ahora bien, pese a ello, esta delimitación, hecha con brocha gruesa, acerca de cuáles hayan de ser los (bloques de) derechos y libertades fundamentales que deben estar presentes para afirmar la existencia de una Constitución, aunque no nos exime de la difícil tarea de concretar los mismos, si nos permite entender intuiciones tales como que, desde esta perspectiva, resulta altamente controvertible o cuestionable afirmar que un Estado cuenta con una Constitución sin que en el mismo se garantice el respeto por la libertad de expresión, religiosa o de asociación, por los derechos de participación democrática, por derechos tales como el de la instrucción o educación, el de la salud, el de la tutela judicial efectiva, etc.

Puede observarse, por ello, que no todos los Ordenamientos jurídicos estables, ni todos aquellos Ordenamientos que cuentan con una Constitución en un sentido formal, satisfacen las exigencias normativas del constitucionalismo político (o del liberalismo democrático), por lo tanto, no cabe equipar las concepciones de la Constitución necesaria o de la Constitución (contingente) formal con la de la Constitución (contingente) del constitucionalismo político, dado que esta última implica asumir como *necesarios* determinados contenidos (adicionales o específicos); y es que como señala el propio Aguiló:

“la Constitución del constitucionalismo presupone una conexión necesaria entre *reconocimiento* de derechos y Constitución. La idea de reconocimiento de derechos – más allá de las resonancias iusnaturalistas que se le quieran atribuir – enfatiza algo que es central en el constitucionalismo, que los derechos cumplen un papel de fundamentación del sistema jurídico-político<sup>76</sup>”.

Ahora bien, si - como señalaba Nino<sup>77</sup> - los ideales del constitucionalismo político coinciden (*grosso modo*) con los del liberalismo democrático, entonces, no podemos sino afirmar que la existencia específica de una forma constitucional no es ni tan siquiera requisito necesario para afirmar la existencia de una genuina Constitución; la misma sólo se afirmará si, *de facto*, se respetan y practican tales ideales. Al respecto, ha de apuntarse cómo, partiendo de Lucas Verdú<sup>78</sup> y según hace el propio Aguiló, cabe diferenciar entre “tener una Constitución” y “vivir en Constitución”. Así, cuando existe una específica forma constitucional que garantiza los ideales del liberalismo democrático puede

---

<sup>76</sup> AGUILÓ, 2007.

<sup>77</sup> NINO, 1994 a: 2 y ss.

<sup>78</sup> LUCAS VERDÚ, 1997: 43 y ss. distingue entre “tener una constitución” y “estar en constitución”.

afirmarse que una sociedad tiene una Constitución, ahora bien, sólo podrá afirmarse que una sociedad vive en Constitución cuando tales ideales son practicados. Es en este sentido en el que Nino habla de la Constitución como la “carta de navegación de un país<sup>79</sup>”, en referencia a la aspiración de darse una Constitución (una forma constitucional) para llegar a vivir en Constitución. Por ello, puede afirmarse, “más allá de la coincidencia de valores y fines entre el liberalismo democrático y el constitucionalismo como ideología, este último puede definirse como aquella ideología política que ha propugnado “darse una constitución” (una constitución rígida o formal) como garantía de “vivir en constitución” (de la práctica de esos ideales)<sup>80</sup>”; pero esto no obsta que se pueda llegar a vivir en Constitución sin la necesidad de una Constitución formal, sea (o como fue<sup>81</sup>) el caso emblemático de Reino Unido.

Expuesto lo anterior, puede comprenderse que lo que permite afirmar la existencia de una Constitución (de la Constitución del constitucionalismo) radica en que las exigencias regulativas del liberalismo democrático sean *practicadas* en una sociedad S y, para ello, sirve como instrumento generalizado la consagración de una específica forma constitucional en la que se *reconozcan y garanticen* tales exigencias en aras a su realización; aunque esto último no sea condición necesaria ni suficiente en la afirmación de su existencia. Ahora bien, a diferencia de la “forma constitucional” necesaria para afirmar la existencia de una Constitución según el concepto de Constitución formal anteriormente expuesto (que sólo exige como contenido mínimo el que en la misma se creen o constituyan las formas básicas de la acción jurídica y política de la comunidad, esto es, los principales órganos estatales y los procedimientos básicos de creación normativa, cualesquiera que estos sean), la “Constitución formal del constitucionalismo” (aquella forma constitucional que el constitucionalismo como ideología política propugna darse para llegar a “vivir en Constitución”), añade una exigencia adicional a dicho contenido mínimo, y es que la forma constitucional no sólo ha de contener el principio dinámico del Derecho, sino también, como se ha esbozado, debe *reconocer* “cosas”. Dicho en otros términos: también exige la presencia de una dimensión valorativa - expresa o implícita al texto constitucional -. Es decir, ha de contar con una dimensión axiológica, y preceptiva, en la que se reconozcan estados de cosas como valiosos y, por ello,

---

<sup>79</sup> NINO, 1994 a: 2 y ss.

<sup>80</sup> AGUILÓ, 2001.

<sup>81</sup> Resulta preciso dejar atrás algunos entendimientos tradicionales acerca del sistema constitucional de Reino Unido tras la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998 (que entró en vigor en octubre del 2000).

merecedores de ser protegidos y promocionados (garantizados): la dignidad de la persona, su libertad, igualdad, etc., el pluralismo político, la educación, la salud, etc., y tales a tales “cosas” no se las entiende como valiosas por haber sido *constituidas* por la Constitución, sino que se entiende que, precisamente porque son valiosas, deben ser *reconocidas* por la Constitución. Y, según esta visión, tal dimensión axiológica o valorativa es la que *dota de sentido* a las formas de acción jurídico-política confeccionadas por la propia Constitución (o forma constitucional); en definitiva, es la que, podemos decir en términos ferrajolianos, supone la *razón social* del Estado<sup>82</sup>.

Saco provecho al hilo de la exposición para remarcar la distinción existente entre *constituir* y *reconocer* cosas, pues presenta una importancia trascendental. Y es que, el que se entienda que los valores se reconocen (y no se constituyen) por la Constitución implica que estos son “anteriores” a las formas de acción jurídico-política creadas por la Constitución, así mismo, quién entienda que los fines también se reconocen (y no se constituyen) podrá entender que los mismos son “externos” a tales formas de acción jurídico-política<sup>83</sup>. Como continúa indicando Aguiló, esta diferenciación entre creación y reconocimiento nos permite entender algunos extremos asociados a las discusiones propias del constitucionalismo (político), como, por ejemplo, la discusión relativa a cuáles son aquellos diseños institucionales más adecuados para respetar los valores y realizar los fines del constitucionalismo<sup>84</sup>.

En esta dirección, sin perder de vista como para el constitucionalismo político el fin de promulgar una Constitución (en sentido formal) no es otro que el de tratar de asegurar que la acción política y jurídica de la comunidad respete ciertos valores y persiga determinados fines que se considera presentan (valga la redundancia) un valor *per se*, debe señalarse como pueden distinguirse dos grandes visiones acerca de cuál es la mejor forma de hacer valer tales valores y fines respecto de los cuales se considera fundamental su garantía y/o consecución. Esto nos remite directamente a la distinción que Troper<sup>85</sup> ha introducido sobre dos “modelos” de Constitución: la Constitución mecánica y la Constitución normativa (o regulativa).

---

<sup>82</sup> A título de ejemplo, FERRAJOLI, 2014.

<sup>83</sup> AGUILÓ, 2001; TROPER, 1994: 317 y ss.; citado por GUASTINI, 2010: 96-97.

<sup>84</sup> AGUILÓ, 2001.

<sup>85</sup> TROPER, 1999.

En el modelo de Constitución mecánica se considera que la adecuada realización de los valores y la consecución de los fines constitucionales, que pese a no contenerse expresamente en el texto constitucional se presuponen, se logra básicamente mediante una adecuada ingeniería constitucional en relación a las formas de acción política y jurídica creadas por el propio documento constitucional; es decir, “no se espera que los gobernantes se sometan libremente a reglas obligatorias, sino que la organización misma del sistema determine comportamientos a los que los gobernantes no puedan sustraerse<sup>86</sup>”. Ello se busca lograr, básicamente, limitando al poder político mediante la creación de contrapoderes, capaces de contrastarlo y, por ende, de frenarlo<sup>87</sup>. Por ello, en el modelo mecánico, la Constitución trata de garantizar los derechos de los ciudadanos exclusivamente mediante un conjunto de normas de organización y de competencia, capaces de instaurar el mecanismo de los frenos y contrapesos, que convierta en muy difícil a un órgano estatal abusar de sus poderes en violación de los derechos de los ciudadanos<sup>88</sup>. Así, las concepciones que sustentan este modelo manifiestan un cierto escepticismo acerca del papel regulativo (asociado a la dimensión axiológica o valorativa) que pueda desempeñar una Constitución, por lo que tienden a pensar que su eficacia depende de un óptimo diseño de las formas de acción jurídico-política creadas por ella. Es decir, tal modelo se basa en poner énfasis sobre la dimensión constitutiva de toda Constitución para garantizar los valores y fines que la misma presupone. Por ello, una Constitución puramente mecánica estaría compuesta exclusivamente por normas de organización y de competencia; sobre el entendimiento que la mejor manera de obtener el funcionamiento deseado (el respeto hacia los derechos fundamentales) es constituir formas de acción jurídico—política que tienen que ser adecuadas para alcanzar tal objetivo: equilibradas (frenos y contrapesos), compensatorias de pasiones, etc. Este es el modelo defendido por autores como Montesquieu, Blackstone, Paine o Madison. Así, por ejemplo, según Montesquieu:

“la libertad no está asegurada en Inglaterra porque la constitución ordene al poder ejecutivo actuar de acuerdo con la ley. La ley no es moderada porque la constitución prescriba al legislador la moderación. Estos resultados se obtienen porque, en virtud de una distribución de los poderes que tiene en cuenta los

---

<sup>86</sup> TROPER, 1999.

<sup>87</sup> GUASTINI, 2016: 152.

<sup>88</sup> GUASTINI, 2016: 153.



intereses y las pasiones, las autoridades constitucionales se ven constreñidas a hacer compromisos y no pueden producir más que leyes moderadas<sup>89</sup>”.

Por lo tanto, en el modelo de Constitución mecánica, se entiende que la eficacia de los fines y valores que la Constitución pretende, tal y como señala Troper, es puramente interna, es cuestión de constituir un adecuado diseño institucional en aras su protección, que se base en el equilibrio de competencias y que convierta en altamente improbable las conductas no deseadas<sup>90</sup>.

Por su parte, el modelo de Constitución normativa confía la eficacia de los fines y valores, que expresamente consagra el texto constitucional, no tanto a un diseño institucional que convierta en altamente improbable la infracción de los mismos (pues la desviación siempre es posible), sino que pone el acento, fundamentalmente, en la capacidad que tiene la Constitución para regular la conducta de los sujetos. Por lo tanto, resulta por ello posible distinguir entre dos vertientes o dimensiones en toda Constitución (normativa): una dimensión constitutiva, por la que se crean las formas básicas que posibilitan la acción estatal, y una dimensión valorativa o axiológica, por la que se reconocen expresamente los valores y principios del constitucionalismo político. Del mismo modo, se observa como normativa o regulativa la dimensión axiológica de toda Constitución, traduciendo en términos de deberes y obligaciones las exigencias asociadas al su contenido, básicamente, mediante un conjunto de órdenes y prohibiciones dirigidas a los órganos estatales, especialmente frente al legislador. En otros términos, el núcleo de una Constitución normativa es un conjunto de normas que adscriben derechos y formulan principios y programas, como señala Guastini, normas que podríamos señalar como de “buena legislación” (y marginalmente de buena administración)<sup>91</sup>. Y es que, como igualmente nos recuerda Troper:

“Al igual que la constitución mecánica, una constitución normativa contiene disposiciones dirigidas a conferir competencias. En el caso precedente, las

---

<sup>89</sup> TROPER, 1999.

<sup>90</sup> AGUILÓ, 2007. Como señala RUÍZ MANERO, 2007: “Esto no significa que una Constitución mecánica o una concepción mecánica de la Constitución sean indiferentes a la calidad de los contenidos normativos y decisionales que resulten del ejercicio de los poderes constitucionales. Pero una Constitución o una concepción constitucional de este tipo se basan en la idea de que la mejor manera de hacer más probables los contenidos deseados (por ejemplo, una legislación *moderada* o, en general, contenidos normativos y decisionales respetuosos con los derechos humanos) es diseñando los distintos órganos y sus poderes normativos de forma tal que su juego conjunto maximice, a través principalmente de mecanismos de *checks and balances*, la probabilidad de contenidos de este tipo”.

<sup>91</sup> GUASTINI, 2016: 153.

competencias se han repartido teniendo en cuenta las pasiones y los intereses de sus detentadores, de tal manera que se pueda razonablemente esperar de este reparto un cierto modo de funcionamiento global. Aquí, se piensa obtener este funcionamiento global por el solo enunciado de la obligación. En el primer caso, el funcionamiento será el resultado de las constricciones, aquí de la sumisión a una obligación<sup>92</sup>”.

Es por ello que, aquellas concepciones que se adhieren al modelo normativo de Constitución, confiarán su eficacia centralmente a la idea de la adaptación de la conducta (a los “deberes constitucionales”) y a los controles frente a la desviación.

Cabe señalar que estos dos modelos de Constitución se corresponden con tipos ideales, de modo que las Constituciones “reales” se situarán siempre en algún punto intermedio entre ambos. E incluso, puede aceptarse que, tal y como señala Guastini, la distancia entre los dos modelos mencionados es menos dramática de lo que algunos piensan (aunque no por ello inexistente). Y es que, podemos entender que el modelo mecanicista busca limitar al poder político creando contrapoderes capaces de contrastarlo y, por ello mismo, de frenarlo; mientras que el modelo normativo quiere limitar al poder político disciplinándolo, es decir, sometándolo a normas de conducta, dirigiendo directivas, órdenes y prohibiciones a los órganos del Estado (particularmente al legislador). No obstante, según Guastini, las dos técnicas de limitación del poder no son realmente independientes y distintas. Así, tratar de someter al poder político a normas es inútil si al mismo tiempo no se crean órganos competentes para controlar el cumplimiento de tales normas y para establecer remedios en caso de que sean violadas. Pero, instituir órganos de este tipo, a su juicio, no es algo diferente a crear contrapoderes; instituir un juez constitucional no es algo diferente a oponer al legislador un contrapoder capaz de “frenar” o “contrapesar” al poder legislativo<sup>93</sup>. Sin embargo, cabe decir, aceptar o rechazar esta visión de Guastini en realidad requeriría de una discusión bastante más amplia, discusión que no resulta pertinente en este momento.

Por lo que atañe a este instante, en todo caso, e independientemente de lo anterior, lo que me interesa recalcar es que resulta necesario comprender cómo, para el constitucionalismo político o como ideología, ambos modelos de Constitución sólo

---

<sup>92</sup> TROPER, 1999.

<sup>93</sup> GUASTINI, 2016: 152-154.

adquieren sentido si se tiene presente la prioridad que tiene la protección de determinados fines y valores, en definitiva, de los derechos fundamentales. Y es que, el modelo mecanicista de Constitución justifica las posibles formas de acción jurídica-política creadas, o que pueden ser creadas, en función de su idoneidad para asegurar tales valores y fines reconocidos implícitamente, mientras que el modelo normativo de Constitución no observa los deberes constitucionales como una simple o caprichosa imposición política, sino que los justifica a partir de tales valores y fines reconocidos expresamente<sup>94</sup>.

### **3.3 El estado constitucional.**

Una vez expuestas los anteriores conceptos de Constitución, debe decirse que el concepto que en la actualidad cuenta con mayores adhesiones es el de la Constitución del constitucionalismo político. Esta es, en esencia, la significación que en la actualidad se le atribuye en mayor grado al término Constitución. Esto es, hablar de Constitución hoy en día implica generalmente referirse a la Constitución que refleja y protege los ideales del constitucionalismo político. Sin embargo, puede aceptarse que los tres conceptos expuestos son necesarios para usar de manera relevante la expresión “Estado constitucional<sup>95</sup>”. Por ello mismo, concedemos que nos encontramos ante o en un Estado constitucional sólo si se presentan los siguientes caracteres:

- i. Debe darse la existencia de una específica forma constitucional diferenciada de la forma legal ordinaria y que opere a modo de *Lex Superior*. Seguramente fruto del devenir histórico y desde las semillas del constitucionalismo norteamericano y francés, en los cuales se acabó adoptando una forma escrita, suele afirmarse como requisito general la necesidad de un texto codificado y rígido en el que se encuentren las normas fundamentales del sistema jurídico-político, en todo caso, tal forma constitucional supone la existencia de un régimen jurídico diferente y superior al de la forma legal ordinaria, por lo que, como corolario, implica una diferencia de grado entre ambos tipos de normas.
  
- ii. Dicha forma constitucional debe contener o respetar las pretensiones regulativas del constitucionalismo político, es decir, del

---

<sup>94</sup> AGUILÓ, 2007.

<sup>95</sup> AGUILÓ, 2001; 2007.

liberalismo democrático (la garantía de los derechos y la limitación del poder político<sup>96</sup>). No puede así contener únicamente el principio dinámico del Derecho, es decir, no puede tener como única función la (o alguna cualquiera) constitución de los poderes estatales, sino que también debe respetar, reconocer, tales exigencias normativas de los fines y valores del liberalismo democrático, de entre los cuales vienen a desempeñar un papel justificativo absolutamente central aquellos asociados al respeto por los derechos y libertades reputados como fundamentales. A su vez, cabe tener en consideración que las formas constitucionales de los Estados constitucionales contemporáneos han incorporado las dos grandes estrategias señaladas del constitucionalismo político: la de confeccionar diseños institucionales idóneos en garantía a los valores y fines señalados, y la del carácter regulativo de los mismos. Es por ello que hacen gala de las formas básicas de la acción jurídico-política que desde el constitucionalismo se reputan como legítimas en aras a la consecución de tales valores y fines (a través de sus normas constitutivas), pero también han seguido el modelo normativo (o regulativo) de Constitución, incorporando tales valores y fines en forma de principios regulativos de la acción jurídico-política legítima<sup>97</sup>.

Merece la pena remarcar uno de los corolarios asociados a la diferencia entre el modelo mecanicista y el modelo normativo o regulativo de Constitución (aun cuando se acepte que la diferencia entre ambos modelos no es “tan considerable”). Si atendemos a la definición del concepto jurídico de “validez” formulada por Ferrer Beltrán, vemos como “una norma dependiente es válida en un determinado sistema jurídico si, y sólo si, a) ha sido emitida por un sujeto competente y b) en su emisión se han cumplido todas las condiciones de actualización de la competencia (...)”<sup>98</sup>; y tomamos aquí, de un modo simplificado, las condiciones de actualización de la competencia como aquellas *reglas procesales*

---

<sup>96</sup> A título de ejemplo véase BERNAL PULIDO, 2013; BOVERO, 2006 o SALAZAR UGARTE, 2006.

<sup>97</sup> AGUILÓ, 2001 o 2007.

<sup>98</sup> FERRER BELTRÁN, 2000: 155. El resaltado es un añadido mío; la definición completa es: “una norma dependiente es válida en un determinado sistema jurídico si, y sólo si, a) ha sido emitida por un sujeto competente y en su emisión se han cumplido todas las condiciones de actualización de la competencia y no ha sido derogada por un sujeto competente, cumpliendo también todas las condiciones de actualización de su competencia, o b) se deriva lógicamente de otra norma perteneciente al mismo sistema jurídico”.

vehiculadas al ejercicio de la competencia y la *no violación de ninguna norma superior*; vemos como las diferencias entre una Constitución mecánica y una Constitución normativa pueden ser entendidas como meramente de grado, pues se basan en la menor o mayor amplitud de las condiciones de actualización de la competencia de los poderes constituidos, especialmente del legislador. En efecto, en las Constituciones mecánicas las condiciones de actualización de la competencia del poder legislativo únicamente vendrán dadas por el respeto a las reglas procesales vehiculadas al ejercicio de su competencia, mientras que en las Constituciones normativas tales condiciones de actualización también vendrán dadas por el contenido constitucional de carácter sustantivo o material e indisponible para el legislador, y que viene constituido fundamentalmente por el conjunto de derechos y libertades constitucionales. En esto se fundamenta, básicamente, el énfasis con el que se traza la distinción entre validez procesal y material como uno de los rasgos definitorios del “nuevo paradigma” constitucional. Y es que podemos entender, como por ejemplo hace Ferrajoli<sup>99</sup>, que las Constituciones actuales se caracterizan por someter el ejercicio de cualquier poder constituido a las normas constitucionales, “no sólo formales sino también sustanciales”. Así, el “paradigma constitucional (...) somete a todos los poderes públicos al Derecho: la jurisdicción y la administración a la legalidad ordinaria; la legislación a la legalidad constitucional<sup>100</sup>” y “no sólo en cuanto a las formas sino también en lo relativo a los *contenidos*<sup>101</sup>”. Por ello, una de las diferencias básicas entre las Constituciones mecánicas y las Constituciones normativas resulta ser que en las primeras únicamente se determinan las exigencias para la validez de los actos legislativos desde un punto de vista procedimental o formal – y, en consecuencia, únicamente tiene sentido predicar la validez o invalidez de la legislación ordinaria en su dimensión procedimental o formal -, mientras que en las segundas se determinan también las exigencias para la validez de los actos legislativos desde un punto de vista

---

<sup>99</sup> FERRAJOLI, 2014: 30.

<sup>100</sup> FERRAJOLI, 2014: 30.

<sup>101</sup> FERRAJOLI, 2014: 31.

material – y, en consecuencia, tiene sentido predicar la validez o invalidez de la legislación ordinaria tanto en su dimensión procedimental o formal, cuanto sustantiva o material -. Según lo anterior, puede concluirse que nuestras actuales Constituciones no se limitan a establecer el mapa de los órganos competentes (de mayor jerarquía) para producir cambios normativos y las reglas procesales para el ejercicio de tales poderes normativos, sino que su contenido también opera como parámetro de corrección de los cambios normativos producidos mediante el uso de tales poderes. Es decir, nuestras Constituciones no son únicamente fuente de fuentes, sino, también, una fuente del Derecho<sup>102</sup>: “la fuente de mayor jerarquía, que, como tal, acotará ciertos contenidos como indisponibles para las demás fuentes y, en particular, para la legislación<sup>103</sup>”.

- iii. Por último, la Constitución formal no sólo debe adecuarse a las exigencias del constitucionalismo político sino que, además, debe ser *de facto* practicada. Es decir, para poder afirmar la existencia de un Estado constitucional debe haberse consolidado una práctica jurídico-política que permita afirmar que en torno a la Constitución formal sea ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia; o, lo que es lo mismo, que la Constitución formal pueda, de hecho, ser considerada como la norma (o el conjunto de normas) fundamental para la comunidad<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Sin embargo, como señala GUASTINI, 2016: 154-156, la tesis de que la Constitución es fuente del Derecho puede ser entendida al menos de tres maneras diferentes. i) En un primer sentido, puede decirse que el texto constitucional es fuente del Derecho para afirmar que los enunciados constitucionales expresan normas jurídicas las cuales disciplinan – al menos – la organización del Estado, las funciones y las relaciones entre los órganos supremos y, en muchos casos, las relaciones entre Estado y ciudadanos. ii) En un segundo sentido, se puede decir que la Constitución es fuente del derecho para afirmar que las normas constitucionales son idóneas para: a) abrogar y/o invalidar normas anteriores de rango inferior materialmente incompatibles con ellas. b) Invalidar normas sucesivas de rango inferior formalmente no conformes o materialmente incompatibles con aquella. iii) En un tercer sentido, se puede decir que la Constitución es fuente del Derecho para afirmar que las normas constitucionales son idóneas para disciplinar también las relaciones “horizontales” inter-privados y son por tanto susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de cualquier juez en cualquier controversia. Pues bien, en mi opinión, éstas tres acepciones señaladas aparecen implícitas, todas ellas, cuando se afirma que nuestras Constituciones son “fuente del Derecho”.

<sup>103</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

<sup>104</sup> AGUILÓ, 2001.

Lo hasta ahora expuesto no presenta poca importancia práctica. En efecto, nos sirve, por ejemplo, para afirmar que el conjunto de leyes que operaban en España como leyes fundamentales del franquismo sólo pueden ser comprendidas como Constitución según el concepto de Constitución necesaria o, quizás también, de Constitución (contingente) formal, pero no desde el concepto de la Constitución (contingente) del constitucionalismo, pues desde la visión que sustenta mentado concepto se comprende que Constitución y constitucionalismo no son términos sinónimos, en el sentido de que el constitucionalismo no resulta compatible con todas las acepciones de Constitución<sup>105</sup>. En efecto, como se ha indicado, la Constitución del constitucionalismo implica una forma particular (restringida, específica) de concebir a las normas que dan identidad a un ordenamiento jurídico-político. En concreto, de manera primaria, cabe señalar que la Constitución del constitucionalismo tiene como función principal y precisa la de limitar al poder político con la finalidad de proteger aquellos derechos y libertades entendidas como fundamentales (aunque, como a continuación se verá, puede decirse que esta “clásica función” de las Constituciones del constitucionalismo ha sido ampliada a otros objetivos adicionales). Lo hasta aquí dicho, del mismo modo, también nos sirve para poder comprender cuáles son los caracteres preceptivos para poder usar con propiedad la expresión “Estado constitucional”, para, por poner el caso y siguiendo con el ejemplo, advertir que en la España franquista, pese a que se daba la existencia de un conjunto de normas que, según determinadas acepciones, podríamos rotular como Constitución, no se podía afirmar la existencia de un Estado constitucional. Sin embargo, de poco o nada nos sirve para poder dar cuenta de cómo operan de hecho nuestras Constituciones contemporáneas. Y es que, en efecto, dar cuenta de esto solo es posible a partir de lo que podemos rotular como la(s) concepción(es) constitucional(es) desarrollada(s) en torno a nuestras Constituciones; en tanto las diversas concepciones constitucionales existentes proponen diferentes criterios de interpretación, de aplicación y/o de operatividad de las mismas. A explicitar la concepción constitucional actual, es decir, la concepción que otorga una específica operatividad a nuestras Constituciones, se dedicará el siguiente apartado.

---

<sup>105</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 72.

### 3. La Constitución como molde de las relaciones sociales.

Cual sea la específica operatividad que se le dé a una Constitución en el seno de un determinado Estado constitucional depende directamente de la concepción constitucional desarrollada al respecto<sup>106</sup>, y ello no guarda relación directa tanto con la estructura de nuestros Ordenamientos, cuanto con la ideología difundida en la cultura jurídica de nuestros países. En consecuencia, pese a las interferencias que se producen en el debate constitucional entre las propiedades de la Constitución, por un lado, y las concepciones que versan sobre una concreta manera de interpretar o de leer las Constituciones, por otro lado, cabe diferenciar entre estos dos extremos<sup>107</sup>.

En particular, las diversas concepciones constitucionales existentes se centran en proponer tanto diseños constitucionales diferentes, cuanto diferentes maneras de leer, interpretar o asignar un concreto marco de eficacia a las Constituciones positivas. A lo que aquí interesa, me centraré en el segundo extremo, es decir, en analizar las (dos) principales maneras de entender nuestras Constituciones, partiendo de la base de que la manera en que entendamos que la Constitución debe interactuar o relacionarse con el resto del Ordenamiento jurídico se encontrará directamente asociada a la concepción constitucional que defendamos.

En este sentido, cabe decir, existen dos grandes concepciones acerca de la función política que deba cumplir la Constitución<sup>108</sup>: (i) aquella según la cual la Constitución tiene como función principal la de limitar al poder político; o (ii) aquella según la cual la Constitución tiene como función principal la de moldear las relaciones sociales. En particular, tengo interés en mostrar como para el constitucionalismo contemporáneo, y/o dentro de las realidades que suponen nuestros Estados constitucionales, se ha producido la evolución consistente en pasar de interpretar los derechos y principios constitucionales como exigencias que centralmente imponen *límites* negativos a la acción política y jurídica legítimas, a verlos como el *contenido* propio de la acción política y jurídica

---

<sup>106</sup> Como señala AGUILÓ, 2007, “El que ello sea así, en realidad, no puede sorprender demasiado. Si uno es consciente del lugar que la Constitución ocupa y del papel que desempeña en el interior de un sistema jurídico-político y, además, de las dificultades que presenta la reconstrucción de las prácticas jurídicas y políticas, entonces resulta obvio que sobre el concepto de Constitución se proyectan múltiples tensiones cuya armonización sólo es posible desde una actitud normativa que les otorgue prioridad a unas propiedades sobre otras”.

<sup>107</sup> AGUILÓ, 2007.

<sup>108</sup> AGUILÓ, 2001; COMANDUCCI, 2003: 82 y ss.; GUASTINI, 1999: 288 y 2003: 55 – 56; GASCÓN, 2016.



legítimas<sup>109</sup>. Y es que, tal y como señala Comanducci, la “nueva” concepción constitucional, aquella que podemos rotular como vigente, “pone en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal – que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX -, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales<sup>110</sup>”.

(i) En efecto, según se pronuncia Guastini<sup>111</sup>, en la concepción liberal clásica la función de la Constitución es la de limitar el poder político o estatal, por lo que se considera que las normas constitucionales no regulan en modo alguno las relaciones entre particulares, que son observadas como competencia exclusiva de la legislación ordinaria. Es decir, según esta concepción, las normas constitucionales únicamente van dirigidas a regular la organización del Estado y (adicionalmente) las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Por lo tanto, las normas constitucionales no resultan susceptibles de aplicación directa por parte de los jueces en aquellas controversias que únicamente involucren a particulares, en las que no deben aplicar más que la ley, puesto que “la Constitución no es apta para producir efectos en la vida social sino después de haber sido “concretizada” por leyes<sup>112</sup>”. Del mismo modo, según esta concepción, la Constitución es observada como un límite negativo a la legislación, por lo que para la elaboración de las leyes el legislador únicamente debe tomar en consideración la Constitución en aras a la no vulneración directa de su contenido, fundamentalmente, tomando en consideración el concreto reparto competencial y aquellas disposiciones que, siendo claras y precisas, confieren derechos de libertad a los ciudadanos frente a los poderes estatales<sup>113</sup>. Así, una vez respetados tales límites, el legislador ostenta discrecionalidad a la hora de confeccionar la legislación, puesto que el Ordenamiento jurídico es contemplado como autónomo respecto del contenido constitucional (respetando siempre los límites señalados). Por ello, se entiende que, por lo general, mientras el poder legislativo actúa *per leges*, es decir, ostenta discrecionalidad en la elaboración de la legislación (siempre

---

<sup>109</sup> AGUILÓ, 2001.

<sup>110</sup> COMANDUCCI, 2003: 85.

<sup>111</sup> GUASTINI, 2003: 55 - 56.

<sup>112</sup> GUASTINI, 2003: 55.

<sup>113</sup> Y es que según esta concepción, los principios generales recogidos en la Constitución, y que no son susceptibles de aplicación “inmediata” sino que requieren de su interpretación previa así como de su concretización legislativa, y las disposiciones programáticas que contienen los programas económicos y sociales de la Constitución, y requieren de su desarrollo legislativo, no son vistas como genuinas normas jurídicamente eficaces, es decir, no se las observa como capaces de producir efectos jurídicos directos o inmediatos.

que haya respetado los límites señalados), el poder judicial actúa *sub leges*, es decir, queda directamente vinculado al contenido propio de la legislación “ordinaria”<sup>114</sup>.

(ii) Por el contrario, como continúa señalando Guastini, según la concepción constitucional contemporánea se tiende a pensar que la función de la Constitución también es (o es primariamente) la de moldear las relaciones sociales, esto es, la sociedad civil; por lo que se considera que las normas constitucionales son susceptibles de producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en la resolución de cualquier controversia (incluyendo aquellas que sólo involucran a sujetos privados), siempre y cuando el caso no pueda ser solucionado únicamente en base a la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas o porque ofrece una solución que resulta contraria a las exigencias constitucionales. Ello provoca, tal y como señala Prieto Sanchís, que los operadores jurídicos ya no accedan (yo matizaría, no accedan “siempre”) a la Constitución a través de la legislación, sino que accedan directamente y este acceso se produce de manera permanente<sup>115</sup>. A su vez, la legislación no es sino el desarrollo de los principios constitucionales o la ejecución de los programas directivos contenidos en la Constitución, y siempre que sea posible ha de producirse lo que habitualmente se denomina como “interpretación conforme<sup>116</sup>”; es decir, se ha de tratar de armonizar en la medida de lo posible la ley con la Constitución (con los fines y valores que se consagran en la Constitución), otorgándole (frente a otras posibilidades interpretativas, incluso frente a la propia interpretación literal) un significado que evite toda contradicción entre ley y Constitución, para evitar en la medida de lo posible, como ocurriría en caso contrario, la eventual declaración de inconstitucionalidad<sup>117</sup>. Por lo tanto, según esta visión, la actividad del legislador no es únicamente *per leges*, sino también *sub leges*, pues no únicamente ha de respetar el concreto reparto competencial y los límites claros y precisos contemplados en la Constitución, a partir de los cuales entra en escena su discrecionalidad para actuar por medio de un gobierno *per leges*, sino que el conjunto de las exigencias constitucionales, incluyendo aquellas normas programáticas que articulan los programas sociales y económicos, actuarán como genuino marco moldeador de su propia actividad que, por ello, pasa a convertirse también en *sub leges*. Del mismo modo, la actividad de los jueces no únicamente resulta *sub leges* en relación a la legislación

---

<sup>114</sup> AGUILÓ, 2007.

<sup>115</sup> PRIETO SACHÍS, 2003: 130.

<sup>116</sup> La clásica *Verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana.

<sup>117</sup> GUASTINI, 2003: 57.

ordinaria, sino también en relación a los contenidos constitucionales<sup>118</sup>. No obstante, aquí cabe observar que, vista la Constitución como un texto normativo, toda Constitución es finita o limitada. Por ello, toda Constitución contiene lagunas, “en el sentido, del todo trivial, de que nunca una Constitución puede regular la vida social y política en su totalidad<sup>119</sup>”. Pero, y siempre según Guastini, toda laguna depende de cómo está interpretado el texto en cuestión. En efecto, toda Constitución es susceptible de dos tipos de interpretaciones: una restrictiva y otra extensiva. Según el primer tipo de interpretación toda Constitución resulta incompleta, “cualquier Constitución no regula más que una pequeña parte de la vida política y social<sup>120</sup>”, por lo que deja espacios vacíos a nivel constitucional, en los cuales entra a operar la discrecionalidad del legislador, estando la misma sustraída a cualquier posible control jurisdiccional. Por el contrario, según el segundo tipo de interpretación “la Constitución puede ser interpretada (...) de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política<sup>121</sup>”. Según este segundo tipo de interpretación, no quedan espacios libres respecto de la Constitución, por lo que toda decisión legislativa se encuentra contemplada por la Constitución; no existen así leyes que puedan escapar al control constitucional. Pues bien, es este segundo tipo de interpretación el que, a grandes rasgos (aunque con varios matices), se encuentra vigente en nuestras realidades constitucionales contemporáneas.

#### **4.1 El constitucionalismo de los principios.**

Para verificar que *de facto* esta segunda concepción se encuentra consolidada en nuestras *praxis* constitucionales, podemos ver de la mano de Alexy que a partir de la Sentencia emitida por el (TCF) Tribunal Constitucional Federal alemán – *Bundesverfassungsgericht* – en el conocido por caso “*Liith*” - Sentencia BVerfGE 7, 198 (*Liith*) -, el constitucionalismo alemán debe ser analizado como un “constitucionalismo de los principios”. Y es que, según el teórico germano, a partir de esta sentencia podemos extraer las tres grandes ideas que han condicionado todo el Derecho alemán que le sucedió.

---

<sup>118</sup> AGUILÓ, 2007. En este sentido, escribe COMANDUCCI, 1998: “la administración y la jurisdicción están también concebidas como actividades de actuación y concretización de la legislación, y, por lo tanto, directa o indirectamente, de los principios constitucionales, todo el sistema jurídico está caracterizado por una fuerte presencia de elementos estáticos, al lado de los tradicionales elementos dinámicos”

<sup>119</sup> GUASTINI, 2003: 53-54.

<sup>120</sup> GUASTINI, 2003: 54.

<sup>121</sup> GUASTINI, 2003: 54

- i) “Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un *orden de valores objetivo*<sup>122</sup>”. Aunque con posterioridad el TCF alemán se haya referido “exclusivamente” a la idea de que los derechos fundamentales se expresan mediante principios.
- ii) Ese “orden objetivo de valores” – o el entendimiento de que los derechos fundamentales se expresan mediante principios y no reglas -, según el TCF alemán implica, consecuentemente, que ese orden o conjunto de derechos “como decisión constitucional fundamental es *válida para todas las esferas del derecho*<sup>123</sup>”; por lo que no puede entenderse que su funcionalidad radica “simplemente” en crear esferas de inmunidad para los ciudadanos respecto de la actuación de los poderes públicos, sino que tales derechos fundamentales poseen una vocación “irradiante” – el carácter de la ubicuidad – sobre todo el Ordenamiento jurídico alemán en su conjunto<sup>124</sup>.
- iii) Observados los derechos fundamentales como principios/valores, por sus propios caracteres estructurales, tienden a colisionar; en cuyo caso debe acudir a la *ponderación* (para resolver tales colisiones). Por ello la ponderación, desde una perspectiva metodológica, resulta el concepto principal<sup>125</sup>.

Como bien señala Alexy, la Sentencia BVerfGE 7, 198 (Lüth) puede considerarse como el punto de partida de una específica visión acerca de la Constitución alemana que se ha mantenido presente hasta nuestros días. Al respecto, cabe señalar que esta visión que se inicia en Alemania no queda estancada dentro de las fronteras germanas, sino que se expande por la mayor parte de nuestros países.

De entre las tres consecuencias que pueden extraerse del caso *Lüth*, la que ahora me interesa destacar en primer lugar tiene que ver con la vocación irradiante del contenido

---

<sup>122</sup> BVerfGE 7, 198 (Lüth). La cursiva en negrita es añadido mío.

<sup>123</sup> BVerfGE 7, 198 (Lüth). La cursiva en negrita es añadido mío.

<sup>124</sup> Así, por ejemplo, el TCF alemán señala que: “El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales (§90 BVer-GG), cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil”.

<sup>125</sup> ALEXY, 2010: 108-109.

constitucional sobre el conjunto del Ordenamiento jurídico. Esta vocación, como señalo, no sólo ha sido observada en Alemania, sino en prácticamente la totalidad de países europeos y latinoamericanos. Sobre este extremo, podrían reseñarse infinidad de sentencias - de diversos países - a modo de botón de muestra, pero, por cuestión de espacio, aquí simplemente haré referencia a una de las sentencias que en España suponen “los inicios” del asentamiento de esta visión. Así, la Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional español expresamente dice que:

“Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el “fundamento del orden jurídico y de la paz social”. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa<sup>126</sup>”.

Como puede apreciarse fácilmente en el extracto jurisprudencial señalado, los derechos fundamentales suponen así no sólo un límite a la actuación del conjunto de los poderes estatales, sino que se conceptualizan de manera que suponen el desarrollo e impulso directivo de su propia actividad. Por ello, puede decirse, el modelo de sistema

---

<sup>126</sup> Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional español, Fundamento Jurídico cuarto.

jurídico que emerge de la concepción constitucional vigente presenta a una Constitución (absolutamente) “invasora” respecto del mismo<sup>127</sup>.

Así, según esta concepción, a la que se adhiere nuestra jurisprudencia y buena parte de la teoría y doctrina contemporánea, la Constitución se concibe de tal modo que el resto del Ordenamiento jurídico viene a suponer un *desarrollo* de la misma, de sus exigencias regulativas que constituyen el contenido propio de las acciones jurídicas y políticas legítimas. El contenido constitucional – derechos, libertades, bienes y objetivos constitucionales – vienen a transformarse, de este modo, en la fuente central para determinar el contenido legítimo del resto del Ordenamiento jurídico que, por ello, no puede presentar un carácter autónomo respecto de la propia Constitución. Y es que, parafraseando a Aguiló, “el contenido del orden jurídico legítimo ya no resultará explicable en términos de respeto de los límites y discrecionalidad entendida como libertad; sino en términos de una concreción de los derechos a partir de una “razonable” ponderación de bienes y principios constitucionales<sup>128</sup>”. Por ello, y a través de lo que en la jurisprudencia constitucional de buena parte de nuestros países se ha conocido como el principio de *igualdad* y *razonabilidad* de la legislación y el resto de actos normativos, se ha asentado un exhaustivo control a la actividad de los poderes constituidos en relación con el contenido y exigencias regulativas constitucionales. A título de ejemplo sirva un extracto de la STC español, 22/1981:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado (...) que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. (...) no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. (...). La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter

---

<sup>127</sup> COMANDUCCI, 2003: 83. En este sentido, igualmente escribía en COMANDUCCI, 1998, el “procedimiento de constitucionalización” de nuestros Ordenamientos Jurídicos, “una vez llevado a cabo completamente, conduce a concebir la legislación (primaria y secundaria) como actuación y concretización de los principios constitucionales, que así realizan una presencia pretenetante en cada rama del Derecho.

<sup>128</sup> AGUILÓ, 2001.

general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (...) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma; ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria<sup>129</sup>”.

Como nota accesoria, debe señalarse como no son pocas las voces discrepantes al respecto. A título de ejemplo, Jiménez Campo considera que la visión expuesta implica que la “legislación se reduzca a la exégesis de la Constitución” cuando, a su juicio, la Constitución dista de ser un programa “completo”<sup>130</sup>. Pero, *de facto* es así como se observa a la misma; es decir, la Constitución es vista como un orden de valores “completo” (mejor dicho, con tendencia a la “completitud”) que ha de condicionar por entero el conjunto del Ordenamiento jurídico<sup>131</sup>.

#### **4.2 La ubicuidad de la Constitución y la justicia constitucional.**

Es preciso subrayar que, (también) en los países propios de *civil law*, el control que sigue a la ubicuidad de la Constitución no se basa, únicamente, en un tipo de control abstracto. Es decir, no se basa únicamente en el control de constitucionalidad de la ley en cuanto tal, como texto normativo en sí mismo considerado, sino también en su control en cuanto a regla aplicable a las relaciones jurídicas concretas y controvertidas y asumida como base de las decisiones jurisprudenciales<sup>132</sup>. Por lo tanto, no se basa únicamente en aquella concepción que “deriva de la adhesión a la idea de la declaración de inconstitucionalidad como decisión de anulación de la ley, es decir, como *contrarius actus* respecto a la aprobación parlamentaria que se adopta en un procedimiento normativo especial, donde la ley no se aplica a hipótesis concretas de la vida, y que se confía a un órgano – la Corte Constitucional – que no pertenece al orden judicial pero que se coloca por fuera y por encima de la tripartición de poderes<sup>133</sup>”. Por ello, el modelo de control relativo a la adecuación de la legislación a la Constitución, supera los márgenes de un control de

---

<sup>129</sup> STC español, 22/1981, FJ 3.

<sup>130</sup> JIMÉNEZ CAMPO, 1999: 77 – 80.

<sup>131</sup> GASCÓN, 2016.

<sup>132</sup> ZAGREBELSKY, 2010: 427; GASCÓN, 1994.

<sup>133</sup> ZAGREBELSKY, 2010: 427.

constitucionalidad de naturaleza concentrada y abstracta de inspiración kelseniana<sup>134</sup> al modo escenificado en la Checoslovaquia<sup>135</sup> y Austria de entreguerras (1920)<sup>136</sup>.

Así, como sabemos, un sistema basado en un control de constitucionalidad concentrado y abstracto busca el equilibrio entre estas dos exigencias: la superioridad de la Constitución y la fuerza de ley (lo que en la jurisprudencia alemana se ha denominado *el privilegio del legislador*). Los instrumentos empleados para alcanzar ese equilibrio pueden sintetizarse, básicamente, en dos: la creación de un juez propio para el legislador (la Corte o Tribunal Constitucional), con procedimientos particulares para llevar a cabo el propio control de constitucionalidad, y la obligatoriedad de la ley para la totalidad de los jueces ordinarios y administrativos hasta que la misma sea declarada inconstitucional por ese único órgano competente para hacerlo<sup>137</sup>. Por ello, este sistema puede ser considerado como concentrado, abstracto y constitutivo (en la medida en que la posible sentencia de admisión del recurso de inconstitucionalidad tiene como efecto específico la declaración de nulidad de la ley, es decir, el cese de su eficacia *ex nunc* y *erga omnes*, con lo que se resuelve, de acuerdo con la famosa fórmula kelseniana, en una actividad de “legislación negativa”<sup>138</sup>). El seguimiento de este sistema de control constitucional, según señala Zagrebelsky<sup>139</sup>, trae consigo los siguientes corolarios prácticos:

- i. El control de constitucionalidad se desarrolla en un contexto procedimental de Derecho objetivo y no de derecho subjetivo, es decir, se orienta de manera principal a asegurar la coherencia del sistema normativo respecto del contenido constitucional y no a la protección de las posiciones subjetivas garantizadas por dicho contenido.

---

<sup>134</sup> Ver KELSEN, 1988 a.

<sup>135</sup> RUÍZ MIGUEL, 2004; que igualmente nos recuerda como “en ese período de entreguerras, aunque con escasa virtualidad práctica, la II República española también se dotaría de un tribunal semejante (1931), al que se agregó la competencia sobre el “recurso de amparo de garantías individuales.” El otro país que siguió el ejemplo austriaco y checoslovaco fue Lichtenstein (1921) – referencia extraída de FERRERES, 2011: 25 -.

<sup>136</sup> Según señala FERRERES, 2011: 20, una de las causas que explican el porqué de la instauración de modelos de control de constitucionalidad de naturaleza abstracta y concentrada en la Europa continental, se explica dada la enorme influencia de las ideas revolucionarias francesas – según las cuales el papel de los jueces fue entendido de un modo más restrictivo que en Estados Unidos - en el continente europeo. Por ello “hubo que buscar más adelante un esquema institucional alternativo al americano para salvaguardar la supremacía de la Constitución frente a la legislación ordinaria. Así nacieron los Tribunales Constitucionales, órganos encargados de controlar la ley, pero que no forman parte del poder judicial ordinario”.

<sup>137</sup> ZAGREBELSKY, 2010: 427 - 428.

<sup>138</sup> KELSEN, 1988. Ver MENDONCA Y GUIBOURG, 2004: 156.

<sup>139</sup> ZAGREBELSKY, 2010: 428.



- ii. Las decisiones de inconstitucionalidad asumen la naturaleza de “legislación negativa”.
- iii. Antes de la declaración de inconstitucionalidad la ley resulta, en todo caso, obligatoria para todos.
- iv. La interpretación del contenido constitucional queda vedada a la Corte o Tribunal Constitucional; los jueces ordinarios y administrativos no pueden entrar a interpretar la eventual conformidad de la ley con la Constitución.

Pues bien, obvia decir que cualquiera que se acerque a las realidades constitucionales vigentes apreciará con rotunda claridad que tales corolarios no son los que imperan en las mismas; ni tan siquiera en aquellos países en los que el constituyente pensó diseñar un sistema concentrado y abstracto para el control de constitucionalidad, como es el caso paradigmático de Italia<sup>140</sup>. Los motivos que me interesa destacar y por los cuales nuestras prácticas constitucionales no resultan reconducibles a este tipo de control concentrado abstracto son, en esencia, los siguientes<sup>141</sup>:

- i. El carácter incidental de la cuestión de inconstitucionalidad y del recurso de amparo. Como resulta por todos conocido, en nuestros Ordenamientos constitucionales la cuestión de inconstitucionalidad de una ley sobre las que existan dudas razonables acerca de su conformidad con la Constitución, advertida dentro de cualquier procedimiento judicial, será remitida a la Corte o Tribunal Constitucional por el juez ordinario, cuando

---

<sup>140</sup> En este sentido, por ejemplo, AHUMADA RUÍZ, 2002, escribe: “los Tribunales Constitucionales han pasado del control de constitucionalidad al de “microconstitucionalidad”, del control de la ley al control de la aplicación de la ley, de la preocupación por la constitucionalidad de la ley en abstracto, a la prioridad del examen de su constitucionalidad en relación a supuestos concretos de aplicación”. En términos parecidos se pronuncia FERRERES, 2011: 35, cuando nos recuerda cómo “la tendencia general en la Europa occidental se mueve en la dirección de un sistema de control de constitucionalidad que se suele efectuar en el contexto de casos concretos (...). El control abstracto promovido a través del recurso de inconstitucionalidad es menos frecuente en la práctica”.

<sup>141</sup> ZAGREBELSKY, 2010: 428 y ss. Cabe mencionar cómo junto con las dos causas que señalo en el cuerpo del texto, y en relación a los países miembros de la Unión Europea, podría señalarse otra causa de “ruptura” con el modelo de control concentrado y abstracto. Así, como nos recuerda FERRERES, 2011: Capítulos 11 y 12, en el seno de la Unión europea los tribunales constitucionales han perdido el monopolio que ostentaron en el pasado – también – en el siguiente sentido. Ya no son los únicos tribunales nacionales que pueden descalificar una ley emanada del Parlamento por contradecir las normas superiores, pues en la actualidad todo el conjunto de los jueces ordinarios está obligado a dejar de lado las leyes nacionales que colisionen con el Derecho de la Unión Europea, y pueden hacerlo directamente, sin necesidad de solicitar la intervención del Tribunal Constitucional. Particularmente relevante resulta el hecho de que tales jueces ordinarios pueden inaplicar toda aquella legislación nacional que consideren incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ésta, sin embargo, será una causa de ruptura con el modelo concentrado y abstracto que no abordaré directamente en el cuerpo del texto.

la resolución del proceso o procedimiento en el que aparece involucrado la ley (u otro acto normativo) no pueda darse con independencia de la resolución previa de la propia cuestión de inconstitucionalidad<sup>142</sup>. Por su parte, el recurso de amparo se dirige, entre otros extremos, a impugnar las decisiones judiciales o administrativas que se considera que vulneran los derechos y libertades constitucionales<sup>143</sup>. Pues bien, en ambos casos, nos encontramos ante un tipo de control de la legislación frente a la Constitución de tipo incidental en el que aparecen involucradas situaciones subjetivas, lo cual ya constituye un primer elemento de ruptura del modelo de control concentrado y, sobre todo, abstracto. Para entender mejor esto, voy a tomar prestado un ejemplo del propio Zagrebelsky. En Italia se daba la existencia de la ley de adopción según la cual entre el menor adoptado y los padres adoptivos debía existir una diferencia de edad no inferior a los 18 años ni superior a los 40 años. Respecto de esta norma, como resulta fácil apreciar por su contenido, no se cuestionaba su constitucionalidad en abstracto. Ahora bien, se presenta el siguiente caso: una pareja había adoptado válidamente a un menor de edad, y entre los padres adoptivos y el menor adoptado se daba la pertinente diferencia de edad (más de 18 menos de 40 años). El menor, sin embargo, tenía un hermano más pequeño con el cual había compartido su vida. La diferencia de edad entre el hermano más pequeño y sus potenciales padres adoptivos (que ya lo iban a ser de su hermano) era de más de 40 años. La ley resultaba clara en sus consecuencias al caso: no podía darse la adopción del hermano pequeño. ¿Qué estableció la Corte Constitucional italiana en su Sentencia 148/1992? La Corte finalmente acabó decretando el sí a la adopción, sin

---

<sup>142</sup> Del mismo modo, cabe tomar en consideración como, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se limitará a declarar si la ley cuestionada es o no conforme a la Constitución, por lo que incumbe al juez ordinario que promovió la cuestión dictar sentencia para resolver de manera definitiva el litigio, tomando en consideración la respuesta dada por el Tribunal Constitucional. Ver, a título de ejemplo, FERRERES, 2011: 33.

<sup>143</sup> Esta posibilidad se reconoce de manera expresa en algunos países (Alemania, Austria, España, etc.), y los individuos pueden ejercitar dicho recurso de amparo, en términos generales, si entienden que alguno de los poderes públicos han vulnerado sus derechos fundamentales. Como nos recuerda el mismo FERRERES, 2011: 34, en la mayoría de los casos en los que la queja del ciudadano se encuentra fundada, la decisión del poder público que vulnera un derecho fundamental se basa en una interpretación o aplicación incorrecta del Derecho “ordinario” – de las normas infra-constitucionales -. Sin embargo, en ocasiones es la propia ley aplicable la que aparece viciada de inconstitucionalidad, por ello, en este último tipo de supuestos, el Tribunal Constitucional examina la ley y se pronuncia acerca de su propia validez.

haber expulsado del Ordenamiento, por inconstitucional, la ley de adopción sino habiendo observado en la misma una excepción, a la luz de las circunstancias particulares expuestas, basada en el principio de la tutela de los intereses del menor y la reconstrucción de un ambiente familiar adecuado; es decir, realizó un control de la legislación frente a la Constitución involucrando en dicho control una situación subjetiva, un supuesto concreto de aplicación de la ley.

- ii. El ya citado principio de *igualdad y razonabilidad* de la legislación y el resto de actos normativos, que debe ser entendido como un imperativo para tratar de un modo igual las situaciones razonablemente similares y de un modo distinto las situaciones razonablemente diversas. Como indica Zagrebelsky, entendida de esta manera, “la igualdad comporta la contracción del carácter general de la ley y la multiplicación de las leyes con “generalidad reducida” o, dicho de otra forma, de las leyes con “generalidad relativa” (...)”<sup>144</sup>. La consecuencia más importante al respecto, cabe remarcar, resulta ser que el contenido constitucional ya no queda bajo la interpretación y aplicación exclusiva de la Corte o Tribunal Constitucional, sino que se difunde “en la vida del Derecho a través de la jurisprudencia”, pues ninguna ley queda exenta de ser observada bajo la lupa del principio de igualdad o de ser comprendida como razonable o irrazonable a la luz de las circunstancias concretas y acorde con las exigencias constitucionales.

Dada la insuficiencia o inadecuación del control concentrado y/o abstracto de constitucionalidad, en el contexto de nuestras prácticas constitucionales vigentes, podríamos llegar a compartir la reflexión de Prieto Sanchís, según el cual, “el Tribunal Constitucional es una herencia de otra época, de aquella que concebía a la Constitución como una norma interna a la vida del Estado, separada del resto del sistema jurídico y, por tanto, inaccesible para la justicia ordinaria”<sup>145</sup>. Por ello, podemos también cuestionarnos si el hecho de que el modelo de control kelseniano siga estando vigente en países como Alemania, Italia, España o Portugal “se cifre más en la apariencia de su forma

---

<sup>144</sup> ZAGREBELSKY, 2010: 434.

<sup>145</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003: 156, nota al pie 59. Ver también PRIETO SANCHÍS, 2001.

de organización que en la realidad de su funcionamiento<sup>146</sup>”. Sin embargo, creo que la conclusión que expone Prieto Sanchís no resulta del todo adecuada. Para entender el porqué no, podemos oponer a este “ya no vigente” modelo concentrado, (constitutivo) y abstracto de inspiración kelseniana su modelo antónimo<sup>147</sup>, el estadounidense, para comprender en mayor medida cuál es el modelo que opera en la actualidad en la mayor parte de los países del *civil law*, más específicamente, de la Europa continental<sup>148</sup> (que, de nuevo, podría en parte verse como un híbrido entre dos modelos<sup>149</sup>).

Como antes expuse, la primera fórmula adoptada con éxito en la historia del constitucionalismo para controlar la compatibilidad de las normas legales con las normas constitucionales se propagó, a raíz de la *Sentencia Marbury vs Madison*, en Estados Unidos. Y la misma vino a consistir en encomendar a todos los jueces (“ordinarios”) tal tarea. Por ello, el sistema estadounidense de *judicial review of legislation* debe ser entendido como un sistema difuso, declarativo y concreto: difuso, en tanto en él cualquier juez está legitimado para ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes que debe aplicar; declarativo porque el juez que declara inconstitucional la ley no la anula, sino que se limita a no tenerla en cuenta; concreto, porque el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de la ley no se desarrolla en un contexto procedimental de Derecho objetivo, sino de derecho subjetivo, es decir, no se orienta de manera principal a asegurar la coherencia del sistema normativo respecto del contenido constitucional, sino a la protección de las posiciones subjetivas garantizadas por dicho contenido, teniendo por

---

<sup>146</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003: 127.

<sup>147</sup> Para una contraposición entre ambos modelos de justicia constitucional ver RUÍZ MIGUEL, 2000.

<sup>148</sup> Aunque cabe destacar como el modelo de inspiración kelseniana o concentrado ha ejercido cierta influencia en diversos países de América Latina, que se han desviado parcialmente del modelo de control difuso que se estableció inicialmente en el siglo XIX y han ido virando también (aunque en dirección opuesta a la llevada en Europa) hacia un modelo mixto que incluye algunos ingredientes del modelo centralizado. Como analiza FERRERES, 2011: 28, “el sistema es mixto en la medida en que todos los tribunales suelen tener atribuida la potestad de ejercer el control de constitucionalidad con motivo de los litigios concretos, pero, además, las leyes pueden ser invalidadas formalmente por un determinado órgano”, función, ésta última, por la que se han creado numerosos Tribunales o Cortes Constitucionales a lo largo del continente americano o instituido Salas Constitucionales dentro de algunos Tribunales o Cortes Supremas.

<sup>149</sup> Un modelo híbrido que puede ser observado como el derivado de las “crisis internas” al modelo de centralizado de control, y que derivan, básicamente, tal y como se ha indicado en el cuerpo del texto, “del principio que exige a los jueces ordinarios interpretar las leyes a la luz de la Constitución” – pues – “aunque los jueces – ordinarios – no pueden inaplicar por sí mismos las leyes (pues sólo el Tribunal Constitucional puee declarar su invalidez), deben interpretarlas a la luz de la Constitución. Esta división del trabajo entre el Tribunal Constitucional (encargado de la invalidación de las leyes) y los tribunales ordinarios (que pueden hacer interpretaciones conforme a la Constitución de esas mismas leyes) no es fácil de precisar en la práctica. ¿Cuándo puede decirse que un juez ordinario está todavía “interpretando” un precepto legal en nombre de la Constitución” y no “corrigiéndolo”?”; FERRERES, 2011: 22, Capítulo X.

ello sólo efectos *inter partes* la aplicación o no aplicación de la ley (en base a que se considere constitucional o no constitucional)<sup>150</sup>.

Pues bien, puede decirse que los sistemas de “control constitucional” que actualmente se encuentran vigentes, al menos, en buena parte de países europeos (y algunos latinoamericanos) viene a constituir una suerte de híbrido entre el modelo estadounidense y el modelo kelseniano, es decir, un tipo de sistema “mixto”. Y es que, como sintetizan Mendoca y Guibourg, este sistema recibe el carácter concreto y difuso del sistema estadounidense (yo diría, recibe “algo” – si se quiere, buena parte - de ese carácter concreto y difuso), y lo combina con la eficacia constitutiva de las decisiones de estimación mediante la concentración, en el Tribunal o Corte Constitucional, de la tarea de decidir sobre cuestiones de inconstitucionalidad. Tal combinación se lleva a cabo a través de la suspensión del juicio en curso ante el juez ordinario y la remisión de la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. De esta manera, las sentencias del Tribunal Constitucional no sólo producen efectos en el juicio que surge la cuestión, sino también en otros casos pendientes o futuros y *erga omnes*<sup>151</sup>. En definitiva, tal y como nos recuerda Ferreres, en modelos como el alemán, el italiano o el español los jueces ordinarios participan indirectamente en la función de control de la ley (sobre todo a través del principio de “igualdad y razonabilidad” de las distinciones hechas por el legislador – y/o de la doctrina de la “interpretación conforme<sup>152</sup>” - y de la cuestión de inconstitucionalidad), sin embargo, es el Tribunal Constitucional el que ostenta el denominado “monopolio de rechazo”, en tanto que sólo él puede declarar con efectos generales que determinada ley es contraria a la Constitución (a través de las decisiones emitidas ante el *recurso*<sup>153</sup> o *cuestión* de inconstitucionalidad). Y este es, en efecto, el principal rasgo que aún se conserva del modelo “europeo” de justicia constitucional de

---

<sup>150</sup> Ver MENDONCA; GUIBOURG, 2004: 156.

<sup>151</sup> MENDONCA; GUIBOURG, 2004: 156-157.

<sup>152</sup> Ver FERRERES, 2011: Capítulo X; GUASTINI, 2016: 185.

<sup>153</sup> Cómo por ejemplo expone el propio FERRERES, 2011: 32 y ss., el recurso de inconstitucionalidad supone un mecanismo para impugnar leyes ante el Tribunal Constitucional, que suele ponerse en manos de instituciones públicas como el gobierno, el defensor del pueblo, el fiscal general del Estado, el Parlamento, una minoría cualificada de parlamentarios o, en algunos países, directamente los propios ciudadanos. A través de este procedimiento los preceptos legales son “atacados” de manera directa y en abstracto, pues no existe caso concreto que esté ligado al procedimiento. Del mismo modo, normalmente, el recurso debe plantearse una vez que la ley ha sido promulgada, aunque en algunos países existe también el control preventivo o *a priori*, que permite impugnar leyes con anterioridad a su promulgación.

inspiración kelseniana<sup>154</sup> - y que, cabe decir, ha sido exportado a muchos países latinoamericanos en la actualidad -.

Por lo anterior, pese a ser cierto que nuestro actual modelo de control jurisdiccional constitucional no se adecúa a los parámetros de abstracción y concentración (no al menos al cien por cien), si al menos lo hace respecto de la eficacia constitutiva de las decisiones de los Tribunales o Cortes Constitucionales, dado su “monopolio de rechazo”. Por ello, pese a ser cierto que la idea de que control concentrado – al igual que sucede con la idea de control “únicamente” abstracto - parece haber quedado diluida en la práctica totalidad de sistemas europeos, y en esto Prieto Sanchís tiene razón, creo que de ello no se deriva necesariamente que debamos observar a los Tribunales Constitucionales como herencia de otra época, en el sentido de que su “justificación” parece únicamente derivada de inercias que aún no han cambiado, dado que entiendo que, independientemente de que se acepte como algo adecuado o no, el hecho de que los mismos sigan ostentando el “monopolio de rechazo” es lo que opera en su justificación principal (que no única<sup>155</sup>) como institución que tiene “algún sentido” o “razón de ser” y que hace, todavía, que debamos diferenciar entre el modelo europeo<sup>156</sup> (aun cuando ya no se correspondan plenamente al modelo ideado por Kelsen) y el estadounidense (aunque ya en la actualidad existan entre ambos sistemas elementos comunes, como el control, también, concreto y difuso dentro del modelo europeo, y, en el específico caso de la realidad estadounidense, el principio de *stare decedis*, que hace que los efectos de

---

<sup>154</sup> FERRERES, 1997: 17 y 2011: 29 y ss. Aunque, como señala WALDRON, 2006, bien podría decirse que las sentencias en materia constitucional dictadas por la Corte Suprema estadounidense presentan análogos efectos constitutivos a los de las sentencias dictadas por nuestras Cortes o Tribunales Constitucionales – en este sentido ver también GASCÓN, 2016 -. Pero en todo caso, en mi opinión, aún puede sostenerse la diferencia entre el modelo norteamericano y el europeo, en tanto en el primero ese poder constitutivo ha surgido como producto de la propia *praxis* (o sólo adquiere pleno sentido en la tradición el *Common Law*), y, en consecuencia, en algún sentido, presenta menor grado de contundencia (o, al menos, lo presentaría para los países del *Civil Law*), mientras que en el segundo es el resultado de un deliberado diseño institucional que expresamente otorga el mismo a nuestras Cortes y Tribunales constitucionales. Para una diferenciación exhaustiva entre ambos modelos, ver FERRERES, 2011.

<sup>155</sup> Existen otras razones o argumentos en favor del modelo europeo de control judicial de constitucionalidad, como la que apela al valor de seguridad jurídica, conforme al cual se considera que un modelo descentralizado a la norteamericana no funcionaría bien en los países europeos que pertenecen a la tradición del *civil law*, por lo que es mejor concentrar el control de constitucionalidad en un único tribunal – ver FERRERES, 2011: 20 y 21, Capítulo III -; las que apelan a la contribución de los Tribunales o Cortes constitucionales al debate general que se desarrolla en la sociedad en torno a los principios constitucionales, dada la notable visibilidad de los mismos y de su actividad, etc.

<sup>156</sup> En concreto, en la actualidad, dieciocho Estados de la Unión Europea cuentan con Tribunales Constitucionales: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal y Rumanía – nota extraída de FERRERES, 2011: 25 -.

declaración de ilegitimidad constitucional - especialmente cuando proceden de la Corte Suprema- produzcan efectos, en términos prácticos, generales).

#### **4. En definitiva: la constitucionalización de nuestros Ordenamientos Jurídicos.**

Lo hasta aquí expuesto nos sitúa en posición de poder entender cómo nuestros Ordenamientos jurídicos contemporáneos han experimentado un paulatino proceso de transformación fruto del cual han resultado totalmente impregnados por las normas constitucionales. Según hice referencia en los inicios del capítulo, Guastini expresa de manera sucinta y magistral este fenómeno al que rotula como la “constitucionalización de nuestros Ordenamientos Jurídicos”, advirtiendo cómo un Ordenamiento Jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora que condiciona la legislación, la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los sujetos políticos, así como las relaciones sociales<sup>157</sup>. Para exponer de un modo adecuado esta idea (que entiendo que resulta pacíficamente aceptada), el propio Guastini presenta una lista de “condiciones de constitucionalización”; lista que reproduciré aquí a modo de resumen de lo hasta ahora señalado. En todo caso, como advierte él mismo, el concepto “constitucionalización” no es un concepto bipolar (todo o nada, verdadero o falso), sino que se trata de un concepto gradual; un Ordenamiento Jurídico puede estar más o menos constitucionalizado, y ello depende de cuántas y cuáles de las condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel Ordenamiento.

En particular, el teórico italiano presenta una lista de ocho condiciones que el Ordenamiento debe satisfacer para poder ser entendido como completamente impregnado, embebido, por la Constitución. Tales condiciones no pretenden presentarse como exhaustivas, aunque, a mi juicio, en buen grado lo son. De entre las mismas, sólo las tres primeras se presentan como condiciones necesarias (esto es, si no se dan las tres no puede decirse en modo alguno que el Ordenamiento Jurídico esté “constitucionalizado”), y guardan relación directa con la estructura del Ordenamiento, mientras que las restantes (fuertemente interrelacionadas) se presentan como condiciones accesorias (esto es, pueden darse “sólo” algunas de ellas, y/o pueden darse en mayor o menor grado), y guardan relación con la ideología difundida en la cultura jurídica del país de que se trate. Tales condiciones son las siguientes:

---

<sup>157</sup> GUASTINI, 2003: 49.

- i. La existencia de una Constitución “larga”. Puede distinguirse entre Constituciones breves, que son aquellas que se limitan a disciplinar la organización de los poderes públicos, y Constituciones largas, aquellas que junto a ello también contienen disposiciones que confieren derechos, disposiciones de principio, y disposiciones programáticas. Pues bien, como se ha visto, casi todas – por no decir todas - las Constituciones vigentes son, en este sentido, largas<sup>158</sup>.
- ii. La presencia de una Constitución rígida. Una Constitución es (o puede ser considerada como) rígida si la misma es escrita y sus disposiciones se encuentran por encima de la legislación ordinaria, en el sentido de que no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas sino mediante un procedimiento especial de revisión constitucional que sea más complejo respecto del procedimiento relativo a la legislación ordinaria.  
Guastini acierta a señalar al mismo tiempo como la constitucionalización es más acentuada en aquellos ordenamientos en los cuales existen principios constitucionales que no pueden ser suprimidos, es decir, intangibles. Dicha intangibilidad puede estar expresamente contemplada en la propia Constitución<sup>159</sup>, o ser producto de la doctrina o jurisprudencia de los tribunales constitucionales, que entienda como inmutables determinados principios constitucionales (aun cuando su intangibilidad no venga expresamente consagrada en el propio texto constitucional)<sup>160</sup>.
- iii. La garantía jurisdiccional de la Constitución. Puede afirmarse que la rigidez constitucional, aun formalmente preceptuada, no se encuentra verdaderamente garantizada en ausencia de algún control de conformidad de las leyes con la Constitución. En la mayor parte de nuestros Ordenamientos dicho control es encargado a un órgano jurisdiccional (o semi-jurisdiccional<sup>161</sup>). Cabe no

---

<sup>158</sup> GUASTINI, 2016: 177.

<sup>159</sup> A título de ejemplo, como sean los casos de las Constituciones de Alemania, Francia, Italia, Grecia, Portugal o Chipre.

<sup>160</sup> A título de ejemplo, puede observarse la doctrina de la “sustitución de la Constitución”, elaborada por la Corte Constitucional colombiana, en sentencias como: C-551/2003, C-970/2004, C-1040/2005, C-588/2009 y C-141/2010. Véase BERNAL PULIDO, 2013. Puede señalarse también a título de ejemplo la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 1146/1988, en la que se establecen los límites materiales al poder de reforma constitucional; véase GUASTINI, 2010: 100-102; FERRAJOLI, 2012 a.

<sup>161</sup> KELSEN, 1988 a.



obstante advertir como pueden darse distintos sistemas de control, encuadrables en tres modelos fundamentales:

- a) El modelo (tipo) estadounidense; dónde, como ya se ha indicado, se ejerce un control *a posteriori*, por vía de excepción, y, por ende, *in concreto*, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional. Las consecuencias principales que derivan de este modelo son dos: en primer lugar, posibilitan que una ley inconstitucional entre en vigor y sea aplicada durante mucho tiempo antes de que un juez declare su ilegitimidad constitucional; en segundo lugar, dicha declaración (en teoría) no produce efectos generales sino sólo *inter partes*. Aunque lo cierto es que, en el específico caso de la realidad estadounidense, por mor del principio *stare decisis*, los efectos de declaración de ilegitimidad constitucional (especialmente cuando proceden de jurisdicciones superiores) producen efectos, en términos prácticos, generales<sup>162</sup>.
  
- b) El modelo (tipo) francés<sup>163</sup>; dónde se ejerce un control *a priori*, por vía de acción, y, por lo tanto, *in abstracto*, ejercido por un Tribunal Constitucional (o por un órgano similar)<sup>164</sup>. Este tipo de control impide, teóricamente, que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor; aunque, a efectos prácticos, ello no sea del todo cierto, puesto los posibles efectos inconstitucionales de una ley no pueden siempre considerados por adelantado, sino que, al menos en

---

<sup>162</sup> WALDRON, 2006 o 2015.

<sup>163</sup> Aunque con la aprobación de la ley de revisión constitucional 724/2008 se ha introducido en Francia, junto al control de constitucionalidad preexistente (preventivo, abstracto y directo frente al Consejo Constitucional), una forma de control incidental, sucesivo y en concreto – a título de ejemplo ver FERRERES, 2011: 35 -. Este modelo francés se ha reproducido en buena medida en Chile, dado que el Tribunal Constitucional chileno conoce de la acción abstracta de inconstitucionalidad que pueden ejercer algunos funcionarios políticos sobre proyectos de ley todavía no aprobados por el Congreso, y, además, conoce obligatoriamente de todas las leyes orgánicas constitucionales aprobadas por el Congreso antes de ser promulgadas por el Ejecutivo. Se trata, por lo tanto, de dos vías de control *a priori*. Del mismo modo cabe destacar como la reforma constitucional del año 2005 aprobada en Chile también habilita al Tribunal constitucional a conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad, incorporando de este modo un típico control *a posteriori*. Ver LINARES, 2008: 170.

<sup>164</sup> Este tipo de control “equivale en efecto en la etapa de un proceso legislativo multicameral, con el tribunal operando como un senado tradicional”; WALDRON, 2015: 163.

ocasiones, hace falta para ello atender a su impacto sobre futuros casos concretos.

- c) El modelo (tipo) alemán, italiano, español, etc. (de casi todos los Ordenamientos de Europa continental); dónde se ejerce un control *a posteriori*, por vía de excepción, y, por ello, - generalmente - *in concreto*<sup>165</sup>, llevado a cabo por un Tribunal Constitucional. Las consecuencias que derivan de este modelo son dos: no impide la entrada en vigor de leyes inconstitucionales; y la declaración de ilegitimidad constitucional de una ley tiene efectos *erga omnes*.
- iv. La fuerza vinculante de la Constitución. Como se dejó visto en el primer apartado, las Constituciones contemporáneas del *civil law* (al menos desde la Constitución mexicana de 1917 o desde la Constitución de Weimar de 1919), no únicamente contienen normas constitutivas o una parte orgánica, sino también declaraciones de derechos (que contemplan derechos de libertad, políticos o de participación democrática, sociales, etc.) y toda una serie de objetivos colectivos de muy diverso tipo (la protección del medio ambiente, del patrimonio histórico-artístico, la distribución equitativa de la riqueza, etc.) y tales declaraciones de derechos y listado de objetivos – como abordaré con algo de detalle en el siguiente capítulo - no aparecen principalmente formuladas mediante reglas claras y precisas, sino enunciadas mediante principios que no resultan susceptibles de aplicación directa sino que exigen, de manera previa a ella, ser concretados y, en caso de conflicto, ponderados. Pues bien, pese a ello, en el seno de nuestras culturas jurídicas contemporáneas se entiende que toda norma constitucional, con independencia de su estructura y/o de su contenido, resulta una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Esto último, no obstante, será matizado en el último capítulo. Lo que si estoy en disposición de señalar ya es cómo Guastini parece olvidar el procedimiento propio del *recurso de inconstitucionalidad*, que, cómo por ejemplo nos recuerda FERRERES, 2011: 32, implica que las leyes son “atacadas” de manera directa y en abstracto, pues no existe caso concreto al que esté ligado el procedimiento. En efecto, parece que Guastini únicamente está pensando en la *cuestión de inconstitucionalidad* a la hora de calificar el control constitucional como un control “*in concreto*”.

<sup>166</sup> Ver también CERVANTES ANDRADE, 2017: 59. Como nos ilustra el propio Guastini, por ejemplo, después de la entrada en vigor de la Constitución italiana (1948), y antes de la concreta activación de la Corte Constitucional (1956), la Corte de casazione solía distinguir entre dos tipos de normas

- v. La “sobreinterpretación” de la Constitución. Como apunté, según Guastini toda Constitución, vista como texto normativo, resulta finita o limitada, en el sentido expuesto de que no resulta capaz de dar cobertura a todos los supuestos que puedan acontecer en la vida social o política de la comunidad para la que rige. Es por ello que entiende que toda Constitución contiene lagunas, ahora bien, como sabemos, para Guastini toda laguna depende de cómo está interpretado el texto en cuestión; en particular, toda Constitución es susceptible de dos (grandes) tipos de interpretación: una restrictiva o literal y una extensiva. Pues bien, este segundo tipo de interpretación es el que resulta respaldada por las culturas jurídicas de buena parte de nuestros países, produciendo una verdadera “sobre-interpretación” de nuestros textos constitucionales, de modo que de los mismos se extraen numerosas normas implícitas, no expresas, adecuadas para regular cualquier aspecto de la vida social y política, atenuando el espacio para que la legislación ordinaria pueda escapar del control constitucional, es decir, atenuando la esfera de discrecionalidad legislativa. Y ello, se hace, precisamente, mediante una actitud interpretativa que evita que el Derecho constitucional sea “lagunoso”. A su vez, como se acaba de apuntar, nuestras Constituciones son vistas como portadoras de principios y no de reglas; y, precisamente, un instrumento “adecuado” para dicha sobre-interpretación de la Constitución es tratar a sus disposiciones como si expresaran no ya reglas (relativamente) precisas, sino principios de contenido (potencialmente) indeterminado<sup>167</sup>. Ello provoca como consecuencia principal el que los principios constitucionales son capaces de generar (mediante oportunas técnicas argumentativas de los intérpretes) una innumerable cantidad de normas no expresas, idóneas para concretar o adecuar tales principios<sup>168</sup>.

---

constitucionales: i) por un lado las (raras) normas preceptivas, precisas, vinculantes y, por tanto, inmediatamente susceptibles de aplicación, y ii) por otro lado, las normas de principios y/o programáticas, dirigidas únicamente al legislador, y no aplicables por los jueces hasta que fueran promulgadas las leyes necesarias para concretizarlas. Pues bien, la actual Corte de constitucional italiana, desde su primera sentencia, ha roto con esta forma de pensar.

<sup>167</sup> Como se expondrá, no obstante, esta es la única manera en que podemos interpretar la mayor parte de las disposiciones normativas de las partes dogmáticas de nuestras Constituciones; es decir, no se trata de una actitud interpretativa meramente discrecional, arbitraria o caprichosa aquella que extrae de tales disposiciones principios y no reglas.

<sup>168</sup> GUASTINI, 2016: 183. De aquí su llamada función “normogenética”, es decir, su aptitud para justificar una pluralidad de reglas, sean explícitas o implícitas, ver, FERRAJOLI, 2012 a. Según LUZZATI, 2012:

vi. La aplicación directa de las normas constitucionales. Se ha dejado esbozado como el constitucionalismo contemporáneo tiende a pensar que la función de la Constitución es la de servir de molde al conjunto de las relaciones sociales, a la sociedad civil (junto a la de limitar al poder político); por ello, entiende que el conjunto de nuestras normas constitucionales produce efectos directos y pueden ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia (aun cuando involucre sólo a particulares)<sup>169</sup>. Ello se debe tanto a la difusión en la cultura jurídica de una cierta concepción de la Constitución, cuanto a una cierta actitud de los jueces derivada de ella. Tres pueden señalarse como los supuestos principales en los que el juez “ordinario” aplica directamente la Constitución<sup>170</sup>:

- a) Todo juez aplica la Constitución toda vez que eleva frente al Tribunal constitucional una cuestión de inconstitucionalidad (y, en este sentido, los jueces ordinarios son un filtro ante la jurisdicción constitucional)<sup>171</sup>.
- b) Todo juez aplica la Constitución (en cierto sentido) cuando lleva a cabo una interpretación “conforme” de la ley.

---

37-39 y 115-120 – citado por FERRAJOLI, 2012 a -, este rasgo de tipo pragmático es el más característico de los principios: “lo que hace de una norma un principio es, *grosso modo*, su uso como argumento capaz de justificar una conclusión práctica”.

<sup>169</sup> Por ejemplo, Zagrebelsky entiende que “donde la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para poder servir como regla para casos concretos, aquella debe ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, tanto los jueces como la administración pública y los privados. La Constitución es, en definitiva, fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del Ordenamiento, en todos los tipos de relaciones en los que aquellos pueden entrar (...). Hoy la Constitución se dirige también, directamente, a las relaciones entre los individuos y las relaciones sociales. Por ello, las normas constitucionales pueden ser invocadas, allí donde sea posible, como reglas, por ejemplo, en las relaciones familiares, en las relaciones en las empresas, en las asociaciones, y así sucesivamente”. ZAGREBELSKY: 1991: 105 – citado por GUASTINI, 2016 -.

<sup>170</sup> Ver GUASTINI, 2016: 185; AHUMADA RUÍZ, 2002; FERRERES, 2011: Capítulo X.

<sup>171</sup> FERRERES, 2011: 33.

- c) Todo juez aplica la Constitución cuando hace uso directo de una norma constitucional, y no de una norma de rango infraconstitucional, para resolver una controversia.

Del mismo modo, no puede perderse de vista como el conjunto de la legislación ordinaria es observada como desarrollo de las exigencias constitucionales, es decir, de los principios y de los programas directivos constitucionales.

- vii. La interpretación conforme de las leyes. Como sabemos, en no pocas ocasiones una cierta disposición legislativa puede ser interpretada de modo que se extraiga la norma  $N_1$ , que contradice a la Constitución, o la norma  $N_2$ , que no contradice a la Constitución. Al tipo de interpretación del que resulta la norma  $N_2$ , suele llamársele interpretación conforme, en el sentido que conforma, armoniza, la ley con la Constitución, eligiendo el significado de la disposición normativa, es decir, la norma, que evite toda contradicción con la Constitución; conservando de este modo la validez de la ley. Como resulta obvio, este tipo de interpretación es la que en la actualidad prevalece en caso de duda en torno a la compatibilidad de una ley con la Constitución; prevaleciendo incluso frente a la interpretación literal de la misma.
- viii. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Aquí interesa destacar lo siguiente. En primer lugar, el órgano jurisdiccional que se encarga de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes puede o bien adoptar una postura de *sel-restraint* frente a las *political questions*, respetando de este modo las esferas de discrecionalidad política del legislador (tal y como se recomendaba en la propia sentencia de *Marbury vs Madison*), o bien meter en la discusión las decisiones legislativas aun no siendo éstas claramente inconstitucionales. Esta segunda postura es en cierto modo sostenida en la actualidad por buena parte (por la mayor parte) de nuestros jueces y resulta posible, básicamente, por vía del citado principio de igualdad, cuando aparece reconstruido como principio de “razonabilidad” de las distinciones y clasificaciones efectuadas por el legislador y, por otro lado, por medio de la ponderación de los principios constitucionales cuando entran en conflicto. En segundo lugar, resulta patente

como en nuestras realidades actuales los actores políticos hacen uso de las normas constitucionales, de los principios y valores constitucionales, para tratar de amparar o justificar sus decisiones o medidas políticas.

Pues bien, considero que el (re)examen de estas ocho condiciones que he introducido de la mano de Guastini nos permiten entender bien, ahora sí, la tan extendida afirmación de que se ha producido un genuino cambio de paradigma jurídico fruto del constitucionalismo acontecido en nuestros países tras la Segunda Guerra Mundial. Del mismo modo, nos permiten comprender cómo, tal y como señalaba al inicio, dicho cambio de paradigma no viene expresado únicamente sobre la base de los cambios estructurales acontecidos en los Ordenamientos Jurídicos del *civil law*, de nuestros marcos constitucionales, sino que se encuentra también profundamente relacionado con una compleja concepción constitucional extendida en la cultura jurídica de nuestros países, que Guastini acertó a sintetizar en las cinco últimas condiciones de “constitucionalización” esbozadas en la lista expuesta. Creo, por ello, que hasta lo aquí reseñado nos permite tener la posibilidad de tratar de captar algunos de los rasgos definitorios de nuestras *praxis* constitucionales contemporáneas. Y, a lo que aquí interesa, me permite contextualizar algunos de los problemas asociados o derivados de los mismos.

##### **5. Algunos problemas: apertura, rigidez y jurisdicción constitucional.**

Según se ha expuesto, puede decirse que nuestras actuales Constituciones suponen un híbrido entre el anteriormente rotulado modelo (ideal) de Constitución mecánica y el modelo (ideal) de Constitución normativa. Pues bien, dada esta realidad, en palabras de Troper y para cualquier modelo de Constitución normativa:

“Desde el punto de vista de los constituyentes, se espera que la Constitución respete dos elementos: *la claridad y la precisión de los textos*, que permitan conocer la naturaleza y el contenido de las obligaciones a las que se está sometido; *la consciencia del carácter obligatorio de las disposiciones constitucionales*<sup>172</sup>”.

En relación con el segundo de los elementos a respetar señalado por Troper, cabe indicar que, tal y como se ha advertido, en nuestra(s) cultura(s) jurídica(s)

---

<sup>172</sup> TROPER, 1999. Las cursivas son añadidos míos. Como continúa señalando Troper: “A estos dos elementos se añade a veces el establecimiento de controles destinados a constatar las violaciones y a sancionarlas”.

contemporánea(s) se encuentra ampliamente difundida tal conciencia del carácter obligatorio de las disposiciones constitucionales, pues se encuentra ampliamente difundida la idea o conciencia de la fuerza vinculante de la Constitución, en el sentido reiterado de que toda norma constitucional, independientemente de sus rasgos estructurales y/o de su contenido, resulta vista como una genuina norma jurídica y, además, se entiende como directamente vinculante y capaz de producir efectos jurídicos en todas las esferas del Ordenamiento Jurídico y controversias que se planteen y para las que pueda resultar potencialmente aplicable.

En referencia al primer de los elementos a respetar señalado por Troper, cabe decir, no es de extrañar que autores como Ferrajoli reivindicquen la necesidad de contar con Constituciones que desde un punto de vista semántico sean lo más claras y concisas posibles. En este sentido, el autor italiano considera intolerable que las normas constitucionales se enuncien mediante un lenguaje fuertemente vago y que su contenido sea determinable mediante procesos deliberativos de carácter “abierto”<sup>173</sup>. Sin embargo, como resulta fácilmente constatable, nuestras Constituciones, al menos en sus declaraciones de derechos y enunciación de objetivos y fines colectivos, se expresan precisamente mediante una semántica abierta. Pues bien, ello parece plantear una primera dificultad práctica. En efecto, si nuestras actuales Constituciones contienen una dimensión axiológica, a la que se le imputa un carácter normativo o regulativo, que se considera ostenta preeminencia justificativa sobre la acción del conjunto de los poderes constituidos, pero, a su vez, se enuncia en términos muy abiertos, será obra de los propios poderes constituidos concretar cuáles son los contenidos de las obligaciones constitucionales que teóricamente condicionan su actividad. ¿Resulta ello tolerable?

En respuesta a indicado interrogante, como trataré de exponer en el próximo capítulo, no cabe sino decir que nos vemos abocados a esta realidad de manera necesaria dadas las circunstancias fácticas en las cuales nuestras Constituciones son elaboradas, al

---

<sup>173</sup> A título de ejemplo puede verse FERRAJOLI, 2011 a. Ello, en tanto entiende que tanto el lenguaje constitucional como el legislativo deben buscar el mayor grado de taxatividad semántica que sea alcanzable, es decir, deben hacer uso de conceptos claros y cerrados. De lo contrario, entre otros extremos, cada vez que asistamos a la violación o infracción de una norma constitucional, la constatación de dicha vulneración comportará un grado de discrecionalidad superior al requerido para la valoración de las circunstancias aplicativas de cualquier otra norma legal, como por ejemplo sea la valoración de las circunstancias preceptivas para estimar adecuada la aplicación de una ley penal, y ello le resulta altamente indeseable, porque al igual que repudiamos la excesiva discrecionalidad que puede ser asociada con el resto sectores del Ordenamiento jurídico, deberíamos repudiar la discrecionalidad excesiva, igualmente, respecto de la aplicación del contenido constitucional.

menos o fundamentalmente, en el contexto de democracias representativas. Del mismo modo, independientemente de que la realidad planteada no pueda ser más que ésta, la misma - como igualmente abordaré - es la única que podemos tolerar si nos tomamos en serio los principios que operan como fundamento de cualquier forma de gobierno democrática. Por ello, una primera tarea que me propongo aquí, al hilo de menciona dificultad, consistirá en dar cuenta de cómo la apertura de nuestras Constituciones no resulta de mero capricho, o de la falta de diligencia, de nuestros constituyentes, sino que existen genuinas razones, de peso incuestionable, para que ello no pueda ser más que así. Entiendo entonces que propuestas como la que autores como Ferrajoli lanzan para precisar en el nivel máximo de posibilidades el lenguaje que haya de ser empleado en las normas constitucionales serían un error de partida, a efectos prácticos, insuperable<sup>174</sup>. De manera previa a su exposición, para soportar esta tesis, me bastará por el momento con introducir la siguiente reflexión de Pino, quién considera que nuestras actuales Constituciones presentan las siguientes características principales: i) son fruto de compromisos entre diversas fuerzas políticas con diversas visiones acerca de la sociedad; ii) presentan una connotación pluralista que deriva de su carácter de pacto y de compromiso, de tal modo que asumen el pluralismo, es decir, la diversidad de las concepciones del bien, de la vida buena, de la libertad, de las relaciones sociales, etc., no sólo un dato de hecho, sino también como un valor para ser preservado, y quizás como el único (meta-)valor que es más importante que los otros; iii) debe aplicarse, potencialmente, a toda la sociedad pues la Constitución es, casi literalmente, un proyecto orgánico de fundación de un orden social; iv) están pensadas para durar mucho tiempo<sup>175</sup>.

Saco provecho además de la cita a Pino para remarcar ahora uno de los corolarios que asocia a nuestras Constituciones: están pensadas para durar mucho tiempo. En este sentido, el instrumento principal del cual hace gala el constitucionalismo para tratar de

---

<sup>174</sup> “Lo que permite a Ferrajoli eludir, de esta retórica forma, el problema planteado es su convicción en el carácter definitivo de los derechos fundamentales enunciados constitucionalmente. Éste es el soporte aparentemente firme en que él se apoya pero, en este punto, se equivoca. Para decirlo en pocas palabras: en Ítaca sigue habiendo graves problemas que resolver”. HIERRO, 2011. A su vez, y como señala Andrea Greppi: “Más de una vez se ha dicho que la radical formalización del universo normativo que persigue el constitucionalismo garantista tiene una consecuencia singular, y probablemente no querida, como es cierta tendencia a la despolitización de la práctica democrática. El equilibrio entre democracia y derechos, voluntad de las mayorías e instituciones contra-mayoritarias tiende a caer hacia el primero de los dos polos, al tiempo que el segundo queda despotenciado. La insaciable lógica expansiva de los derechos recorta el juego de mayorías y minorías y acabaría convirtiendo al legislador democrático en un mero gestor de los mandatos constitucionales”. GREPPI, 2011.

<sup>175</sup> PINO, 2011.



lograr este objetivo no es otro que el de la mencionada rigidez constitucional, que - como expondré en el tercer capítulo con algo de detalle - resulta ser una propiedad gradual (y no, como algunos piensan, una propiedad cualitativa, que haya de darse todo o nada). Por ahora baste decir que para afirmar tal rigidez parece necesario contar, al menos, con que para introducir modificaciones en nuestras Constituciones se exijan procedimientos agravados (respecto de los procedimientos propios del cambio en el caso de la legislación ordinaria). Pues bien, cabe decir que Guastini acierta indudablemente cuando señala como (el segundo) elemento necesario, de la lista de condiciones preceptivas para medir la constitucionalización de un Ordenamiento jurídico, la rigidez constitucional. En efecto, sin la presencia de esta condición o propiedad en modo alguno se hubiera podido producir ese proceso producto del cuál nuestros Ordenamientos y prácticas jurídicas se encuentran embebidas, impregnadas, por la Constitución; y es que sin la rigidez constitucional el legislador lo podría todo, es decir, la Constitución no podría nada. Acierta también Guastini a señalar que la constitucionalización es más acentuada en aquellos Ordenamientos en los cuales existen contenidos constitucionales que no pueden ser modificados, es decir, intangibles. Tal intangibilidad, recuérdese, puede venir expresamente contemplada en el texto constitucional (respecto de la totalidad de su contenido o respecto de una parte del mismo) o, por el contrario, ser fruto de la pertinente elaboración doctrinal y/o jurisprudencial. Dados tales contenidos contemplados o considerados como intangibles, cualquier intento de supresión de los mismos queda prohibido, está vetado. Pues bien, ante esta realidad, no queda sino plantear qué es lo que sucede, entonces, con la democracia. Y es que, ya no es tan sólo que nuestro legislador democrático (ordinario) se encuentre “maniatado” por Constituciones largas (primer elemento de la lista de condiciones preceptivas para medir la constitucionalización de un Ordenamiento), esto es, prolijas en el reconocimiento de derechos y libertades y en objetivos de transformación social, sino que, del mismo modo, tal legislador (cuando intente actuar como legislador constitucional por medio del mecanismo de reforma) queda igualmente maniatado por contenidos que, en principio, no puede en modo alguno trastocar. El problema que se plantea sobre este extremo, a mi juicio, debe necesariamente ser abordado.

Si bien, como acabo de señalar siguiendo a Guastini, sin Constituciones largas y rígidas no se hubiera dado el aludido proceso de constitucionalización de nuestros Ordenamientos Jurídicos, como se ha visto, dichas condiciones, que resultan necesarias,

no resultan sin embargo suficientes para explicar el proceso. En efecto, es por ello que Guastini señala como otra de las condiciones necesarias (como la tercera de ellas) la existencia de controles jurisdiccionales en torno a nuestras Constituciones; pues, en realidad, sin dichos controles la propia normatividad y rigidez constitucional resultarían, respectivamente, muy difícil o estéril. En efecto, sin la existencia de órganos y procedimientos de control en relación a las posibles desviaciones de los deberes constitucionales, la pretendida normatividad de nuestras Constituciones sería, a efectos prácticos, casi utópica: debiéramos confiar ciegamente en la capacidad de autocontrol y adaptación de la conducta del conjunto de los poderes constituidos. Es por ello que sin referido control jurisdiccional, la supremacía y rigidez constitucional serían algo así como proclamadas pero no garantizadas. Esto nos lo mostró con rotundidad la experiencia histórica del constitucionalismo francés. En efecto, como sabemos e igualmente se dijo, las primeras Constituciones galas fueron todas ellas (incluso las que nunca entraron en vigor, como la de 1793) rígidas, sin embargo, tuvieron una nula eficacia jurídica. Una de las claves para entender esto es la que ha sido aludida: sin órganos de control la normatividad de la Constitución resulta vacua, estéril.

Según lo recién dicho, tal vez debamos aceptar el que, como por ejemplo señala Caracciolo, la existencia de límites (constitucionales) requiere de hecho la existencia de jueces – o de órganos semi-jurisdiccionales<sup>176</sup> -, porque de lo contrario la regla de decisión colectiva tendría que formularse así: “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que la mayoría entienda que constituye el contenido de los derechos constitucionales”, en cuyo caso, en realidad, no podríamos predicar la existencia de límite constitucional alguno frente a la mayoría, esto es, de Constitución alguna<sup>177</sup>. De ser cierto lo anterior, sin embargo, nos encontramos con que la apertura constitucional que he apuntado como necesaria se convierte en un auténtico problema, que estalla con toda su virulencia, por lo siguiente. En las páginas anteriores he señalado como, habida cuenta la visión actual acerca de cómo deben operar nuestras Constituciones, la actividad de todo el conjunto de los poderes constituidos debe ser entendida como una actividad *sub leges* en relación al (a todo el) contenido constitucional. Esto trae no pocas consecuencias prácticas. Por el momento me limitaré a señalar una sola de tales consecuencias: las cadenas de validez de

---

<sup>176</sup> KELSEN, 1988 a.

<sup>177</sup> CARACCILO, 2016. O admitir que, como señala Elster (ELSTER; SLAGSTAD, 1999: 36), “si la mayoría pudiese interpretar los estatutos que limitan su autoridad, sería irresistible la tentación de forzar la interpretación a su conveniencia”.

cualquier norma infra-constitucional se remontan hasta el contenido constitucional. Ahora bien, este contenido, por ser “abierto”, y si quiere decirse en estos términos, aparece como “potencialmente indeterminado”. Por esta razón, el juicio de validez o invalidez (sustancial o material) de todo el conjunto de normas infra-constitucionales que componen el Ordenamiento jurídico remite a la lectura que se haga de un texto que “habla con muchas voces”. Es por ello que, para muchos, quizá debemos entender nuestras actuales Constituciones “abiertas” únicamente como los sistemas originarios (de nuestros Ordenamientos jurídicos) que, simplemente, determinan el conjunto de secuencias de sistemas jurídicos *posibles* (constitucionalmente adecuados), por lo que “las normas constitucionales constituyen lo que Kelsen (1960, 348-358) denominó un *marco* en el que pueden darse varias posibilidades. A partir del sistema originario es posible generar varias secuencias constitucionalmente adecuadas de sistemas jurídicos. (Por lo que) La Constitución no determina una secuencia lineal de sistemas jurídicos<sup>178</sup>”. Así, según esta visión, por ejemplo, el hecho de considerar constitucional la eutanasia - R<sub>1</sub> - en lugar de considerar inconstitucional la eutanasia - R<sub>2</sub> - puede resultar una respuesta constitucionalmente admisible de conformidad, por poner el caso, con la Constitución española. Sin embargo, dicha Constitución, en realidad (por ser abierta o estar indeterminada), no vendría a prejuzgar o establecer claramente ninguna de las dos respuestas (esto es, en realidad, no existiría algo así como un enunciado interpretativo verdadero o correcto – y único – al respecto, sino varios posibles enunciados interpretativos “aceptables” o “plausibles”, porque la Constitución habla con muchas voces sobre esta cuestión). En consecuencia, la decisión entre R<sub>1</sub> y R<sub>2</sub> no vendría a ser sino una cuestión de elección, elección que conlleva la creación de diferentes secuencias constitucionalmente posibles de sistemas jurídicos: en el sistema S<sub>1</sub> existirá una norma por la que se permitirá la eutanasia, en el sistema S<sub>2</sub> existirá una norma por la que no se permitirá o sancionará la eutanasia. De ser esto cierto, entonces, la Constitución permitiría tanto la respuesta R<sub>1</sub> que da origen a S<sub>1</sub>, como la respuesta R<sub>2</sub> que da origen a S<sub>2</sub>. En esta dirección, por ejemplo, se pronuncia Pozzolo<sup>179</sup> cuando indica que los valores que expresa la Constitución pueden ser declinados de forma diferente, por lo que permanece un amplio margen de discrecionalidad (entendida como libertad) política para el legislador<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> MORESO, 1997: 168.

<sup>179</sup> POZZOLO, 2010: 171.

<sup>180</sup> Ver también GASCÓN, 2016.

Si se acepta lo anterior, en consecuencia, no podemos sino admitir que la apertura constitucional debilita, en un grado no poco considerable, la pretendida normatividad de nuestras Constituciones, puesto que son los propios destinatarios de sus obligaciones (de los deberes constitucionales) los que tienen la potestad de “elegir” las mismas.

Ahora bien, la apertura constitucional no sólo presentaría el problema de la referida pérdida o dilución de su propia normatividad, sino que al darse otra variable que hemos entendido como necesaria: la existencia de órganos de control, nos encontramos con un segundo problema derivado de todo esto. En efecto, si, como es el caso, en nuestros actuales marcos constitucionales se observa como necesario el establecimiento de órganos y procedimientos de control que tengan por objetivo fiscalizar el respeto hacia el propio contenido constitucional, se nos presenta algo así como una suerte de segundo problema. La (necesaria) apertura (indeterminación) del texto constitucional no implica únicamente asumir un ámbito de discrecionalidad o libertad legislativa a la hora de concretar el contenido específico de las obligaciones constitucionales a las que se encuentra sometido, sino que la propia actividad de concreción legislativa se encuentra fiscalizada, a su vez, por la concreción de dicho contenido constitucional que operen los órganos jurisdiccionales encargados del control de su respeto o cumplimiento. Pero, como resulta obvio, si entendemos que de la Constitución no podemos extraer respuestas “correctas”, la consecuencia que deriva de ello es que el legislador (así como el resto de poderes constituidos) realmente no queda sujeto al contenido constitucional (indeterminado o abierto), sino a lo que los jueces (discrecionalmente, libremente o incluso arbitrariamente) dicen que la Constitución dice<sup>181</sup>. En otros términos, dado que nuestras Constituciones son (necesariamente) abiertas, *deberíamos* aceptar que se produce lo que Gargarella o Bayón denominan la “brecha interpretativa<sup>182</sup>”, lo que igualmente nos *debería* hacer ver que, en realidad, son los jueces los que acaban determinando cual es al alcance y/o contenido de aludidos deberes constitucionales, en detrimento de lo que al respecto opinan los representantes democráticos o la propia ciudadanía.

Pues bien, si se comparte el enfoque que acabo de exponer, no parece quedar otra alternativa más que la de contemplar, como bien hace el propio Guastini, al poder judicial como un genuino *contrapoder político* al poder legislativo<sup>183</sup>. Contrapoder que alcanzará

---

<sup>181</sup> GARGARELLA, 1996: 59 y ss.; BAYÓN, 2000; HIERRO, 2011.

<sup>182</sup> Ver también, por ejemplo, BAYÓN, 2000.

<sup>183</sup> GUASTINI, 2016: 152-154.

cuotas de importancia o de fuerza tremendamente considerables en tanto no sea posible la reforma constitucional, por ser ésta extraordinariamente gravosa o por pivotar sobre algún contenido constitucional que se consagra o reputa como intangible; pues, en tal caso, serán los jueces los que tengan la última palabra en la determinación de los deberes constitucionales, de nuestros derechos básicos<sup>184</sup>. En conclusión, parece que nos encontramos ante una situación “funesta”, en la que no podemos sino preguntarnos qué es lo que queda de la pretendida normatividad de los deberes constitucionales que se constituyen como elementos de toda Constitución normativa o regulativa y, desde luego, que es lo que queda del propio ideal de una forma de gobierno democrática, si un grupo de jueces puede discrecionalmente maniar la propia libertad política de nuestros representantes democráticos.

Pues bien, ciñéndome a esto último, y sin ser este el momento oportuno en el que contestar de un modo más preciso a todo lo recién expuesto, me parece que la visión que subyace a este planteamiento, según el cual en nuestros actuales marcos constitucionales acabamos siendo presos de la despótica voluntad de un órgano contra-mayoritario, en abierta vulneración del principio democrático, puede ser calificada como equivocada, errada o desafortunada, y no por otro motivo sino por la radicalidad del enfoque desde la que se proyecta y, por ello mismo, por las consecuencias que asume como evidentes. Será en el cuarto capítulo de este trabajo en el cual me centre con mayor detalle sobre este problema, no obstante lo cual, considero pertinente esbozar, simplemente esbozar, ahora tres breves anotaciones sobre las cuales comprender parcialmente mi negación frente a esta postura:

- i. En primer lugar, creo que cabe acordar que no siempre nuestras Constituciones constituyen un “marco abierto” en el que parecen tener cabida multitud de respuestas. Por expresarlo por el momento de un modo sintético, creo que resulta pacífico afirmar la existencia de casos claros, paradigmáticos o no discutidos de vulneración de un derecho o libertad constitucional (de un deber constitucional), a consecuencia de la cual debemos entender que se produce la *derrotabilidad* de cualquier acto normativo de rango infra-constitucional (mediante el cual se haya producido aludida vulneración). Creo, dicho de un modo harto

---

<sup>184</sup> BAYÓN, 2000.

simplificado, que ésta ya constituye una razón para afirmar que, al menos no siempre, los órganos jurisdiccionales encargados de fiscalizar la actividad del legislador democrático no cuentan con absoluta discrecionalidad en su labor; en tanto los casos paradigmáticos, y las consecuencias que de ellos extraemos, operan como el telón de fondo de la actividad que vienen a desempeñar nuestros jueces constitucionales, que, por ello mismo, no constituye un actividad absolutamente irrestricta o no constreñida a parámetro de corrección alguno. Por ello, a mi parecer, ésta constituye una razón para entender que, al menos para algunos casos, el legislador no quedará vinculado a lo que los jueces dicen (libremente estiman) que la Constitución preceptúa o impone, sino a lo que realmente la Constitución dictamina. En otras palabras, creo que al menos en tales casos claros o paradigmáticos (o *fáciles*, si así se los quiere denominar) cabe rechazar el escepticismo que sostiene el *slogan* de que “la Constitución dice lo que los jueces constitucionales dicen que dice”.

- ii. En segundo lugar, y aunque esto requiera de una contextualización que no abordaré en este momento, creo que no puede asumirse en grado alguno que todas las decisiones de los órganos jurisdiccionales, encargados de llevar a cabo un control de la legislación en relación a la Constitución, son contra-mayoritarias; y, en consecuencia, que no tiene sentido alguno afirmar que nuestros jueces constitucionales se vienen a desempeñar siempre en un rol contra-mayoritario. Así, no son pocas las situaciones en las que tales órganos simplemente toman decisiones complementarias a las decisiones mayoritarias. Adelantando ya algunas de las conclusiones que sostendré, en mi opinión, lo destacable en este punto radica en que no puede perderse de vista el dato de cómo el legislador – ni nadie - no puede siempre prever por adelantado todas y cada una de las circunstancias en las cuales resultarán aplicables las leyes que promulga. Como consecuencia de esto, parece resultar evidente como nuestros representantes democráticos no pueden prever siempre la posible constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley teniendo en cuenta consideraciones “por adelantado”: en muchas ocasiones serán los nuevos conjuntos de propiedades relevantes que se den en casos futuros los que

operarán como marco para acordar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley<sup>185</sup>. Creo, por ello, que existen motivos suficientes para considerar que nuestros jueces constitucionales, en buena parte de los casos que se les presentan, realizan actividades y se desempeñan en un rol complementario al del legislador, y, dicho en los términos más rudimentarios, ello ocurre así cuando su tarea consiste en dirimir nuevos escenarios de conflicto entre derechos y libertades fundamentales que, simple y llanamente, el legislador no pudo prever. Por ello, cuando nos preguntamos acerca de la legitimidad de este órgano “contra-mayoritario”, no podemos perder de vista cómo buena parte de su actividad resulta imprescindible si no queremos acabar convirtiendo a nuestros Parlamentos en una suerte de instancia judicial, y este dato no puede ser pasado por alto, como suele hacerse, al sostener la crítica (o defensa) frente a tal institución<sup>186</sup>.

- iii. En tercer lugar, aun cuando la interpretación constitucional que se plantea en relación al examen acerca de la constitucionalidad de una ley resulte controvertida, en mi opinión, se tiende a simplificar que es lo que implica o exige el ideal democrático. En efecto, se sostiene que en los casos dudosos, en los que existen discrepancias entre personas dotadas de igual sentido de la razón acerca de si una ley resulta o no inconstitucional, el ideal democrático exigirá que el juez constitucional adopte *siempre* una postura de *sel-restraint*, moderada o respetuosa con la norma promulgada por el legislador. Pues bien, como expondré, si esta visión se sostiene respecto de cualquier ley emitida o promulgada por el legislador, no resulta una respuesta adecuada: aún en supuestos interpretativos controvertidos, el juez constitucional no siempre debe contenerse frente a la norma promulgada por el legislador y, ello, en no pocas ocasiones, en nombre del propio ideal democrático. Lo que acabo de indicar puede parecer una

---

<sup>185</sup> Creo que este es el motivo principal, o la fundamentación básica, que subyace a la aprobación de la ley de revisión constitucional 724/2008 que se ha dado en Francia; en base a la cual, como apuntaba, junto al control de constitucionalidad preexistente (preventivo, abstracto y directo frente al Consejo Constitucional), se ha instaurado una forma de control incidental, sucesivo y en concreto, pues parece evidente como la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley y/o de sus efectos no puede preverse siempre en base a consideraciones “por adelantado”. A título de ejemplo, véase FERRERES, 2011: 58.

<sup>186</sup> MORESO, 2009: 144.

suerte de incoherencia, ahora bien, a mi parecer, el problema que cabe destacar aquí es que tiende a simplificarse la visión de la democracia, viéndose, de manera reductora y pobre, simplemente como aquel sistema de gobierno que adopta decisiones políticas que son el fruto de la suma aritmética de los votos de nuestros representantes. Sin embargo, si nos adherimos a un genuino ideal democrático, no nos queda otra opción más que la de desterrar esta visión simplista y, en no pocos sentidos, errada acerca de la democracia; si así lo hacemos, estaremos en disposición de admitir que, aún en casos controvertidos, la actitud que deba tomar el juez constitucional frente al legislador no debe ser siempre la de la deferencia. Quizá, esto nos pueda hacer comprender cómo una decisión contra-mayoritaria no es *per se* equiparable a una decisión anti-democrática e, incluso, nos pueda hacer ver cómo en ocasiones se requiere de decisiones contra-mayoritarias en salvaguarda de la propia democracia, por lo que, también quizá, ello nos debe hacer replantearnos el rol que pueda desempeñar el juez constitucional como posible garante de un – genuino – sistema democrático, y no olvidar este potencial rol cuando nos preguntamos acerca de la legitimidad o ilegitimidad de la institución del control judicial de constitucionalidad.

Tras lo anterior, considero que es momento de recapitular y concretar de que me ocuparé en lo que resta de trabajo. Pues bien, creo que de lo dicho pueden extraerse tres grandes problemas (políticos, de los que derivan subsiguientes problemas jurídicos) que necesariamente han de ser abordados. Presentados de manera muy esquemática, tales problemas son los siguientes:

- i. En primer lugar, ¿cómo acomodar la primacía o normatividad de nuestras Constituciones “largas<sup>187</sup>” con el respeto por la democracia? Me ocuparé de este tema en el siguiente capítulo.

---

<sup>187</sup> Primer elemento de la lista de condiciones de constitucionalización de un Ordenamiento Jurídico. GUASTINI 2016 (este elemento, no está de más recordar, no estaba contemplado en la formulación original efectuada en GUASTINI, 2003).



- ii. En segundo lugar, dado que la primacía constitucional es difícil de obtener (a efectos prácticos) sin introducir algún grado de rigidez constitucional<sup>188</sup>, dicha rigidez parece actuar como condición necesaria a la mencionada primacía. Sin embargo, como trataré de mostrar en el tercer capítulo, la cuestión de la rigidez constitucional plantea importantes problemas de justificación democrática, particularmente, dada la intangibilidad (expresa o no) de algunos contenidos constitucionales, ahora bien, ¿son estos problemas de justificación democrática insalvables?
  
- iii. En tercer lugar, se plantea la cuestión acerca de la posible legitimidad – o ilegitimidad - de la justicia constitucional, en tanto ella pareciera oponerse, según muchos, a una forma de gobierno democrática. Y es que, pese aun cuando se acepte que la supremacía constitucional únicamente parece posible por medio de Constituciones rígidas y jurisdiccionalmente garantizadas<sup>189</sup>, la pregunta parece ser: ¿resulta en algún modo justificable – en términos democráticos - que se dé la presencia de un órgano de control que pueda revocar las decisiones adoptadas por nuestros representantes en materia ius-fundamental (teniendo en consideración que dichas revocaciones muy difícilmente resultarán subsanables por medio de una reforma constitucional)? De este problema me ocuparé en el último capítulo.

---

<sup>188</sup> Segundo elemento de la lista de condiciones de constitucionalización de un Ordenamiento Jurídico. GUASTINI 2003 y 2016.

<sup>189</sup> Tercer elemento de la lista de condiciones de constitucionalización de un Ordenamiento Jurídico. GUASTINI 2003 y 2016.





## CAPÍTULO II

### Apertura constitucional: el equilibrio entre el autogobierno y sus límites.

#### 1. Introducción.

Resulta por todos conocido que uno de los rasgos definitorios de buena parte de las democracias contemporáneas (de la práctica totalidad de las democracias occidentales actuales) consiste en que las mismas se articulan y constriñen por Constituciones escritas, rígidas, garantizadas y largas<sup>190</sup>, por lo que suelen ser referidas con el nombre compuesto de “democracia(s) constitucional(es)”. Sin embargo, para muchos autores, el entramado institucional que se correlaciona con este tipo de régimen atenta contra el ideal del autogobierno colectivo o, según la terminología popularizada por Bickel<sup>191</sup>, incurre en la dificultad contramayoritaria. El presente capítulo tratará de atender esta dificultad u objeción (en adelante OCM), en particular, mi objetivo consistirá en explicitar y delimitar la tensión existente entre una forma de gobierno democrática y la supremacía o primacía normativa de una carta de derechos y libertades que opera como marco limitador y orientador del mismo, para, a continuación, tratar de explorar posibles vías a través de las cuales resulta posible relajar dicha tensión.

Y es que, en efecto, existen no pocos autores que vienen a sostener, de un modo u otro, que la democracia ostenta un valor moral tal que ha de llevarnos a situarla por encima de aquellas arquitecturas institucionales que pudieran llegar a poder límites a la misma. Apoyados en esto, tales autores entienden que el legislador democrático del presente se encuentra legitimado para decidir sobre *cualquier* cuestión, incluyendo aquellas cuestiones consideradas como fundamentales. De este entendimiento, llevado a su grado extremo, puede derivar la propia negación de la supremacía normativa de la

---

<sup>190</sup> Constituciones cuyos caracteres fueron expuestos en el capítulo I.

<sup>191</sup> BICKEL, 1962. Cabe matizar que Bickel, propiamente, popularizó dicha terminología y, en buen grado, dicha objeción, teniendo en mente o dirigiendo su crítica, de manera específica, frente a la “justicia constitucional”.

Constitución, en tanto la misma sea considerada como una suerte de amputación a la democracia, al autogobierno colectivo<sup>192</sup>.

Partiendo de este enfoque, y antes de exponer cualquier consideración adicional, realizaré, a modo de introducción, un breve análisis acerca de cómo podemos comprender la democracia y su fundamentación, aquella que le otorga el superior valor moral que se pretende. Al abordar el problema planteado, no me olvidaré de aquel concepto de Constitución visto en el capítulo anterior y que puede ser considerado como el concepto “vigente”, para, una vez asentados ambos puntos, tratar de avanzar hacia el examen de la tensión que tales autores entienden que se produce entre la propia idea de democracia y la supremacía normativa de una Constitución (léase siempre, de una Constitución no puramente mecánica, esto es, al menos en parte, normativa o regulativa<sup>193</sup>) que se superpone a la esfera de actuación de los poderes democráticos. Vislumbrada esta tensión, mi estrategia no consistirá en intentar minusvalorarla; al contrario, sostendré que la misma supone un problema serio e inherente a nuestras formas de gobierno democrático-constitucionales, un problema que no podemos ignorar si nos tomamos en serio la fundamentación filosófica y/o moral que subyace a nuestros diseños institucionales contemporáneos. Y es que, cabe advertir, esta tensión en parte siempre permanecerá latente en el trasfondo de cualquier democracia constitucional. Dicho esto, sin embargo, trataré también de dar cuenta de algunos mecanismos con los que podemos contar (con los que de hecho contamos) para poder mitigarla, es decir, para poder armonizar en la medida de lo posible el polo de la democracia y el polo de los derechos y libertades constitucionales. Así, pese a que ya he indicado que considero que en parte esta tensión sólo resulta atenuable, no eliminable, creo del mismo modo que existen razones poderosas para adherirnos a marcos institucionales que traten de armonizar en lo posible estos dos

---

<sup>192</sup> Aunque como matiza IBARRA, 2014: 127 - 128, para nuestras actuales formas de gobierno democrático-representativas, más bien debe partirse de la premisa de que no constituyen sistemas en los que la comunidad se autogobierna, sino sistemas en los que las políticas y las decisiones públicas son sometidas al veredicto y al control de los ciudadanos, y esto último viene a materializarse por el hecho de que los representantes políticos le otorgan un alto valor a obtener un cargo público o a ser reelectos y, precisamente por ello, toman en cuenta los intereses de los votantes y la credibilidad ante ellos.

<sup>193</sup> TROPER, 1999.

extremos<sup>194</sup>; creo, en definitiva, que contamos con buenas razones para no virar radicalmente hacia ninguno de estos dos polos<sup>195</sup>.

## 2. Algunas pinceladas básicas acerca del término “democracia”.

El primer paso que debo acometer es el de delimitar cuál es el significado que podemos (que debemos) asociar al término “democracia”, así como exponer cuál constituye su fundamento. Esta primera tarea resulta sumamente compleja y, en cualquier caso, controvertida. Por cuestión de economía expositiva, no me detendré a dilucidar el (o algún) elenco de significados plausibles y actualmente asociables a este término. En lugar de ello, acudiré directamente a reconstruir la caracterización de la democracia que me parece más aceptable<sup>196</sup> y ello, como apunté, a la luz de las consideraciones axiológicas que la dotan del mayor fundamento moral como forma de gobierno de nuestras comunidades.

Así, por democracia – considero que - debemos entender aquel *sistema de gobierno* que se identifica: i) con el poder ascendente, es decir, que parte de la voluntad de los individuos titulares de los derechos hasta llegar al momento último de la decisión política<sup>197</sup>; ii) con “el gobierno de lo público en público”, que obliga a los gobernantes a decidir “bajo la luz del sol” y permite que los gobernados “vean cómo y dónde se adoptan

---

<sup>194</sup> Tales marcos, en efecto, no son otros sino los de las democracias constitucionales contemporáneas. No son pocas las razones que deberían contar en favor de la adhesión a tales diseños institucionales. Por ejemplo, como señala MORESO, 2009: 22, de entre los 30 países con mayor índice de desarrollo humano, Según el Programa para el Desarrollo Humano de Naciones Unidas, al menos 25 se constituyen como democracias constitucionales; del mismo modo, tal y como puede atestiguiarse en los informes elaborados por Amnistía Internacional, puede aseverarse que tales países son en donde se respeta en mayor grado los derechos humanos. Evidentemente, se trata de datos que, pese a contar (en cierto sentido) con constatación empírica, pueden o deben ser analizados con mucho detalle (conocer los factores reales que los motivan, los índices de medición, etc.) y de los que no puede derivarse, “sin más”, que el hecho de que constituirse en una democracia constitucional sea condición suficiente para constituirse como un sistema “justo” (o el “más justo” de los sistemas). Pero si nos permite pensar que, en principio, se da la existencia de (algunos) buenos motivos para abrazar tales diseños institucionales (frente a otros plausibles); pues bien podría afirmarse, como lo hace el propio Moreso, que la democracia constitucional es una condición contribuyente al desarrollo y florecimiento humano.

<sup>195</sup> Teniendo en consideración, adicionalmente, que, bajo mi manera de entender el problema, una Constitución rígida – con ciertas propiedades que serán aquí abordadas – y que contemple un catálogo de derechos y libertades fundamentales, constituye condición necesaria (que no suficiente) para afirmar el respeto por los propios principios que operan como fundamento de la democracia.

<sup>196</sup> Como el lector podrá observar, para ello me baso fundamentalmente en la visión de Bovero, de manera primaria, tomando como referencia la síntesis de su visión acerca de la democracia que él mismo introduce como prefacio a SALAZAR UGARTE, 2006, autor que, por cierto, también resulta deudor de esta visión acerca de la democracia y que, en no pocos sentidos, resulta producto de la visión que sostuvo el propio Bobbio.

<sup>197</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 123-124. Esto es, los ciudadanos deben ser quienes marquen las prioridades en la agenda del gobierno o, lo que es lo mismo, las prioridades en o de la acción política deben estar definidas en primera instancia por los ciudadanos y no por la clase política y/o los grupos de interés – ver IBARRA, 2014: 43 y ss. -.

(las decisiones)<sup>198</sup>”. Estos caracteres nos permiten observar el antagonismo existente entre el gobierno democrático y el gobierno autocrático, pues la autocracia se sostiene sobre la idea de que los ciudadanos son menores de edad o enfermos que deben ser curados, por ello, el autócrata tradicionalmente se ha identificado con figuras como la del padre o la del médico; en cambio, la democracia (moderna) parte de la premisa según la cual todos los individuos tienen la misma *dignidad*, premisa que los habilita para conocer y tomar parte en los asuntos públicos<sup>199</sup>.

Y es que, si se sigue a Bovero<sup>200</sup>, como haré yo aquí, a la hora de analizar el fundamento y la naturaleza de la democracia debemos acudir a dos nociones primarias, como sean las del respeto o consagración de la igualdad y la libertad de todos los ciudadanos<sup>201</sup>. En concreto, i) de la igualdad de todos los destinatarios de las decisiones políticas en el derecho-poder de contribuir a la formación de las decisiones mismas. Igualdad que se fundamenta en el principio de *igual consideración y respeto*, según el cual debemos tratar a las personas como iguales en su capacidad para formar y revisar concepciones de la justicia que indiquen cómo deben ser resueltos los conflictos

---

<sup>198</sup> BOBBIO, 1999: 339 y ss. Me parece, sobre este punto, que resulta especialmente importante resaltar la importancia que tiene en todo sistema de gobierno calificable como democrático la exigencia de rendición de cuentas de los gobernantes, estando esto directamente relacionado con el derecho a la información del conjunto de los ciudadanos, esto es, con el derecho al “acceso a la información”. Sobre este aspecto, escribe IBARRA, 2014: 42, este derecho debe ser comprendido como “el de contar con los instrumentos necesarios para la formación de juicios razonados, lo cual significa tener al alcance las fuentes primarias donde se genera la información y se justifica la gestión gubernamental. El derecho a “conocer lo público” es fundamental por ser un presupuesto para la autonomía política de los ciudadanos. Si este valor está ausente, o se encuentra “filtrado” por la intermediación de otros agentes como los medios masivos de comunicación o la propia autoridad, entonces se tiene una opinión pública adulterada, en donde no existen las condiciones necesarias para que los ciudadanos guíen su acción política y estructuren sus preferencias electorales de manera responsable y reflexiva, en consecuencia, se cancela la oportunidad de tener una comunidad democrática deliberativa”.

<sup>199</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 124-125. Esta visión, por cierto, como nos recuerda BOVERO, 2002 b: 131-132, debería implicar considerar que los derechos de participación política fueran “extendidos”, en el siguiente sentido. Así, ante la pregunta de a qué personas les corresponden el derecho de ser ciudadanos, desde un punto de vista descriptivo, la respuesta variará en consideración a cada una de nuestras legislaciones vigentes; “pero para una teoría democrática consecuente consigo misma, importa el principio *prescriptivo*, que retoma la formulación cerca a la que proponía Kelsen, en el sentido de que todo aquel que está sometido a las decisiones colectivas tiene (o, mejor dicho, debería tener) el derecho de participar en el proceso de formación de dichas decisiones. Ello significa que los derechos de “ciudadanía política”, los derechos de participación en el proceso de decisión política, deben ser considerados derechos de la persona, es decir, corresponden (deberían corresponder) a todo individuo en tanto persona, en la medida en la que la persona está sometida a esas decisiones políticas: y no hay ninguna razón válida para excluir a alguno de aquellos que están sometidos (de manera estable) a un ordenamiento normativo del derecho de participar en la formación de ese mismo ordenamiento”.

<sup>200</sup> BOVERO, 2002 a.

<sup>201</sup> Según señala el propio BOBBIO, 1999: 376, igualdad y libertad “son los sustantivos que indican “los valores últimos (...) en los cuales se inspira la democracia, y que permiten que distingamos los gobiernos democráticos de aquellos que no lo son”. Del mismo modo, como afirmaba KELSEN, 1958 “la idea de democracia es una síntesis de las ideas de libertad y de igualdad”. Ver BOVERO, 2002 b: 17-18.

intersubjetivos<sup>202</sup>; ii) y de la libertad individual entendida como capacidad (subjetiva) y oportunidad (objetiva) de la decisión racional autónoma del ciudadano en materia política; una libertad como *autonomía (política)*, es decir, como capacidad individual de selección y decisión políticas, que subsiste cuando el ciudadano no sufre condicionamientos tales que determinen desde el exterior su voluntad, volviéndola heterónoma. Si continuamos de la mano de Bovero<sup>203</sup>, igualmente, debemos adherirnos a la visión según la cual la función de la democracia, es decir, la finalidad objetivamente inherente a la naturaleza de la forma de gobierno democrática, es la de producir decisiones colectivas con el máximo grado de consenso y el mínimo de imposición<sup>204</sup>. Esto es, propiamente, lo que nos permite diferenciar a la democracia de las demás (o de otras) formas de gobierno agrupables bajo la noción de autocracia, en las cuales las decisiones políticas, en mayor o menor grado, “caen desde lo alto” sobre la cabeza de sus destinatarios<sup>205</sup>. Y es que en una democracia (según su definición ideal) los ciudadanos pueden reconocer en las decisiones públicas la expresión de una voluntad no impuesta, aun cuando no la compartan, en tanto todos han participado en el proceso deliberativo y decisonal en condiciones equitativas.

En este sentido, y desde la perspectiva de la teoría política, la democracia es una de las tantas formas de gobierno que pueden darse. En efecto, el problema en este ámbito es el de la forma en que puede adoptarse la decisión colectiva, una de las cuales es la forma democrática<sup>206</sup>. Es por ello que debe comprenderse que la democracia es formal

---

<sup>202</sup> Como señala Bovero: la igualdad democrática consiste en “la igual distribución de poder de decisión colectiva entre todos los individuos miembros de la colectividad a los que las decisiones se encuentran dirigidas, justificada por el reconocimiento (o presuposición) de que todos los individuos son iguales en la capacidad de juicio político”. BOVERO, 2000, trad. De Salazar Ugarte, 2006: 127. Por ejemplo, Rawls también parte de la consideración de que la participación de los ciudadanos en el proceso democrático se fundamenta en su doble condición como titulares de intereses y como sujetos morales con capacidad para desarrollar un sentido de la justicia. Ver RAWLS, 1993: 334-340.

<sup>203</sup> BOVERO, 2002 a.

<sup>204</sup> BOVERO, 2002 b: 29 y ss.

<sup>205</sup> Tal y como señala BOVERO, 2002 b: 34, “La autocracia, como nos ha enseñado Kelsen, se identifica con el proceso descendente: el inicio está en el vértice, está en el poder del autócrata que se impone, y que a través del sistema de encargos desde lo alto procede hasta la base, es decir, hasta el nivel de los súbditos que están privados de cualquier poder y derecho; la democracia representativa moderna se identifica con el proceso ascendente: el inicio está en la base, se encuentra en muchas voluntades de los individuos concebidos como sujetos racionales autónomos, y a través de un sistema de designaciones desde abajo se procede hasta el vértice, es decir, hasta los órganos facultados para tomar las decisiones colectivas finales, cuya orientación general deriva y depende, si bien indirectamente, de las suma de las decisiones iniciales de los individuos, expresadas en el acto de elección. En este sentido, el individuo concebido como sujeto de voluntad racional, y por ello dotado de dignidad política, perdura como el principio también en la democracia representativa de los modernos (...)”. En términos similares, por ejemplo, BOVERO 2008.

<sup>206</sup> BOVERO, 2002 a.



por definición<sup>207</sup>. Es decir, una decisión política puede reconocerse como democrática en base a su forma sin que sea necesario tener en cuenta su contenido. El motivo a partir de lo recién apuntado parece simple: la democracia consiste en una serie de reglas para decidir; las reglas formales de la democracia tienen que ver con los procedimientos y con las competencias, el “cómo” y el “quién” de la decisión colectiva. Ahora bien, como sabemos, nuestras democracias constitucionales no sólo determinan el “cómo” y el “quién” de las decisiones políticas, sino también el “qué”, es decir, la democracia constitucional es una democracia limitada<sup>208</sup>. Y es que - como por ejemplo indica Ferrajoli<sup>209</sup> - debe entenderse que en la democracia constitucional el poder de decisión colectiva se encuentra con límites de materia o vínculos de sustancia, propiamente, aquellos que circunscriben la esfera de lo decidible (en oposición a la esfera de lo indecidible). Por ello, los órganos del poder democrático del Estado constitucional de Derecho no son omnipotentes, puesto que la democracia constitucional niega la omnipotencia de la mayoría, incluso de una posible unanimidad de los ciudadanos y/o de sus representantes. Bajo esta realidad, como igualmente sabemos, si una ley vulnera un derecho constitucional deviene ilegítima en su contenido, no válida por razones sustanciales. Sin embargo, como nos recuerda Bovero, una ley “sustancialmente” ilegítima no es por ello mismo, es decir, por la sola razón de ser inválida, (considerable como) no democrática. En efecto, si la adopción de aquella ley que es declarada inválida (por el juez constitucional) fue decidida por un parlamento siguiendo las reglas formales de la democracia, puede tratarse, simplemente, de una decisión democrática no legítima.

Soy consciente de que lo que acabo de escribir es susceptible de matices. En efecto, como el propio Bovero ha señalado en múltiples ocasiones, que la democracia sea formal por definición no implica que una decisión democrática pueda (mejor dicho, *deba*) siempre asumir cualquier contenido. Existen determinados contenidos que cualquier decisión democrática *debe* respetar para que puedan seguir existiendo decisiones democráticas. Me refiero a las *condiciones* y *precondiciones* democráticas. Respecto de ellas se impone su necesario respeto para que la democracia no acabe suicidándose.

Puede ser que lo anterior resulte un tanto confuso, pero creo que en realidad es bastante claro. Trataré de expresarlo tratando de mostrar esa claridad. Así, podemos

---

<sup>207</sup> Ver BOVERO, 2002 b: 45 y ss.

<sup>208</sup> BOVERO, 2002 a.

<sup>209</sup> A título de ejemplo, FERRAJOLI, 2011 a, 2011 b, 2011 c, 2011 d, 2012 a, 2012 b o 2014.

sostener que las que constituyen las condiciones de la democracia vienen a ser aquellos connotados de la forma de gobierno democrática que derivan de una correcta interpretación de su naturaleza o fundamento, de su funcionamiento<sup>210</sup> y de su función y que deben traducirse en forma de reglas: las reglas del juego democrático<sup>211</sup>. Como sabemos, Bobbio realizó a lo largo de su obra numerosas formulaciones relativas a tales reglas del juego. Así, en *Teoria generale della politica*<sup>212</sup> estableció el siguiente elenco:

- i. Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, de religión, de condición económica o de sexo, deben disfrutar de los derechos políticos, es decir, cada uno debe disfrutar del derecho a expresar la propia opinión o de elegir a quien la exprese por él<sup>213</sup>.
- ii. El voto de todos los ciudadanos debe tener igual peso.
- iii. Todos aquellos que disfrutan de derechos políticos deben ser libres de poder votar según la propia opinión formada lo más libremente que sea posible.
- iv. Tienen que ser libres también en el sentido de que deben encontrarse en condiciones de elegir entre soluciones diversas, es decir, entre partidos que tengan programas distintos y alternativos.

---

<sup>210</sup> Como señala el propio Bovero, por funcionamiento de la democracia podemos entender el sistema de las acciones típicas mediante las cuales se desarrolla la vida política de la colectividad, es decir, las que caracterizan lo que comúnmente llamamos el juego democrático. Cuando nos proponemos analizar el sistema de acciones típicas de la democracia, podemos identificarlas con cuatro verbos en los que se expresa su funcionamiento típico: elegir, representar, deliberar y decidir. Tales verbos expresan los momentos en los cuales se articula la vida pública de una colectividad democrática, y cada una de las acciones correspondientes a estos cuatro verbos asume un significado propiamente democrático sólo bajo ciertas condiciones y precondiciones democráticas. BOVERO, 2006: 28.

<sup>211</sup> BOVERO, 2006: 31-32. Existen toda una serie de trabajos en los que Bovero se propone reconocer en las reglas del juego democrático individualizadas por Bobbio las condiciones – separadamente necesarias y conjuntamente suficientes – de la democracia, entendida como el régimen de la igualdad y de la libertad políticas. En este sentido ver, entre otros: BOVERO 2003, 2005 2006, 2008 o 2011.

<sup>212</sup> BOBBIO, 1999: 381. Cito directamente de la traducción efectuada por BOVERO, 2006: 32.

<sup>213</sup> Considero que debe recalcarse, como por ejemplo lo hace FERRERES, 1997: 227., que existen buenas razones para sostener que en las condiciones sociales y culturales de la modernidad la democracia debe ser básicamente una democracia representativa. Y es que, las decisiones deben tomarse tras un *proceso deliberativo* de cierta calidad, y en tanto la deliberación racional de cuestiones complejas exige una cantidad de tiempo y esfuerzo que la gran mayoría de los miembros de una sociedad (liberal) prefiere dedicar a otros asuntos, la teoría democrática debe aceptar el establecimiento de una división del trabajo político entre electores y representantes. Es por ello que el proceso decisorio inherente a nuestros actuales regímenes democráticos se desdobra en dos etapas: una primera etapa en la que se elige a los representantes y una segunda etapa en la que éstos deliberan y deciden. En todo caso, como se ha indicado, en una democracia el Parlamento debe dar el mayor grado de publicidad posible a sus debates y responsabilizarse ante la sociedad por las decisiones tomadas.

- v. Tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere elegido al candidato o se considere válida la decisión que obtenga el mayor número de votos.
- vi. Ninguna decisión por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho a convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.

Así, estas condiciones de la democracia deben entenderse como aquellas reglas que corresponden a los principios inspiradores de las normas fundamentales de competencia y de procedimiento (el quién y el cómo de la decisión política), y constituyen los rasgos de una conceptualización ideal de la democracia. Como señala Bovero: “son las reglas que fijan y establecen, precisamente, las condiciones de la igualdad y de la libertad democráticas, y del funcionamiento de una democracia que sea compatible y coherente con su función esencial<sup>214</sup>”. Es por ello que tales reglas pueden ser entendidas como un genuino y propio *criterio de democraticidad*, esto es, como parámetro para un juicio que permita acordar que un régimen político concreto merece el nombre de democracia<sup>215</sup>. Así, las reglas i y ii constituyen las condiciones de la *igualdad democrática*: todos los ciudadanos sometidos al Ordenamiento Jurídico también deben contar con el derecho-poder de contribuir a la formación del propio Ordenamiento – igualdad como *inclusión* -, y todos los votos deben tener igual peso – igualdad como *equivalencia* -. Las reglas iii y iv establecen las condiciones de la *libertad democrática*: la opinión política de cada uno debe poderse formar libremente – libertad *subjetiva* -, sin distorsiones condicionantes, lo que exige que al menos sea garantizado el pluralismo de los (y en los) medios de comunicación y de persuasión<sup>216</sup>, y los ciudadanos deben poder elegir entre propuestas y programas electorales efectivamente diferentes entre sí, dentro de una gama de

---

<sup>214</sup> BOVERO, 2006: 33; 2008.

<sup>215</sup> Como nos recuerda BOVERO, 2008: “La tabla bobbiana de seis reglas no es otra cosa que la sintética traducción en normas, o en principios inspiradores de normas, de la concepción procedimental de la democracia. Es más, las seis reglas no son sino la explicitación articulada de su famosa definición mínima “de acuerdo con la cual – como se lee en la “Introducción” del El futuro de la democracia – inicialmente por régimen democrático se entiende (precisamente) un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de las decisiones colectivas, en el que está prevista y propiciada la más amplia participación política de todos los interesados”.

<sup>216</sup> BOVERO, 2008.

alternativas lo suficientemente amplia como para permitir a cada uno reconocerse en una orientación precisa – libertad *objetiva* -, lo que exige como mínimo que esté permitido el pluralismo de partidos, asociaciones y movimientos políticos<sup>217</sup>. La regla v no es para Bovero, igual que lo fue para Bobbio, sino una condición de *eficiencia de la democracia*: permite llegar más fácilmente a la decisión política, tanto en el momento electoral como en las deliberaciones de los órganos representativos, en sociedades complejas y plurales como las nuestras, para superar la heterogeneidad, contraste o conflicto entre opiniones particulares; sin embargo, en este punto tomo distancia de ambos autores y me abrazo a la justificación axiológica de la regla de la mayoría, tal y como por ejemplo ofrecen – aunque no de un modo homogéneo – Kelsen, Waldron o, en nuestro ámbito, Laporta<sup>218</sup>. Sin embargo, esta regla debe tener límites a su aplicación. En razón de tales límites, la regla vi es, por último, una condición de *salvaguardia* o de *supervivencia* de la democracia: la limitación de un hipotético poder omnipotente de la mayoría<sup>219</sup>. Puede

---

<sup>217</sup> BOVERO, 2008.

<sup>218</sup> BOVERO, 2006 o 2008 – entre otros trabajos – considera, al igual que BOBBIO, 1999: 391, que la regla de la mayoría debe considerarse como un puro o simple instrumento técnico, mejor que o preferible que la regla de unanimidad, simplemente por ser más útil para determinar cuál es la voluntad colectiva. O al menos, como sostiene BOVERO, 2008, entienden que si no completamente desprovista de una fundamentación axiológica, los argumentos técnicos, para justificar la regla de la mayoría, “prueban más que los axiológicos”. Sobre este punto, debo confesar, no termino de comprender el sentido de esta visión. Si comprendemos la regla de la mayoría como un instrumento cuya justificación última descansa en argumentos técnicos, no se me ocurre manera de entender por qué debe estar más justificada que otros instrumentos que permitirían adoptar una decisión colectiva en escenarios en los que la unanimidad no es posible; instrumentos tales como lanzar una moneda al aire para ver qué decisión se toma – instrumentos que quizá sean más efectivos para agilizar la propia toma de decisiones u otros objetivos -. En este sentido, considero, la única manera que tenemos para justificar, como un instrumento “mejor” o “más adecuado”, a la regla de la mayoría frente a otros instrumentos de decisión, no puede descansar sino en una fundamentación axiológica. En esta dirección se pronunciaba KELSEN, 1934, para quién la regla de la mayoría consiste en la mejor aproximación posible a un régimen de perfecta autonomía. Así, según la visión de Kelsen, si reivindicamos el valor de la autonomía política, pero a la par reconocemos que la autodeterminación extrema es incompatible con el ordenamiento social, puesto que si todos nos autogobernásemos plenamente llegaríamos a una situación anárquica, debemos aceptar que la autonomía o libertad política se limite mediante la regla de la mayoría. Por ello, para Kelsen, esta regla tiene el -difícil-objetivo de lograr limitar la autodeterminación individual (para no llegar a la anarquía) pero asegurando el mayor grado de libertad política posible. Por citar otro autor que ofrece una justificación axiológica a la regla de la mayoría, aunque enfatizando el valor de la igualdad política – y no tanto, como en Kelsen, el valor de la máxima autonomía alcanzable - puede traerse a colación la visión de WALDRON, 2006 o 2015: 197, cuando señala que “mejor que cualquier otra regla, la decisión mayoritaria es neutral entre los resultados disputados, trata a los participantes por igual, y otorga a cada opinión expresada el mayor peso posible compatible con el dar igual peso a todas las opiniones. Cuando discrepamos acerca del resultado deseado, cuando no queremos parcializar el asunto, y cuando cada uno de los participantes tiene la demanda moral a ser tratado como igual en el proceso, entonces la decisión mayoritaria – o algo similar – es el principio a utilizar”. En líneas parecidas, LAPORTA, 2007: 224 y ss. nos recuerda como la regla de la mayoría tiene dos implicaciones importantes en todo procedimiento de decisión democrática: a) todos los votantes son tratados como iguales por medio de la atribución del igual valor de los votos; b) todas las opciones que se someten al procedimiento de decisión se someten en pie de igualdad a la consideración de los votantes; por lo tanto, estas implicaciones parecen justificar atribuir una fundamentación axiológica a aludida regla de la mayoría.

<sup>219</sup> BOVERO, 2006: 32-35.

apreciarse que la regla vi, que opera como genuina regla de clausura, no se asemeja a las otras: no es una regla procedimental sino de contenido. Lo que impone esta última regla es una genuina condición para que la democracia no acabe suicidándose: o se respeta esta regla del juego o no puede seguir jugándose al juego democrático. Por eso, dicha regla prohíbe cualquier decisión que atente contra las otras reglas del juego; esto es, que las mismas sean disponibles para el poder de la mayoría. La regla vi es por tanto la *metarregla*. Bobbio es perfectamente consciente de ello<sup>220</sup>, y en este sentido nos dice que: “todas estas reglas establecen *cómo* se debe llegar a la decisión política y no *qué* se debe decidir. Desde el punto de vista del *qué*, el conjunto de reglas del juego democrático no establece nada, salvo la exclusión de las decisiones que de alguna manera contribuirían a dejar sin efecto (convertir en vanas) una o más reglas del juego democrático<sup>221</sup>”. Pues bien, cabe destacar cómo, en este punto, el propio Bovero construye una interpretación extensiva, proponiendo entender que esta última regla impone para la democracia una condición “no simple” de salvaguarda, sino articulada en cinco puntos, puntos que propone entender como las “*cinco regiones del coto vedado*”<sup>222</sup>. Por no extender un amplio espacio, me contentaré aquí, simplemente, en expresar aludidas regiones, este elenco de imperativos específicos de las condiciones ya no formales sino sustanciales de salvaguarda o supervivencia de la democracia, de un modo esquemático<sup>223</sup>:

- i. En primer lugar, se prohíbe cualquier decisión que esté orientada a alterar o abolir las otras *reglas del juego*, esto es, las condiciones formales de la democracia, aun cuando una decisión de este tipo haya sido tomada de acuerdo con las mismas.
- ii. En segundo lugar, se prohíbe volver vacías o inútiles las otras reglas del juego, limitando o aboliendo aquellos derechos fundamentales *de libertad* que constituyen las precondiciones liberales de la democracia.
- iii. En tercer lugar, se impone a los poderes públicos de una democracia la obligación de volver efectivo el goce universal de estas mismas libertades, mediante la garantía de ciertos derechos fundamentales ulteriores que

---

<sup>220</sup> BOVERO, 2008.

<sup>221</sup> BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2004: 241 – citado por BOVERO, 2008 -.

<sup>222</sup> En referencia a la nomenclatura puesta en éxito por Garzón Valdés; ver BOVERO, 2008.

<sup>223</sup> Para un análisis más detallado: BOVERO, 2008.

representan, para Bovero, las precondiciones sociales de las precondiciones liberales de la democracia.

- iv. En cuarto lugar, se prohíbe violar las precondiciones constitucionales de la democracia, específicamente los principios de separación y equilibrio de los poderes del Estado. El objetivo ulterior de esta prohibición radica en asegurar las técnicas jurídicas idóneas para prevenir el despotismo, incluyendo al de la mayoría.
- v. En quinto lugar, se prohíbe todo tipo de concentración de aquellos que Bobbio llamaba los tres poderes sociales: el poder político, fundado en última instancia en el control de los métodos de coacción; el poder económico, basado en el control de los bienes y los recursos materiales; y el poder ideológico, que se funda en el control de las ideas, de las conciencias, es decir, los medios de información y de persuasión.

Pues bien, cabe concluir que “de esta manera, se delinea un decálogo de condiciones de la democracia, cinco formales, cinco sustanciales (...)”<sup>224</sup>. Para entender de un modo adecuado lo recién dicho, podemos acudir a la siguiente síntesis: i. una decisión, cualquiera que sea su contenido, es (denominable como) democrática si fue adoptada en conformidad con las cinco primeras reglas del juego democrático, que son reglas formales; ii. una decisión adoptada siguiendo tales reglas formales, pero que sea contraria a la regla sexta – que impone las cinco condiciones sustanciales de la democracia –, sigue siendo (denominable como) democrática, pero es la última que puede considerarse como tal: después de esta decisión el juego deja de ser denominable como democrático y todas las decisiones restantes no serán democráticas (la democracia se habrá suicidado)<sup>225</sup>.

De entre todas las regiones que Bovero identifica en el “coto vedado” de la democracia, me interesa particularmente destacar aquellas que se encuentran directamente relacionadas con los derechos – liberales y sociales – que se articulan como genuinas precondiciones de todo régimen democrático. En este sentido, tal y como señalara Bobbio: “estos derechos son el presupuesto necesario para el correcto

---

<sup>224</sup> BOVERO, 2011.

<sup>225</sup> BOVERO, 2006: 35-40.

funcionamiento de los mismos mecanismos procedimentales que caracterizan a un régimen democrático<sup>226</sup>”. Por ende, a lo que aquí interesa, la referida sexta regla del juego democrático se extiende a todos aquellos derechos respecto de los cuales, si son desatendidos, vulnerados o ignorados por el poder político, cabe decir, tiene sentido entender que se empieza a jugar a un juego distinto al de la democracia; entrando en el pantanoso terreno de una “democracia aparente”<sup>227</sup>.

Pues bien, creo que estas ideas pueden (o podrían tras la necesaria reflexión) ser aceptadas por casi todos. Sin embargo, ello no deja resuelto, ni oculta, otro profundo problema: ¿cuáles son en realidad - y en concreto – los derechos de necesario respeto que constituyen las precondiciones democráticas? En esta dirección, cabe señalar, no es que no existan intentos por definir los mismos, de hecho, tales intentos son numerosos<sup>228</sup>, sino que no deja de ser un terreno abonado a la controversia y espinoso. En este sentido, pueden traerse a colación las palabras de Bayón, cuando afirma que “es controvertible qué derechos deberíamos considerar “precondiciones de la democracia”, como lo es también el alcance que debería reconocerse a cada uno de ellos y cómo deberían resolverse los conflictos entre los mismos<sup>229</sup>”. Es decir, ¿qué derechos deben ser respetados, con qué contenido y alcance, para que podamos definir a un régimen como genuinamente democrático y no, en realidad, como aparentemente democrático?

En este instante, sin embargo, optaré por dejar abierta la respuesta a expresado interrogante, en tanto que considero que me es suficiente sintetizar aquí y ahora que la democracia constituye “simplemente” una (de entre las tantas) *forma de gobierno*, una forma de gobierno cuya fundamentación última reside en los principios de *igual consideración y respeto* y de *autonomía política* de cada uno de los sujetos que componen la comunidad política y que, en todo caso, es *formal por definición*; aun cuando, si no queremos convertir en vanas las reglas que constituyen las condiciones de la democracia,

---

<sup>226</sup> BOBBIO, 1999: 400. Aunque, cabe destacar, Bobbio sólo tenía en mente a los derechos de libertad – las grandes libertades de los modernos, como se expondrá – cuando concebía los derechos que se constituyen en precondiciones de toda democracia; será obra posterior, a manos de Bovero, entender que algunos derechos sociales también deben ser concebidos como otras tantas precondiciones de un genuino régimen democrático.

<sup>227</sup> BOVERO, 2006: 41.

<sup>228</sup> De hecho, el propio Bovero, en múltiples trabajos, ha realizado, a partir de una reinterpretación extensiva del pensamiento de Bobbio, una definición de estos (tal y como se expondrá en el capítulo III).

<sup>229</sup> BAYÓN, 2010: 298. En esta dirección resulta conocida la tesis de WALDRON, 2015: 173, cuando afirma que “el consenso acerca de los derechos no se encuentra exento de la incidencia del desacuerdo general acerca de las cuestiones políticas más relevantes que se encuentran en las sociedades liberales modernas. De modo que asumo que existe un disenso substancial acerca de los derechos existentes y de sus alcances”.

entendidas éstas como aquellos connotados de la forma de gobierno democrática que derivan de una correcta interpretación de su fundamento, de su funcionamiento y de su función, deben respetarse determinados contenidos materiales – los que articulan las cinco regiones del *coto vedado* -, entre los que aquí he destacado los determinados por (ciertos) los derechos de libertad y por los derechos sociales (aun cuando, deliberadamente, he dejado por el momento abierta su “concreción” o “determinación”).

Asentado lo anterior, es decir, una vez que he expuesto sumariamente qué entiendo, o cómo creo que debe entenderse, por democracia, así como cuales son los valores que la fundamentan y a los que sirve, considero que es momento de proseguir con el punto a tratar.

### **3. La dificultad contramayoritaria: afinando el problema.**

Nuestros marcos constitucionales contemporáneos se traducen en la siguiente arquitectura institucional básica:

- i. El poder normativo del legislador democrático se encuentra sujeto a límites materiales cuyo contenido puede ser de lo más diverso, aunque, de entre los mismos, el más importante viene representando por los derechos y libertades fundamentales.

Adicionalmente, con la intención que no se malogre este fin primordial de limitar y orientar la actividad del legislador democrático, se añaden otros dos elementos:

- ii. La *rigidez constitucional*, que no es sino, en principio, la previsión de un procedimiento de reforma constitucional más complejo que el procedimiento legislativo ordinario<sup>230</sup>.
- iii. El *control judicial de constitucionalidad de la ley*, observado en la práctica como garantía necesaria (aunque conceptualmente independiente) de la primacía constitucional sobre la ley<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> FERRERES, 2000. En todo caso, cabe tener en consideración, como nos recuerda LAPORTA, 2007, que la rigidez constitucional supone una propiedad graduable, pues cuanto más exigencias se confeccionen para la reforma constitucional más rígida será (pudiendo llegar a prohibirse cualquier reforma), y cuanto menos exigencias se confeccionen menos rígida será (siendo su extremo el que los procedimientos de reforma constitucional no supongan ninguna agravación respecto de los procedimientos legislativos ordinarios, en cuyo caso hablaremos de Constituciones flexibles). Del mismo modo, supone una propiedad relativa, pues la rigidez puede (y suele) ser diferente para las distintas partes de una misma Constitución.

<sup>231</sup> BAYÓN, 2010: 288.



Es contra esta arquitectura institucional que se dirige la OCM. En concreto, esta objeción se ha centrado de manera principal en cuestionar la legitimidad del control judicial de constitucionalidad, tanto en el modelo estadounidense de la *judicial review*, como en el (teórico) modelo concentrado de jurisdicción constitucional ideado por Kelsen<sup>232</sup> y vigente (como vimos, al menos en parte) en buena parte de los países de la Europa continental y de Latinoamérica. Sin embargo, creo que también puede afirmarse, sin género de duda, que dicha objeción adquiere sentido cuando de plano se entiende que no existe carta de legitimidad para la consagración constitucional, y rígida, de determinadas materias que queden sustraídas a la decisión democrática. Así, la OCM puede plantearse en relación a<sup>233</sup>:

- i. La existencia de cotos vedados o fuertemente restringidos frente a la deliberación y decisión democráticas.
- ii. La existencia de una jurisdicción constitucional (u ordinaria con capacidad de imponer sus decisiones en materia constitucional) que se sitúe en un plano preferente frente al legislador democrático a la hora de interpretar la Constitución.

Ambas objeciones descansan en la duda acerca de qué razón tenemos para imponer límites externos a las mayorías políticas democráticas, pero pueden ser sostenidas conjuntamente o de manera independiente. Esto implica - tal y como por ejemplo señala Salazar Ugarte<sup>234</sup> - que los autores que sostienen la (o algún tipo de) OCM frente a nuestros modelos constitucionales pueden mantener posiciones muy diversas<sup>235</sup>. Me centraré ahora en la primera objeción. Concretamente, voy a ocuparme de analizar los

---

<sup>232</sup> KELSEN, 1988 a.

<sup>233</sup> LINARES, 2008: 46.

<sup>234</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 31 y ss. Del mismo modo, como por ejemplo nos recuerda LINARES, 2008: 46-47, cabe tener en consideración que una carta de derechos o Constitución rígida no necesariamente supone consagrar un sistema de revisión constitucional (como sea el caso de Holanda), ni un sistema de revisión judicial presupone una Constitución rígida (como sea el caso de Israel). En consecuencia, el problema del coto vedado y las objeciones a la revisión judicial pueden ser perfectamente diferenciadas tanto analítica cuanto fácticamente.

<sup>235</sup> Por ejemplo, puede aceptarse el hecho de que existan límites constitucionales a la actuación del poder democrático pero cuestionarse, a la par, la existencia de una jurisdicción que tenga preeminencia en la interpretación de los mismos; puede aceptarse el hecho de que existan límites a la actuación del poder legislativo, pero cuestionarse, a la par, que los procedimientos de reforma constitucional deban ser enormemente gravosos o estén vetados; o puede, de plano, oponerse frontalmente a la propia existencia de cualquier límite constitucional al legislador democrático. Como se observa, estas posiciones no mantienen las mismas demandas, ahora bien, todas ellas pueden ser englobadas bajo la citada OCM.

motivos que llevan a algunos a sostener que no resulta legítimo que una Constitución restrinja el ámbito material de actuación del legislador democrático “ordinario” (objeción que constituye, si se quiere, la objeción más “básica” y “radical” frente al constitucionalismo rígido)<sup>236</sup>. Del análisis de los problemas inherentes a la cuestión de los límites o impedimentos al poder de reforma constitucional, y de la espinosa cuestión (crítica o defensa) de la jurisdicción constitucional me ocuparé, respectiva y específicamente, en el capítulo III y en el capítulo IV; pues considero que, por claridad analítica y expositiva, resulta adecuado su estudio individualizado<sup>237</sup>.

Comenzaré descartando una solución usualmente propuesta al problema que aquí planteo. Así, algunos autores “constitucionalistas” pretenden vencer la OCM frente a la consagración constitucional, y rígida, de nuestros catálogos de derechos y libertades aduciendo que, si bien es cierto que su estipulación resulta antidemocrática, el principio democrático no es el único principio que hemos de tener presente a la hora de diseñar nuestros marcos institucionales. Al lado de este principio – añaden – existe también el de la protección de los derechos y libertades fundamentales, y este es el que ha de prevalecer. Sin embargo, en mi opinión, esta estrategia resulta errada. No pueden oponerse derechos contra la democracia como si fueran dos principios en conflicto. Ferreres señala dos posibles objeciones frente a un planteamiento como el de esos autores<sup>238</sup>. En primer lugar, buena parte de nuestras Constituciones contemporáneas fueron aprobadas democráticamente, por ende, resulta complicado, al menos cuando hablamos de

---

<sup>236</sup> Esta objeción ha sido sostenida de manera “solitaria”, aunque no siempre con argumentos independientes respecto de la cuestión relativa al control judicial de constitucionalidad. Así, por ejemplo, en el contexto de una reforma constitucional en profundidad para el Reino Unido y acerca de la propuesta de “crear” (recoger) un *Bill of Rights*, WALDRON, 1993 a, manifestó sus críticas frente a este diseño institucional de la protección constitucional de los derechos (por cierto, como todos sabemos, desde la trinchera de una concepción “liberal democrática”).

<sup>237</sup> En este sentido, cabe indicar, MARMOR, 2015: 39 y ss., al proceder con la exposición de las rasgos característicos o centrales de nuestras actuales Constituciones diferencia entre otros: i) la supremacía normativa, puesto que “las Constituciones pretenden establecer y regular la estructura básica del sistema jurídico, y así son consideradas normativamente superiores a todas las otras formas de legislación. (...). Generalmente se asume que a menos que las disposiciones constitucionales prevalezcan sobre la legislación ordinaria, no tendría sentido tener un documento constitucional en absoluto”; ii) la rigidez, dado que “la principal técnica mediante la cual las Constituciones pueden garantizar su duración por generaciones es la rigidez: las Constituciones por lo general proporcionan sus propios métodos de reforma o enmienda, haciéndola mucho más difícil de enmendar que la legislación democrática ordinaria. (...) – Es por tanto un aspecto esencial de nuestras Constituciones – que éstas estén relativamente protegidas contra cambios formales mediante los procesos democráticos ordinarios”; iii) el control de constitucionalidad, pues “para implementar la supremacía de la Constitución, los sistemas jurídicos típicamente conceden la aplicación e interpretación del documento constitucional en las manos del poder judicial. (...). El aspecto central aquí es (...) que el poder judicial es quién determina lo que significa la Constitución, y se asume que tales decisiones prevalecen sobre las decisiones tomadas por las instituciones democráticas ordinarias”. Se trata por lo tanto de aspectos que, aunque claramente relacionados, pueden ser analíticamente diferenciados.

<sup>238</sup> FERRERES, 1997: 50.

Constituciones que nacen en el seno de democracias representativas, que el principio de protección de los derechos esté por encima del principio democrático. Sin embargo, algunos de estos autores nos recordarán que en todo caso tales Constituciones fueron aprobadas por súper-mayorías y no por mayorías (simples), pero en tales casos tampoco podríamos decir que el principio de protección de los derechos está por encima del principio democrático, sino simplemente que dentro del segundo se establece una jerarquía entre la voluntad de una súper-mayoría y la voluntad de una mayoría simple. En segundo lugar, porque la propia forma de gobierno democrática se funda en (necesita de, se asienta sobre o sólo resulta posible si se respetan) derechos (al menos, en algunos derechos<sup>239</sup>); de hecho, los principios morales más básicos de los que deriva el reconocimiento de (todo el conjunto de) nuestros derechos constitucionales son los mismos de los que deriva la propia fundamentación de la democracia. Esto no supone ningún descubrimiento, pues ha sido reiterado en multitud de foros, pero implica, en mi opinión, tener que tomarse en serio la OCM y tratar de dar una respuesta adecuada a la pregunta acerca de cuáles son las razones para la legitimidad de límites externos a la decisión de los órganos de representación política. Creo que para abordar esto de forma adecuada es necesario no perder de vista el concepto vigente de Constitución.

#### **4. Constitución y derechos.**

La pregunta relativa a qué puede ser calificado como una Constitución admite diferentes respuestas directamente vinculadas con el concepto de Constitución que abracemos; y, recuérdese, existen varios. Así, como señalé, y siguiendo con el ejemplo, en función del concepto que escojamos o defendamos podremos calificar al conjunto de normas que operaban como las Leyes Fundamentales del franquismo como Constitución, o no. Sin embargo, para evitar reiteraciones, no entraré aquí de nuevo a desmenuzar con cierta pretensión de exhaustividad los principales conceptos de Constitución existentes, simplemente me limitaré a trazar con rapidez una distinción - si se quiere, algo simplificada - para volver a poner sobre la mesa los caracteres identificativos del concepto vigente<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> Punto que, entre otros, nos remite directamente al problema de las precondiciones democráticas.

<sup>240</sup> Siempre resulta complejo afirmar qué un determinado concepto se constituye en el concepto *vigente*. No obstante, un repaso a la literatura existente sobre la materia y a la jurisprudencia constitucional de muchos de nuestros países nos permite, a mi entender, afirmar que existe un concepto *vigente* de Constitución; en el sentido de extendido, compartido o criticado, pero reconocido como imperante. Dicho concepto es el que trato de señalar en este trabajo.

Así, según el concepto de Constitución que opera en la actualidad, suele decirse que no existe Constitución si no se respetan los ideales consagrados en el artículo dieciséis de la Declaración francesa de los derechos del Hombre y del Ciudadano: “una sociedad en la que la *garantía de los derechos* no está asegurada, ni la *separación de poderes* está determinada, no tiene Constitución<sup>241</sup>”. Este concepto sobrepasa con mucho, en el sentido de que es un concepto más determinado y exigente, por ejemplo, al concepto de Constitución en sentido material esbozado por Kelsen, según el cual la Constitución se identifica con la “regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación<sup>242</sup>”, es decir, según el concepto que únicamente requiere de la existencia de un conjunto de normas que regulen la organización de los poderes públicos y los procedimientos de creación normativa para afirmar la existencia de una Constitución. Para entender mejor esto, podemos trabajar con la siguiente distinción<sup>243</sup>:

- Por un lado, tendríamos lo que podríamos rotular como el concepto “axiológicamente neutro” de Constitución. Como por ejemplo indica Bovero, cuando se utiliza de un modo neutral este término es para hacer referencia a un conjunto de normas que tienen la función de ley fundamental, pero sin hacer referencia en ningún sentido *necesario* a los derechos fundamentales y al principio de la división de poderes. Por ello, cuando el término es usado de este modo, simplemente indica una suerte de ordenamiento del sistema de los poderes

---

<sup>241</sup> En este sentido, por ejemplo, como señala BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2012: “El art. 16 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1789, asociaba la existencia de Constitución a la separación de poderes y la garantía de los derechos. Es un concepto clásico revisable pero que sirve de referencia para describir una constitución democrática y por ello, para descubrir qué es. Así, como punto de partida, parece claro (...) – que este es - el concepto de constitución extendido pacíficamente en nuestro entorno occidental, (...)”. DÍAZ REVORIO, 2009, señala que: el concepto jurídico-formal, que entiende la Constitución como norma suprema de un ordenamiento que prevalece sobre todas las demás y no puede ser modificada o derogada por ninguna otra posterior (salvo la propia reforma constitucional) debe ser completado con un sentido garantista que deriva de la propia historia del constitucionalismo, de tal modo que no cabe considerar indiferentemente el contenido y finalidad del texto constitucional, ya que la propia esencia del mismo es servir como límite al poder, estableciendo su separación mediante un sistema basado en el principio democrático, así como la proclamación y garantía de los derechos fundamentales.

<sup>242</sup> KELSEN, 1988 a.

<sup>242</sup> Creo que básicamente pueden ser reconducidos a la distinción que realiza COMANDUCCI, 2003: 84.

<sup>243</sup> COMANDUCCI, 2003: 84.

públicos, cualquiera que este sea. Así, en este sentido neutral – amplio y genérico – todos los Estados<sup>244</sup> tienen una Constitución<sup>245</sup>.

- Por otro lado, tendríamos el concepto “axiológicamente robusto” de Constitución. Según el mismo, únicamente podemos entender que contamos con una Constitución si se da la existencia de un conjunto de normas que son fundamentales respecto del resto de normas jurídicas que componen el Ordenamiento, pero, como indica Dogliani, “a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor<sup>246</sup>”; concibiéndose así a la Constitución como algo que tiene un valor *per se*<sup>247</sup>. Este sería el concepto de Constitución que opera en la actualidad, y que coincide con lo que según Nino podríamos englobar bajo un “constitucionalismo en sentido pleno”, para el que no es suficiente con que la Constitución contenga un conjunto de normas que organicen el poder estatal, sino que “también, y preeminentemente, satisfagan ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulen la vida pública<sup>248</sup>”.

Por lo tanto, para el concepto de Constitución que puede ser considerado como vigente, y según destacan Dogliani o Nino, resulta necesario que la misma cuente con un contenido “mínimo” o “necesario” (adicional o específico), al que se le atribuye un especial valor (o un valor *per se*). Esta exigencia se sintetiza en la mencionada referencia al artículo dieciséis de la Declaración francesa, y ello, en realidad, no supone más que la simplificación de la idea según la cual si los ideales del constitucionalismo político (o del liberalismo democrático) no se respetan no existe una genuina Constitución; es, en

---

<sup>244</sup> Recuérdese que, en todo caso, aquí puede operarse por la distinción efectuada por GUASTINI, 2016: 143 y ss, entre diversas acepciones o conceptos de Constitución. En particular, el teórico italiano, entre otras, distingue entre las siguientes dos usos del término: i) en ocasiones se habla de Constitución para referirse a un conjunto de hechos (políticos): aquel conjunto de hechos que también son conocidos como “régimen político”. Según este uso, todo régimen político es una Constitución. ii) En otras ocasiones (o más frecuentemente) se habla de Constitución para hacer referencia no a un conjunto de hechos sino a un conjunto de normas. *Grosso modo*, el conjunto de normas que “dan forma” al Estado, esto es, determinan su organización – política y territorial – y disciplinan sus relaciones con los ciudadanos. Según este uso, todo Estado está provisto de una Constitución.

<sup>245</sup> BOVERO, 2006: 16-17. En este concepto axiológicamente neutro también podríamos englobar la noción de Constitución que en el capítulo anterior, de la mano de Aguiló, calificué como el “concepto de Constitución contingente formal”; simplemente, añadiría un requisito adicional: que el conjunto de normas llamadas a operar como fundamentales para la comunidad de referencia se encuentren escritas, codificadas y supraordenadas formalmente al resto de normas del sistema.

<sup>246</sup> DOGLIANI, 1994: 14, citado por COMANDUCCI, 2003.

<sup>247</sup> DOGLIANI, 1994: 15, citado por COMANDUCCI, 2003.

<sup>248</sup> NINO, 1994: 4.

definitiva, el concepto de Constitución del constitucionalismo político. Por ello, afirmaba que el concepto vigente acerca de lo que sea una Constitución constituye un concepto restringido o específico y axiológicamente cargado, y, también por ello, debemos identificarlo en parte con aquellos principios esenciales del liberalismo democrático de los cuales deriva el reconocimiento de los derechos y libertades reputadas como básicas: derechos asociados al ideal del Imperio de la ley, derechos de libertad, derechos sociales y derechos de participación democrática. Así, según esta noción, si no se garantizan estos derechos no podemos afirmar la existencia de una genuina Constitución, y si no se satisfacen *de facto* no podemos afirmar estar en presencia de un Estado (o democracia) constitucional<sup>249</sup>. En este sentido, cabe parafrasear a Elías Díaz, cuando, ya en el año 1966, afirmaba que no todo Estado que cuenta con legislación es un Estado de Derecho, para afirmar ahora que no todo Estado que cuenta con una forma constitucional es un Estado constitucional<sup>250</sup>.

Sentado lo anterior, me interesa ahora recalcar que la visión de la Constitución a la que da soporte este concepto se caracteriza centralmente en las siguientes dos notas<sup>251</sup>:

- i) sitúa el reconocimiento de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema jurídico-político (constitucional), lo cual implica que el respeto a los derechos juega un papel central en la justificación de la acción política y jurídica de la comunidad;
- ii) recurre a la rigidez constitucional en garantía de ese papel atribuido a los derechos.

---

<sup>249</sup> Como señala AGUILÓ, 2010: 250, “lo interesante (...) es darse cuenta de que el concepto de “Estado constitucional” no es un concepto meramente descriptivo. El Estado constitucional no nace simplemente de la rigidez y la normatividad constitucionales. Es un concepto valorativo – resultado de la asunción de ciertas exigencias ético-políticas – que sirve para evaluar los sistemas jurídico-políticos positivos (y entre éstos también a aquellos que cuentan con una Constitución rígida y regulativa)”.

<sup>250</sup> En 1966, Elías Díaz, en su famosa obra “Estado de Derecho y sociedad democrática”, afirmaba que no todo Estado constituye un Estado de Derecho. Aunque tal afirmación se realiza en el contexto de la España franquista, en un genuino afán de reivindicación democrática, de la misma pueden extraerse consecuencias que superan con mucho aquella coyuntura política. En concreto, con esta afirmación se estaba refiriendo a como el concepto de Estado de Derecho no supone simplemente un concepto descriptivo o clasificatorio, sino que también supone, de manera muy importante, un concepto valorativo. En efecto, si fuera un concepto meramente descriptivo, cualquier Estado moderno, en tanto no puede prescindir del Derecho como instrumento para guiar y controlar conductas, sería un Estado de Derecho. Ahora bien, siendo también un concepto valorativo o normativo, debemos entender que su función no es meramente la de describir una de las propiedades del Derecho moderno, sino que presupone la asunción de ciertas exigencias prácticas y que, por ello, nos sirve para evaluar los diferentes sistemas jurídico-positivos. Ver AGUILÓ, 2012.

<sup>251</sup> AGUILÓ, 2010: 251. En sentido similar: BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2012; DÍAZ REVORIO, 2009

Me ocuparé ahora de abordarlas, aunque sea de forma breve. Y es que son ellas, como ha escrito Aguiló<sup>252</sup>, las que permiten identificar las contradicciones centrales que recorren cualquier democracia constitucional. Y son además estas contradicciones las que constituyen el contexto en el que se formula la OCM.

#### 4.1. El ideal complejo de la democracia constitucional.

Acabo de mencionar que los derechos que emanan de los principios básicos del liberalismo democrático juegan un papel central en la fundamentación o justificación de un sistema político-jurídico constitucional, ello significa, en primer lugar, que los derechos valen para fundamentar la obligación política. Como ilustra el propio Aguiló, “sirven para establecer bajo qué condiciones el ciudadano de una comunidad política está obligado a obedecer (cumplir) las normas que esa misma comunidad se ha dado<sup>253</sup>”. Así, el poder político fundado en derechos resulta legítimo, es decir, autoridad legítima; o, lo que es lo mismo, la autoridad fundada en derechos tiene título para ordenar y lo ordenado es obligatorio para la ciudadanía. Pero, en segundo lugar, los derechos también sirven para fundamentar los límites de dicha obligación política, es decir, sirven para determinar qué es lo que el poder político puede (debe) y no puede (no debe) ordenar legítimamente<sup>254</sup>. Es por ello que el doble papel de fundamentación que los derechos cumplen genera una fuerte tensión; debiendo destacarse que los principios morales de los de los cuales se extraen los derechos que sirven para fundamentar tanto la obligación política como los límites a ella no tienen por qué ser diferentes (de hecho, no lo son)<sup>255</sup>.

Según mi opinión, lo que se acaba de exponer puede reconducirse a la ya clásica distinción entre los dos ingredientes que componen el ideal complejo de la democracia

---

<sup>252</sup> AGUILÓ, 2010.

<sup>253</sup> AGUILÓ, 2010: 251-252.

<sup>254</sup> Sin embargo, cabe destacar que, junto al concepto de Constitución expuesto, en la cultura jurídica de nuestros países, tal y como indica GUASTINI, 2008: 48, también se encuentra difundida una determinada concepción política de la Constitución “según la cual la función de la Constitución es organizar la sociedad civil (y no sólo a los poderes públicos) y moldear las relaciones sociales (y no sólo las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos)”. Por lo tanto, en base a tal concepción política se entiende que los derechos constitucionales no sirven únicamente como límite a la actuación de los poderes estatales sino también – aunque en menor medida - para moldear las relaciones entre particulares.

<sup>255</sup> AGUILÓ, 2010: 251-252.

constitucional<sup>256</sup>: uno relativo a la distribución del poder (*quién y cómo* decide) y otro concerniente a su limitación (*qué* no se puede decidir o dejar de decidir<sup>257</sup>).

A su vez, el primero de estos dos elementos puede ser caracterizado como el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad y libremente en la toma de decisiones públicas. Por su parte, el segundo ingrediente puede ser caracterizado – de manera primaria - como el respeto por los derechos que garantizan la autonomía individual de todas las personas<sup>258</sup>. Pero, tal y como se advirtió en un inicio, podemos concluir que el propio reconocimiento del derecho de todos miembros del cuerpo político a participar en la toma de decisiones públicas, como ya señalara Bobbio, también se fundamenta en el reconocimiento de la “autonomía del individuo, de todos los individuos, sin distinción de raza, sexo, religión, etcétera<sup>259</sup>”. Así, este primer ingrediente, también expresa el reconocimiento de una igual dignidad de todos los individuos en cuanto personas morales autónomas y, en consecuencia, la aceptación de su idéntica capacidad de juicio y deliberación política<sup>260</sup>. Y es que, nuestras democracias constitucionales parten del supuesto de que, *prima facie*, toda persona es moralmente capaz de formar autónomamente sus fines y de seleccionar racionalmente los medios idóneos para alcanzarlos. Esta misma confianza es la que la democracia proyecta en el plano colectivo, haciendo de la voluntad estatal aquella voluntad que resulta de un proceso de deliberación y decisión públicas en el que las personas expresan sus convicciones políticas que libremente se han formado en el ejercicio de su capacidad para el razonamiento moral<sup>261</sup>. Ambos elementos, entonces, encuentran su fundamento en el reconocimiento de la autonomía (e igual consideración y respeto) de todos los individuos que componen la sociedad, y asumen que todos están dotados de la capacidad de articular concepciones acerca de lo que constituye la vida buena y de desarrollar un sentido de la justicia. Siendo así, podemos sostener que ambos elementos deben ser considerados como componentes igualmente esenciales de un liberalismo político consecuente<sup>262</sup>.

---

<sup>256</sup> En este sentido, por ejemplo: SALAZAR UGARTE, 2006: 48 o BAYÓN, 2010: 294 y ss.

<sup>257</sup> FERRAJOLI, 2011 a, 2011 b, 2011 c, 2011 d, 2012 a, 2012 b o 2014.

<sup>258</sup> BAYON, 2010: 295.

<sup>259</sup> BOBBIO, 1999: 376.

<sup>260</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 126.

<sup>261</sup> FERRERES, 1997: 71.

<sup>262</sup> BAYON, 2010. 296. En Términos de John Rawls, de un “liberalismo correctamente interpretado”. RAWLS, 1993: 412.



Ahora bien, que ambos ingredientes partan de una común fundamentación, y que deban considerarse como igualmente valiosos, no significa que no existan tensiones entre ellos<sup>263</sup>. Y es que, aunque consideremos que al menos algunos de los derechos y libertades que garantizan la autonomía individual de todas las personas son en realidad prerequisites de una genuina democracia (en tanto sin ellos la toma de decisiones por mayoría no diferiría realmente de la toma de decisiones manipuladas o impuestas, con lo que no se respetarían los principios que operan en el fundamento de la democracia, ni habría por qué considerarla valiosa), como ya se advirtió al inicio, el problema de fondo radica en que resulta controvertible qué derechos, así como con qué alcance, se constituyen como precondiciones, en definitiva, como prerequisites de la democracia<sup>264</sup>. En particular, esta tensión se produce porque esta cuestión, que se constituye en uno de los ámbitos de decisión (por no decir el ámbito de decisión) más importantes que puedan concernir a cualquier comunidad humana, (aparentemente) queda, en el caso de nuestras democracias constitucionales, por encima de los procedimientos de decisión basados en la igual y libre participación de todos los miembros de la comunidad política, es decir, de la deliberación democrática y de la decisión mayoritaria. La formulación teórica que Nino ha dado a este profundo problema le ha llevado a hablar de la paradoja de las precondiciones de la democracia<sup>265</sup>. Como señalara este autor, si se considera que tales prerequisites democráticos son los que otorgan valor a la propia democracia, el campo de los derechos que los constituyen puede tener una extensión tal que apenas deje espacio para las decisiones democráticas. Por ello, el gobierno democrático puede acabar convirtiéndose en un artefacto prácticamente irrelevante, puesto que “los únicos temas que podrían ser decididos democráticamente son cuestiones no dominadas por los derechos<sup>266</sup>”, y estos podrían ocupar un (muy) amplio espacio. Y es que, cuanto más exigentes sean las precondiciones del derecho de participación, menos posibilidades habrá de ejercerlo: más quedará relegado a una instancia de decisión distinta del parlamento y sobre menos cuestiones será legítimo que el mismo se pronuncie. Pero cabe tener en cuenta que la realización efectiva del ideal de participación parece plantear simultáneamente dos exigencias, no sólo que se ejerza en ciertas condiciones, sino también que haya posibilidades verdaderamente significativas de ejercerlo; es decir, que

---

<sup>263</sup> BAYÓN, 2010: 297 y ss.

<sup>264</sup> BAYÓN, 2010: 297-98.

<sup>265</sup> GUTMANN; THOMPSON 1996, 349-357; NINO, 1994 y 1997. Ver también MARTÍ, 2011.

<sup>266</sup> NINO, 1994: 195; ver también CURCÓ COBOS, 2016.

no se excluyan de su ejercicio aquellas cuestiones más trascendentales de la vida política de la comunidad. Entre estas dos exigencias se produce una tensión inevitable, puesto que la extensión del espacio que queda abierto para el ejercicio del derecho de participación es inversamente proporcional a la del que se entienda que queda ocupado por los prerequisites que harían valioso su ejercicio<sup>267</sup>.

Por lo tanto, independientemente de que se entiendan como prerequisites de la democracia todo el conjunto de derechos constitucionales o sólo una parte de ellos, el problema normativo fundamental es el de cómo articular un equilibrio entre los dos ideales en cuestión: los derechos y el autogobierno colectivo. Es decir, hasta qué punto debe estar abierto o cerrado al procedimiento de decisión por mayoría la definición del contorno de los prerequisites que hacen de él un ideal valioso. Lo que plantea la OCM es qué es, y porqué, lo que de esta decisión puede sustraerse legítimamente a la decisión de la mayoría.<sup>268</sup>

Es en este contexto en el que adquieren relevancia algunas de las reflexiones de Waldron. Así, para este autor, parece claro que entre las personas que componen el cuerpo político siempre existirán desacuerdos a la hora de determinar cuáles sean, y cual sea su contenido y articulación, nuestros derechos fundamentales. Por ello, cualquier teoría sobre los derechos debe acompañarse de una teoría sobre la autoridad, puesto que dado dicho desacuerdo tendremos que determinar quién debe tener el poder de decisión, y cuáles serán los procedimientos, para concretar los mismos. Y, si nos tomamos en serio a la democracia, deben ser todos los miembros del cuerpo político los que decidan sobre tal extremo mediante la regla de la mayoría; puesto que la exclusión de los mismos pone en jaque a la democracia y a los propios derechos, en tanto que estos, rectamente interpretados, presuponen el respeto por la autonomía, la igualdad y la capacidad moral de todas las personas para participar en el proceso de toma de (cualesquiera) decisiones colectivas<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> BAYÓN, 2010: 298-299.

<sup>268</sup> BAYÓN, 2010: 303.

<sup>269</sup> WALDRON, 2005: capítulo II, 23-25, 131-142 y 285 y WALDRON, 1993 a. Así, como expresamente señala: “es imposible (...) pensar en una persona como portadora de derechos y no considerarla como alguien que tiene el tipo de capacidad necesaria para averiguar cuáles son sus derechos” – WALDRON, 2005: 347 -. Ello, puede señalarse, se asocia a lo que Waldron identifica como las dos circunstancias básicas de la política: la existencia de desacuerdos y la necesidad observada por todos de alcanzar un curso de acción común; en esas circunstancias, piensa Waldron, “es importante que las comunidades tomen sus decisiones (...) utilizando procedimientos que se muestren respetuosos con los desacuerdos y que permitan que las voces en contienda sean escuchadas en un debate sobre cuál debería ser la solución a un problema

Esta es, pues, la primera y poderosa crítica que la OCM (o una versión refinada de la misma) plantea frente al hecho de que nuestros catálogos de derechos y libertades constitucionales queden sustraídos al poder de deliberación y decisión democráticas<sup>270</sup>.

#### **4.2. La mano muerta del pasado**

Existe una segunda contradicción desde la que se introduce la OCM. Cómo nos recuerda Aguiló, aunque observados como textos normativos tanto la Constitución como la ley son fuentes-acto, es decir, disposiciones generales promulgadas por una autoridad, la Constitución está llamada a jugar un papel de conservación y orientación del sistema en su conjunto que, sin embargo, la legislación ordinaria no está llamada a jugar. En este sentido, parece resultar adecuado afirmar que existe una contradicción entre la idea de Constitución y la de su constante modificación, pues nuestras Constituciones, por ese papel que están llamadas a jugar, están pensadas para durar mucho tiempo, mientras que respecto de las leyes parece resultar adecuado afirmar que constituyen el instrumento de cambio jurídico por excelencia<sup>271</sup>. Con todo, esta comprensión de unos y otros instrumentos político-jurídicos no deja de ser controvertida. En efecto, existen muchas leyes o cuerpos de leyes – no constitucionales – que también están pensadas para durar mucho tiempo y/o no ser modificadas<sup>272</sup>. Piénsese, por ejemplo, cómo parece ser que la

---

común”. WALDRON, 2005: 105 y 123. Por ello, dado que el derecho de participación constituye un derecho “cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en la los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen”, el derecho de participación debe ser considerado como el “derecho de los derechos”, en tanto la participación y la decisión por mayoría suponen las únicas herramientas que en las circunstancias de la política resultan consistentes con la idea de que todas las personas son fundamentalmente iguales. WALDRON, 2005: 277. Ver MARTÍ, 2005 b, CURCÓ COBOS, 2016 o MAURINO, 2015.

<sup>270</sup> Si he logrado explicarme correctamente en la breve síntesis desarrollada en este apartado, no es posible desatender tan pronto como lo hacen muchos autores el calado real de esta objeción. Me explico, según muchos autores “constitucionalistas”, el problema de fondo de las objeciones contramayoritarias es que confunden lo que realmente implica el principio de la mayoría pues, contrariamente a lo que hipotéticamente sostienen muchos “demócratas radicales” – que sustentan mentada objeción –, tal principio no es condición suficiente para hablar de democracia; “simplemente” se trata de una condición necesaria. Ahora bien, considero que esta es una manera muy simplista y errada de desatender el problema de fondo que quieren poner sobre la palestra muchos autores al defender dicha objeción. En efecto, muchos de estos autores, me atrevería a decir que su mayoría, no enarbolan esta objeción desde una errada visión de lo que implica el principio de la mayoría. Sus objeciones tienen mucho más calado y cabe tomarlas mucho más en serio.

<sup>271</sup> En este sentido, MARMOR, 2015, considera como uno de los rasgos principales o característicos de nuestras Constituciones el de la “longevidad”. Así, nos dice: “las Constituciones, por su misma naturaleza, pretenden estar vigentes por un largo tiempo, estableciendo la estructura básica del sistema jurídico para generaciones futuras. Puede suceder también que las leyes ordinarias estén vigentes por un largo tiempo. Pero ello no es un aspecto esencial de ellas. sin embargo, el que estén destinadas a ser duraderas sí es un aspecto esencial de las Constituciones, cuya aplicación se extiende a generaciones mucho más allá de la generación en la que ha sido creada”.

<sup>272</sup> GUASTINI, 2010: 58.

vocación de permanencia y mínima modificación de su contenido acompaña a la promulgación de cualquier Código Penal. Como sea, para evitar explorar cuestiones que me llevarían de forma quizá poco fructífera más allá de la línea central de mi trabajo, retomo la misma: mientras que la Constitución es rígida, pues no puede modificarse (en caso de que pueda) sino mediante procedimientos de mayorías agravadas, las leyes son normas (generalmente) flexibles, puesto que su modificación (generalmente) sólo requiere de mayorías simples. Y es que la propia oposición entre “forma constitucional” y “forma legal” se confecciona, precisamente, para otorgar la mayor estabilidad posible a las normas llamadas a operar como fundamentales en el sistema jurídico-político, es decir, a las normas constitucionales<sup>273</sup>. Así, la forma constitucional vendría a expresar tendencialmente el consenso (las súper-mayorías, lo fundamental, lo estático, lo difícilmente modificable); mientras que la forma legal expresaría tendencialmente el conflicto (lo mayoritario, lo fundamentado, lo dinámico, lo modificable). Conforme a esta dialéctica, la rigidez constitucional parece estar plenamente justificada frente a la flexibilidad de la legislación<sup>274</sup>.

Ahora bien, visto en términos diacrónicos, la rigidez constitucional nos enfrenta – entre otros - directamente con el problema de la relación entre los muertos y los vivos; “pues, el sentido del *lex superior* constitucional es precisamente “bloquear”, “inhibir”, “dificultar” (dependiendo del grado) el *lex posterior* legislativo en relación con ciertas materias<sup>275</sup>”. Como señala Laporta, y desde la perspectiva de la objeción frente a la rigidez constitucional, este problema que plantea la primacía y la rigidez del texto constitucional se da tanto si la Constitución resulta un documento impuesto “desde fuera” o “desde arriba” por mecanismos políticos o sociales de cualquier tipo, como si, por el contrario, se trata de un documento elaborado y puesto en vigor mediante procedimientos exquisitamente democráticos, ya que en este segundo caso bastaría con sólo esperar unos años, una generación, para que el documento tuviera ya la naturaleza de imposición externa, heterónoma, es decir, no decidida por los interesados sino por una generación anterior<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> AGUILÓ, 2012.

<sup>274</sup> AGUILÓ, 2012.

<sup>275</sup> AGUILÓ, 2012.

<sup>276</sup> LAPORTA, 2007: 222. Aunque para Laporta esta tesis no resiste la prueba de la reducción al absurdo pues, llevada a sus últimas consecuencias, cada vez que un nuevo miembro se incorpore a la comunidad política sería necesario someter todas las reglas que rigen la vida de la misma a su consideración.

Y es que, cabe señalar, la idea de que el autogobierno democrático debe predicarse de la generación actual es una idea muy arraigada en la historia del pensamiento político. En efecto, como en nuestro ámbito nos recuerdan Orunesu<sup>277</sup>, Ferreres<sup>278</sup> o Bayón<sup>279</sup>, en sus primeras manifestaciones históricas, la OCM tendió a presentarse como una dificultad intertemporal, es decir, como un problema entre generaciones. Ya en el siglo XVIII Paine sostuvo el entendimiento de que cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que le precedieron. Siguiendo su estela, Jefferson vino a defender que, frente a la importancia del autogobierno colectivo, ninguna imposición que lo limitase podía resultar legítima<sup>280</sup>. En definitiva, otro de los problemas que toda Constitución regulativa y rígida acarrea resulta ser el de si las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras o, dicho en otros términos, si los muertos pueden vincular a los vivos. Por eso, la rigidez de una Constitución regulativa parece enredar al constitucionalismo en una suerte de segundo dilema, pues, por un lado, si una Constitución es rígida somete a los vivos a la voluntad de los muertos, pero, por otro lado, si no es rígida, es decir, si los derechos no se encuentran sustraídos al juego de las mayorías, entonces – suele decirse – los derechos no están garantizados, es decir, no hay Constitución<sup>281</sup>.

## **5. La justificación de la constitucionalización de nuestros catálogos de derechos y libertades fundamentales.**

Antes de abordar tales contradicciones, parece que la primera cuestión que debe ser analizada es la de si realmente resulta necesario estipular, y hacerlo de forma rígida, en aras a su necesario respeto, una serie de derechos y libertades que estén por encima del ámbito de actuación del poder democrático. En caso de que no sea necesario bastará con abolir su estipulación (rígida), desapareciendo con ello las contradicciones que dan a luz a la OCM.

---

<sup>277</sup> ORUNESU, 2012 a: 159 y ss.

<sup>278</sup> FERRERES, 1997: 107 y ss.

<sup>279</sup> BAYÓN, 2010: 332-33.

<sup>280</sup> Así, en “*Notes on the State of Virginia*” (1781), se manifestó expresamente en contra del establecimiento de una Constitución con carácter permanente y rígida, es decir, la misma debería ostentar una vocación de flexibilidad, en preservación de la cual - estimó basándose en las tablas actuariales de Buffon - lo óptimo sería cada 19 años, aproximadamente y según sus cálculos el lapso temporal en el que una generación daba paso a la siguiente (según tales tablas actuariales cada 18 años y 8 meses se producía un cambio de generación), posibilitar el derecho a rehacer o volver a confeccionar el texto constitucional. Ver HOLMES, 1988: 202-205.

<sup>281</sup> AGUILÓ, 2012.

Parece que sí, que en efecto contamos con buenas razones que nos habrán de llevar a estar a favor de la *independencia contextual de la primacía de una Constitución* con una declaración de derechos. Moreso da buena cuenta de algunas de estas razones<sup>282</sup>. Así, este autor, partiendo de que el procedimiento democrático es expresión del ideal del autogobierno y presenta un valor intrínseco, argumenta a favor de la denominada independencia contextual de la primacía de una Constitución. Y es que, como acertadamente señala, el valor intrínseco de una institución, acción o procedimiento varía en función del valor que tienen otras instituciones, acciones o procedimientos con él relacionados. En particular, en lo que atañe al procedimiento democrático, el valor intrínseco de una decisión democrática tomada por personas en condiciones de igual libertad es mucho mayor que el valor de una decisión democrática tomada en condiciones de *inmensas* desigualdades (de conocimiento, de riqueza, de poder, etc.<sup>283</sup>). Pero, ¿cómo aumenta entonces el valor intrínseco del procedimiento democrático? Pues bien, parece que dando satisfacción al resto de derechos básicos que configuran el núcleo de cualquier declaración constitucional de derechos. De resultar esto cierto, entonces pareciera que un diseño institucional “óptimo” debiera articular un modo de tomar decisiones que sólo pudiera realizarse en un contexto de reconocimiento de derechos, y, por ello, parecería razonable exigir que el diseño institucional conceda esta primacía a los derechos. Y es que, en efecto, si la toma de decisiones democrática presenta un valor intrínseco en tanto garantiza la autonomía política de los ciudadanos, pareciera ser que debieran prevalecer aquellos derechos que, de algún modo, posibilitan dicha autonomía política. En todo caso, como el lector habrá podido apreciar, este argumento es muy similar al sostenido por Bobbio, Bovero o Salazar Ugarte en torno a la idea de que determinados derechos se articulan como las precondiciones que dan sentido al juego democrático. Por ello, este argumento tampoco logra escapar, *a priori*, de la paradoja de las precondiciones de la democracia recién expuesta. Ello, como a continuación expondré, no nos coloca sino en la obligación de tratar de dar salida, de mitigar, el problema que tal paradoja supone.

---

<sup>282</sup> MORESO, 2009: 147.

<sup>283</sup> Decisiones estas últimas que, si nos adherimos a la formulación de las cinco regiones del coto vedado elaborada por Bovero, serían incluso difícilmente catalogables como democráticas; en tanto, entre otros extremos, todo parece plantear el que no se daría la satisfacción de los derechos fundamentales que se constituyen como genuinas precondiciones sociales para lograr efectivo el goce universal de los derechos de libertad que dotan de sentido a los propios mecanismos procedimentales que caracterizan a todo régimen que merezca el título de democrático. En otros términos, tales situaciones de inmensas desigualdades de conocimiento, riqueza, etc., en realidad, a buen seguro, nos conducen hasta el baldío territorio de la democracia aparente.

En todo caso, independientemente de lo que se acaba de decir, cabe tener presente que, como señala Waldron (aunque él no piense de este modo):

“La preocupación más común relativa a la legislación es que los procedimientos legislativos pueden servir de vehículo de expresión de la tiranía de la mayoría y que las mayorías legislativas están constantemente (...) en peligro de traspasar los límites fijados por los derechos individuales o de las minorías. Tan extendido está este temor, y es tan habitual en nuestra cultura política, que la necesidad de límites constitucionales a las decisiones legislativas se ha convertido en poco más que axiomática<sup>284</sup>”.

Pues bien, aunque es mucho lo que se ha escrito en contra de la intuición de la tiranía de la mayoría frente a los derechos de las minorías y los derechos individuales<sup>285</sup>, creo que tal intuición no es necesariamente errada. Si tenemos razones entonces para reafirmarnos en la misma, contaremos con buenos argumentos (de nuevo, con independencia del contexto) para mantener la estipulación constitucional y rígida de tales derechos y libertades. En efecto, frente al interrogante que se plantea en relación a la necesidad de constitucionalizar unos derechos que, como a continuación se abordará, formulados en términos abstractos son aceptados autónomamente por la mayor parte de los miembros de la comunidad política, podemos dar como respuesta el que la realización de los derechos y libertades fundamentales siempre conlleva un coste. Es decir, no podemos olvidar que los mismos no se satisfacen gratuitamente, sino que su garantía efectiva exige el sacrificio de otros intereses que puede afectar a una multitud (o a una mayoría) de sujetos. Así, como señala Ferreres, puede suceder que la mayoría parlamentaria del momento, aún actuando de conformidad con la opinión pública

---

<sup>284</sup> WALDRON, 2005: 18-19.

<sup>285</sup> Por ejemplo, y por seguir con Waldron, cabe citar en este sentido su trabajo: WALDRON, 1993 a: 397 y ss. En este trabajo Waldron rescata de Rousseau la idea de que la democracia constituye una forma de gobierno basada en la participación ciudadana que persigue el interés general, desechando una concepción “benthamiana” de la democracia según la cual (y en base a la reconstrucción de Waldron) tanto los ciudadanos como sus representantes (solo) miran por sus intereses particulares cuando aprueban leyes colectivas. Para Waldron, adhiriéndonos a esta visión “rousseauiana” podremos comprender que los derechos pueden dejarse en manos de la ciudadanía (léase, de la mayoría) porque la misma es “responsable”, lo que hace que, aun quedando a manos de la mayoría, los derechos no carezcan de protección porque vendrán a descansar en una cultura política de respeto hacia los mismos, pues los votantes y el legislador (la mayoría) están tan interesados en los derechos, en su garantía y respeto, como el resto de ciudadanos del país (las minorías). En definitiva, como señala SALAZAR UGARTE, 2006: 241, al rechazar que los individuos actúen solamente pensando en sus intereses, Waldron puede permitirse vincular los derechos fundamentales al principio de autonomía política.

mayoritaria, ya sea por debilidad de voluntad o por limitaciones cognitivas, adopte una decisión, apoyándose en la defensa de ciertos intereses, que lesiona un derecho o libertad cuya validez y especial peso la propia mayoría, parlamentaria y social, reconoce. Y ello puede suceder porque, al igual que resulta posible que un individuo actúe de manera disconforme con principios morales que acepta autónomamente, resulta posible que la mayoría política lesione derechos y libertades cuya existencia y especial peso acepta autónomamente<sup>286</sup>”.

Más allá de lo anterior, e independientemente de que se asuma o critique la tesis según la cual la mayoría supone una amenaza frente a determinados derechos, son esclarecedoras, en mi opinión, otro tipo de razones como las aportadas por autores como Ferrajoli o Bovero<sup>287</sup>: en muchos de nuestros países - durante los últimos años - se ha producido una auténtica deformación de las instituciones representativas, transformando las fuerzas políticas en partidos personales, observándose los procesos de elección democrática como una suerte de selección de una mayoría electoral y de su jefe, más que como la identificación de una pluralidad de intereses que han de contar con su mediación parlamentaria, asentándose, por lo tanto, la idea de una legitimación absoluta de la fuerza mayoritaria y de su líder, proveniente del voto popular, con la correlativa intolerancia frente a cualquier límite; vaciándose, igualmente, el papel del parlamento a través de la designación de parlamentarios por los vértices de los partidos, frente a los que responden y dependen bastante más que ante los electores<sup>288</sup>. Y es que, como señala Bovero:

“Para asegurar eficazmente la gobernabilidad, se tiende a concebir, a ingeniar y a practicar el juego político como si éste fuese un juego de suma cero, en el cual es atribuido todo el poder al ganador a través de la absolutización indebida o distorsionada (...) del principio de mayoría. El exorbitante alcance que ha venido a asumir el principio mayoritario, al grado de llevar a los estudiosos a aislar como una subespecie del régimen democrático a la así llamada “democracia mayoritaria”, acompaña y favorece lo que yo considero como la degeneración

---

<sup>286</sup>FERRERES, 2000. Véase también FERRERES, 2011: 68 – 69, en dónde adicionalmente apunta como “la inclusión de una tabla de derechos en la Constitución es una buena estrategia para forzar a las instituciones gubernamentales a tomarse en serio los derechos cuando ejercitan sus poderes. El parlamento tenderá a prestar más atención a los principios fundamentales al elaborar las leyes ordinarias. La esperanza es que la comunidad actuará de modo más auto-crítico cuando examine sus prácticas y sus leyes a la luz de los derechos básicos recogidos en la Constitución”.

<sup>287</sup> Ver específicamente, BOVERO, 2002 b: 155 y ss.

<sup>288</sup> FERRAJOLI, 2014: 151-152.



última, el paso final hacia el umbral que separa a la democracia de la autocracia. La institución de las elecciones es interpretada de manera unilateral, reductiva y distorsionada como un método para la investidura personal de un jefe supremo. La elección en verdad decisiva, o la que es percibida como tal, vale decir, como la que determina el rumbo político de un Estado y que incluso marca el destino de una colectividad, al menos hasta la siguiente consulta popular, consiste o se resuelve en la designación del jefe del ejecutivo, a quien le es conferido de facto el papel de guía del Estado. ¿Saben cómo se dice guía en latín? Dux... Duce<sup>289</sup>”.

Del mismo modo, no puede dejar de tomarse en consideración lo que puede calificarse como un “contubernio obscuro entre el dinero y la política<sup>290</sup>”. En efecto, ya no son los gobiernos y parlamentos democráticamente elegidos quienes regulan la vida pública y social a partir de la consideración de los intereses públicos generales, sino que son los grandes poderes económicos los que vienen a imponer las políticas en beneficio de sus intereses privados y especulativos, políticas que se imponen, en no pocas ocasiones, sobre la propia garantía y protección de derechos y libertades reputadas como básicas. En este sentido, como indica Ferrajoli, en los últimos años se ha producido una silenciosa revolución institucional producto de la inversión de la tradicional relación entre política y economía<sup>291</sup>. Son varias las razones que explican dicho vuelco institucional y no tengo como objetivo abordarlas aquí, por lo que simplemente mencionaré una de ellas: se da una creciente confusión entre los poderes políticos y los poderes económicos, manifestada en las múltiples modalidades de corrupción, en la acción de los *lobbys*, en los variados conflictos de intereses y en la cada vez más estrecha relación entre política y dinero: para financiar las campañas electorales, para mantener la estructura burocrática de los partidos, para obtener acceso o el control de los medios de comunicación, etc.<sup>292</sup>

Por lo anterior, si somos capaces de comprender que:

- i. el valor intrínseco del procedimiento democrático varía (básicamente, en función de que se respeten o no determinados derechos);

---

<sup>289</sup> BOVERO, 2011.

<sup>290</sup> BOVERO, 2001. En este sentido, ver también, a título de ejemplo, CHEMERINSKY, 2004.

<sup>291</sup> FERRAJOLI, 2014: 137.

<sup>292</sup> Es decir, asistimos a la creciente confusión y concentración de lo que, como se ha expuesto, Bobbio consideraba los tres poderes sociales del Estado: político, económico e ideológico; afectando ello de un modo directo a la propia salvaguarda de toda forma de gobierno genuinamente democrática. Ver FERRAJOLI, 2014: 137-143.

- ii. que la satisfacción de derechos y libertades fundamentales conlleva costes asociados, costes que en no pocas ocasiones pueden proyectarse sobre los intereses de eventuales mayorías;
- iii. que en (muchos de) nuestros regímenes políticos actuales, de manera creciente, se está practicando el juego político como si este fuera un juego de suma cero (provocando una auténtica *distorsión* del principio de la mayoría);
- iv. y que los poderes económicos son en la actualidad capaces de imponer en la agenda política aquellas decisiones, aún lesivas de derechos y libertades, que blindan sus propios intereses,

debemos aceptar que el atrincheramiento de los derechos se vuelve necesario - aún con mayor ímpetu en un tiempo en el que los mismos aparecen constantemente vulnerados en lo que puede calificarse como una tendencia *deconstituyente*<sup>293</sup> -, por lo que debemos enfrentarnos directamente con las contradicciones anteriormente esbozadas y ver si es posible armonizar de alguna manera los ideales de la protección de los derechos y el del autogobierno colectivo.

## **6. La necesidad de una Constitución abierta.**

La conciencia de las contradicciones expuestas se encuentra ampliamente extendida<sup>294</sup>. En efecto, se toma conciencia de que la rigidez de una Constitución (en parte) regulativa, aunque necesaria en aras a la garantía de los derechos y libertades fundamentales, enfrenta directamente al constitucionalismo con todas las dificultades contramayoritarias. Ante esta situación, como otros muchos autores<sup>295</sup>, considero que la única manera de dar salida a tales contradicciones viene de la mano de Constituciones que, pese a ser regulativas y rígidas, se muestren *abiertas* (Constituciones cuyo antónimo vendría dado por Constituciones, en parte normativas o regulativas, de *detalle*) para permitir que el sistema jurídico-político pueda reflejar las alternativas políticas que operan a su amparo<sup>296</sup>, y para

---

<sup>293</sup> FERRAJOLI, 2014.

<sup>294</sup> AGUILÓ, 2010: 254 y ss.

<sup>295</sup> Quizá uno de los autores que más claramente se han pronunciado en favor de dicha apertura sea FERRERES, 1997 y 2000.

<sup>296</sup> AGUILÓ, 2010: 254

que las mismas puedan adaptarse con flexibilidad a las transformaciones sociales y a los cambios en las convicciones morales y políticas del conjunto de la ciudadanía<sup>297</sup>. Y es que, pese a que la apertura de nuestras Constituciones no elimina la siempre latente tensión entre el autogobierno y sus límites, si contribuye a mitigarla en amplio grado.

Soy consciente de que se me puede acusar de inconsistente pues, por un lado, comparto el diagnóstico según el cual en la actualidad nuestras instituciones democráticas representativas se encuentran viciadas y son víctimas de la absolutización distorsionada del principio de la mayoría y, por otro lado, estoy defendiendo la necesidad de contar con marcos constitucionales abiertos para que en última instancia tales instituciones representativas sean las que concreten sus exigencias. Trataré de no dar por finalizado el capítulo sin dar cuenta de esta *aparente* inconsistencia.

En todo caso, al margen de que opinión nos merezca, es un hecho que la apertura regulativa resulta ser un rasgo típico de nuestras Constituciones, de las declaraciones de derechos y libertades fundamentales en ellas contenidas<sup>298</sup>. Uno de los modos en los que dicha apertura se materializa viene dado por la abundancia de conceptos jurídicos indetermados y por la consagración de tales derechos y libertades, básicamente, a través de principios<sup>299</sup>. Pero, cabe resaltar, dicha apertura no sólo se debe (incluso no

---

<sup>297</sup> FERRERES, 1997: 77.

<sup>298</sup> Como señala MARMOR, 2015: 41 “muchas disposiciones constitucionales, particularmente en el ámbito de las declaraciones de derechos y asuntos similares de principios pretenden tener una aplicación muy general. Ellas están pensadas para ser aplicadas en todas las esferas de la vida pública. Esta es una de las principales razones para el alto nivel de abstracción en el que las disposiciones constitucionales tienden a ser formuladas. Las aspiraciones de longevidad puede ser otra razón para la formulación abstracta de principios. Y por supuesto, algunas veces una formulación abstracta es simplemente el resultado de un acuerdo entre concepciones rivales de los principios relevantes entre grupos opositores en la redacción de la Constitución”. Esta característica de nuestras Cartas Magnas, por cierto, si bien ha sido alabada como necesaria por unos, también, como apuntada en el capítulo anterior, ha constituido una fuente de preocupación constante en el seno de algunas teorías constitucionales. Por ejemplo, autores como Luigi Ferrajoli abogan al respecto por una nueva forma de redactar nuestros documentos constitucionales en aras a eliminar, en la medida de lo posible, citada apertura. A título de ejemplo: FERRAJOLI, 2011 a. A su vez, con anterioridad, Kelsen ya advirtió de las dificultades inherentes a la inclusión de términos que aluden a ideales como el de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, etc., en nuestras Constituciones, “sin precisar, absolutamente lo que es necesario entender con ello”, pensando que esto resulta extremadamente peligroso, recomendando, por lo tanto, que la Constitución se abstenga “de ese género de fraseología y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes” que los formule “de una manera tan precisa como sea posible”. KELSEN, 1988 a; 1995: 33.

<sup>299</sup> Debe tenerse también en consideración que a dicha apertura contribuye el que, usualmente, nuestros constituyentes introducen cláusulas de apertura a las propias declaraciones de derechos, lo que hace que no podamos considerar a los derechos y libertades expresamente consagrados como conformadores de un catálogo taxativo, sino, antes al contrario, como abierto a la adición de “nuevos” derechos no expresamente contemplados en el texto positivo de la Constitución. A título de ejemplo puede observarse el artículo 10 de la Constitución española. Sea como fuera, a dicha apertura también contribuyen las causas de indeterminación o imprecisión de la que adolece cualquier texto normativo. Así, los problemas de

principalmente) a que ésta sea la única manera en la que nuestras Constituciones pueden resistir las objeciones expuestas, sino por razón del contexto socio-político histórico en el que tales Constituciones han sido elaboradas. Veámoslo.

### **6.1. Acuerdos incompletamente teorizados.**

Antes he tratado de fundamentar la posición según la cual en nuestras realidades políticas contemporáneas estipular rígidamente – o mantener rígidamente estipulados – nuestros derechos y libertades básicas resulta una necesidad. Sin embargo, respecto de la posibilidad de llegar a acuerdos en este sentido hay opiniones escépticas como la de Waldron, quien escribe (o escribía) que:

“la gente (...) sigue discrepando radicalmente sobre qué derechos tenemos (a qué tenemos derecho) y cuál es su fundamento. (...) – pero – incluso si hubiera un consenso por superposición sobre un conjunto de derechos básicos (...), existe un feroz desacuerdo acerca de lo que implica dicho consenso por lo que respecta a su aplicación concreta y detallada<sup>300</sup>”.

Sobre esta cita, no obstante, considero que el desacuerdo al que se refiere Waldron no es tan grande como él parece presuponer; tal y cómo, por cierto, de un modo más o menos expreso ha parecido reconocer en otros lugares<sup>301</sup>. En particular, creo que Waldron tiene razón cuando insiste en señalar cómo discrepamos a la hora de concretar cuales sean los contornos precisos de nuestros derechos, ahora bien, no podemos perder de vista cómo

---

ambigüedad, de vaguedad, de textura abierta, etc., son problemas que, como no podía ser de otro modo, también se proyectan sobre nuestros textos constitucionales.

<sup>300</sup> WALDRON, 2005: 19-20. En sentido parecido señala como: “en el caso constitucional casi siempre tratamos con una sociedad cuyos miembros discrepan sobre principios y sobre los detalles, incluso en sus momentos “lúcidos” o de “calma”, sobre los derechos que poseen, sobre cómo esos deben ser concebidos y sobre qué peso debe adjudicársele en relación con otros valores”. WALDRON, 2005: 320. Por ello, según citado autor, dado que desacordamos acerca de cuáles son los derechos básicos que deben estar constitucionalmente garantizados, y en su configuración detallada, es mejor encomendar su protección y configuración a las mayorías parlamentarias. Si lo hacemos así podemos equivocarnos (a la hora de garantizarlos), pero, al menos, habremos preservado los derechos de todos a la igual participación.

<sup>301</sup> Posteriormente, al menos desde WALDRON, 2006 o 2015: 189, ha admitido la viabilidad de adoptar “cartas de derechos”, “de conformidad al compromiso compartido de los miembros de la sociedad con la idea de los derechos individuales y de las minorías, a pesar del hecho de que discrepan de cuáles son esos derechos y lo que implican”, esto es que, pese a los desacuerdos que se suscitan a nivel de detalle acerca de los derechos contemplados en nuestras Constituciones, es posible alcanzar acuerdos para recoger los mismos. Dicha posibilidad viene dada, tal y como aludo en el cuerpo del texto, gracias a los acuerdos incompletamente teorizados.

si resulta posible, pese a ello, alcanzar acuerdos en abstracto sobre los mismos<sup>302</sup>. En conclusión, el desacuerdo no parece impregnarlo todo.

Así, si se opera dentro de la que aquí he expuesto como el concepto vigente de Constitución, como señala Aguiló, “parece que el momento constituyente debe interpretarse otorgando una cierta prioridad al discurso y al consenso (al reconocimiento de criterios de legitimidad) frente a la negociación y el voto (manifestaciones del poder político)”<sup>303</sup>. Pero, ¿resulta posible que en sociedades complejas y pluralistas, en las que conviven concepciones del bien y de la justicia claramente divergentes entre sí (con un alto potencial de conflicto), se alcancen consensos en torno a ciertas formas de acción y criterios de legitimidad consistentes en derechos, valores y principios?<sup>304</sup> Pues bien, como he indicado, es posible llegar acuerdos para determinar cuáles hayan de ser los derechos y valores básicos en abstracto – para atrincherarlos constitucionalmente –, aun estando en profundo desacuerdo sobre las concepciones de esos derechos y valores; de hecho, es lo que ha sucedido, por ejemplo, en la amplia totalidad de las Constituciones redactadas en la Europa continental tras la segunda postguerra. El vehículo por medio del cual esto es posible es el de los “acuerdos incompletamente teorizados”<sup>305</sup>.

Más en concreto, cabe tomar en consideración cómo en el momento de redactar una Constitución cualquier constituyente “responsable” tiene que abordar dos problemas necesarios, en la medida en que la Constitución suponga un acuerdo sobre los inmodificable – o muy difícilmente modificable -. El primer problema se plantea en relación con el aspiracional consenso que se ha de generar en torno a la redacción de la Constitución, pues existirán siempre dificultades en sociedades complejas como las

---

<sup>302</sup> En este sentido, por ejemplo, FERRERES, 1997: 66-67.

<sup>303</sup> AGUILÓ, 2010: 257; ver también FIORIVANTI, 2001: 160. En sentido contrario Waldron entiende que el momento constituyente supone “más bien el predominio sostenido artificialmente de un punto de vista político sobre los demás”. WALDRON, 2005: 320.

<sup>304</sup> AGUILÓ, 2010: 258.

<sup>305</sup> En este sentido, ver SUNSTEIN, 2000: 117-130. Aquí debo introducir un pequeño matiz. Como el lector podrá observar, al dar cuenta de los acuerdos incompletamente teorizados producto de los cuales se promulgan nuestras Constituciones, estoy invirtiendo – al igual que hace Aguiló - parcialmente la visión del propio Sunstein. En el siguiente sentido. Sunstein considera que la mayor parte de acuerdos incompletamente teorizados se alcanzan mediante acuerdos sensiblemente concretos y cerrados (para silenciar los desacuerdos sobre los principios generales que subyacen a estos). Pero, como indico en el cuerpo del texto, la mayor parte de nuestros acuerdos constitucionales (incompletamente teorizados) se alcanzan mediante la operación inversa, esto es, mediante acuerdos “abstractos”, no de detalle, que tratan de ascender conceptualmente. Creo, no obstante, que esta “inversión” no implica que las ideas de Sunstein no sean adecuadas a la hora de dar cuenta de que tipos de acuerdos se alcanzan en el nivel constitucional.

nuestras para alcanzar acuerdos sobre lo “correcto”<sup>306</sup>. El segundo problema es el del compromiso, pues, como igualmente nos recuerda Aguiló: “tenemos inseguridad para comprometernos con reglas prácticamente inmodificables porque no somos capaces de establecer en abstracto y por adelantado exhaustivamente las circunstancias en las que la regla debería regir”<sup>307</sup>. Por ello, la conciencia sobre estas dos dificultades nos permite entender bien el papel que deben desempeñar los acuerdos incompletamente teorizados (o acuerdos superficiales) al momento de redactar el documento constitucional<sup>308</sup>.

Tales acuerdos, en particular, pueden alcanzarse mediante dos modos. En efecto, podemos observar como en nuestras Constituciones en ocasiones encontramos normas que vienen a constituir un acuerdo sensiblemente concreto y cerrado<sup>309</sup>, siendo, sin embargo, posible que sean producto de un acuerdo incompletamente teorizado, como lo sean buena parte de nuestras prohibiciones constitucionales a la pena de muerte. En estos

---

<sup>306</sup> En este sentido ver LARRY, 2015: 21-22. Así, nos dice Larry, en relación a la explicación de cómo puede surgir una Constitución debemos tomar en consideración dos pasos. En el paso 1, el sujeto x, comienza con sus propias convicciones sobre los principios de justicia y otros aspectos de la moralidad política, tales como los principios del gobierno adecuado y los arreglos institucionales que pueden realizar estos principios de mejor forma. Si el sujeto x pudiera imponer estos principios e instituciones por sí mismo, ello lo haría. Sin embargo, dado que x no tiene tal poder, necesita la asistencia de otros miembros de la sociedad, los cuales no comparten todas las convicciones del sujeto x sobre la moralidad política, el gobierno adecuado y los arreglos institucionales. Entonces, en el paso 2, x busca alcanzar un acuerdo amplio sobre las reglas de conducta gubernamental y las reglas que definen las instituciones gubernamentales que hagan efectivos los principios y convicciones personales suyos en mayor medida que cualquier otro conjunto alternativo de tales reglas sobre las cuales el sujeto x puede alcanzar un acuerdo amplio. En otros términos, bajo los principios de x, es preferible que ellos no sean realizados del todo a que prevalezca la anarquía (derivada de la falta de acuerdo), pero sus principios deben ser efectivos en la mayor medida posible dentro del acuerdo amplio. Otras personas con principios y convicciones diferentes razonarán de forma similar, lo que resultará en un acuerdo sobre reglas de conducta gubernamental y las reglas que definen las instituciones que nadie considerará como las reglas óptimas según sus propios principios, pero que la mayoría considerará como suficientemente buenas, superiores a la anarquía. Obviamente, continúa indicando Larry, no se trata únicamente de que cualquier conjunto de reglas sea superior a la anarquía de acuerdo a los principios de moralidad política y gobierno adecuado de todos. Las reglas deben ser las mejores que puedan ser ampliamente acordadas y, además, deben estar por encima del umbral de la aceptabilidad anárquica de todos.

<sup>307</sup> AGUILÓ, 2012. Y es que, como indica Ferreres, el poder constituyente no se encuentra en una buena posición para anticipar las circunstancias particulares (al menos no todas) que se puedan dar en el futuro. Son los sucesivos parlamentos democráticos quienes se encuentran en mejor posición para apreciar las circunstancias de cada momento y decidir, en un continuo proceso de ensayo y error, qué leyes son las más adecuadas para dar solución a los conflictos de intereses que van surgiendo en sociedades complejas. Ello da lugar a lo que metafóricamente Víctor Ferreres rotula como una suerte de reserva de ley parlamentaria que se impondría (idealmente) frente al poder constituyente. Y es que, las decisiones de este son supremas respecto de las decisiones del parlamento o legislador ordinario, pero el poder constituyente debe aceptar que sólo puede tomar cierto tipo de decisiones en materia de derechos y libertades, decisiones abstractas sobre principios generales, siendo incompetente para tomar decisiones de contenido más detallado. FERRERES, 1997: 111.

<sup>308</sup> A título de ejemplo, ver WALDRON, 2016: 42.

<sup>309</sup> Creo que buena parte de esas normas constitucionales de detalle pueden ser comprendidas como lo que Stephen Holmes calificaba como reglas de autocensura colectiva (*gag rules*), cuyo objetivo es el de descargar o eliminar de la agenda política futura cuestiones que pueden provocar divisiones excesivas o conflictos irresolubles. HOLMES, 1993: 21 y ss.

casos, las razones por las cuales los participantes en el proceso constituyente creen que la pena de muerte debería estar prohibida pueden diferir radicalmente, sin embargo, el acuerdo por concreción tiene la capacidad de silenciar el desacuerdo sobre principios más generales<sup>310</sup>. Ahora bien, en la mayor parte de las ocasiones el acuerdo se alcanza mediante la operación inversa, o, lo que es lo mismo, en lugar de descender conceptualmente se trata de ascender. Por ejemplo, la regulación del aborto suele ser un asunto radicalmente controvertido, por ello, resultaría casi imposible llegar a un consenso sobre este tema a la hora de dictar una Constitución. En efecto, la empresa de pretender constitucionalizar una solución normativa sobre este extremo, casi a ciencia cierta en la mayor parte de nuestras sociedades, estaría llamada al fracaso. Sin embargo, una estrategia óptima para alcanzar el acuerdo es la de silenciar el desacuerdo sobre el caso concreto y acordar respecto de los principios generales (derecho a la vida, libertad personal, la dignidad humana, etc.) a partir de los cuales los participantes crean poder inferir la solución concreta que les parece correcta. Ello supone que el acuerdo respecto de esos principios generales resulta un acuerdo incompletamente teorizado<sup>311</sup>.

Por lo tanto, la gran virtud de estos acuerdos superficiales radica en que permiten alcanzar un acuerdo allí donde parece necesario, haciéndolo innecesario donde parece imposible; “desde esta perspectiva las Constituciones serían una gran explicitación respecto de aquello sobre lo que estamos de acuerdo y un silencio elocuente respecto de lo que nos enfrenta<sup>312</sup>”. Ello, como resulta evidente, no elimina de cara a futuro los

---

<sup>310</sup> AGUILÓ, 2010: 258.

<sup>311</sup> AGUILÓ, 2010: 258-259. Sin embargo, cabe tener en cuenta, como lo hace el propio Aguiló “que esos principios abstractos o más generales no estén teorizados no significa que no tengan cada uno de ellos un núcleo concreto y compartido de casos claros amparados por esos conceptos generales. (...) – es decir – casos concretos compartidos; ejemplos claros, paradigmáticos y, por tanto, compartidos (...)”.

<sup>312</sup> AGUILÓ, 2010: 259. Sin embargo, en ocasiones nuestros constituyentes no se limitan a silenciar aquello que los separa. En efecto, ante determinadas controversias que aparecen en el proceso constituyente, la fórmula que se adopta resulta ser, bajo mi punto de vista, menos adecuada de lo que lo es la fórmula de los acuerdos incompletamente teorizados, pues, lo que sucede es que en algunos casos se procede a constitucionalizar disposiciones constitucionales que atienden de manera, más o menos concreta, las pretensiones políticas particulares de las partes en conflicto, lo cual las convierte en muy difícilmente armonizables. Ejemplos de esta segunda fórmula la constituyen los artículos 16 y 27 de la Constitución española. Así, en el artículo 16, junto con el principio de libertad religiosa y no oficialidad se contiene el principio de cooperación (particular) con la Iglesia Católica. Concretamente, su apartado tercero contiene o supone consagración de dos pretensiones políticas en disputa, una, la de la no oficialidad de ninguna religión, otra, la de un trato favorable hacia la Iglesia Católica. Así, los constituyentes en este caso más que acometer un acuerdo general que silenciara este desacuerdo, acordaron contemplar las dos pretensiones en pugna, proteger ambas y reservar para una etapa “post-constitucional” el conflicto acerca de la articulación concreta de tales pretensiones, las cuales, a mi juicio, vienen a ser a efectos prácticos (muy) difícilmente armonizables. Otro tanto ocurre con el artículo 27, pues las distintas cláusulas que integran este artículo protegen aspectos de los diversos modelos escolares defendidos desde planteamientos políticos en pugna y resultan ser, de nuevo a mi juicio, difícilmente armonizables. Es decir, en tales casos no se silenció el

conflictos ideológicos que subyacen a estos acuerdos, pero sirve para situar en un primer plano el consenso básico a partir del cual puede construirse la práctica jurídico-política tendente a afrontar dichos desacuerdos. Y es que, como señala Moreso, aunque la gran mayoría de nosotros acordamos la importancia, por ejemplo, de la libertad de expresión o el derecho a la vida, estamos en desacuerdo en cuáles sean las mejores concepciones de los conceptos expresados por “libertad de expresión” o “derecho a la vida”. Como también señala Ferreres, en relación a ciertos temas el consenso es muy amplio y profundo, pero las discrepancias surgen cuando descendemos a los detalles<sup>313</sup>. Precisamente por ello, debemos usar fórmulas canónicas genéricas que nos permitan compartirlas pese a nuestros desacuerdos y que nos permitan una deliberación franca y abierta sobre sus implicaciones<sup>314</sup>. Por esto mismo, nos podemos de acuerdo en alcanzar acuerdos incompletamente teorizados que requieren de procedimientos de determinación, es decir, “de formas de acción política y jurídica que permitan concretar aquello que la

---

desacuerdo sino que se explicitó el mismo. Como señala FERRERES, 1997: 34-36, en casos de esta naturaleza existen principios constitucionales en colisión no porque la sociedad esté de acuerdo en proteger una pluralidad de valores, sino porque la sociedad se encuentra dividida en la determinación de cuáles son los valores a proteger. Es decir, en tales casos la Constitución refleja directamente un pluralismo político, o lo que es lo mismo, la existencia de grupos diversos en la sociedad, cada uno de los cuales tiene y defiende su propio programa político en relación al tema controvertido. Esta fórmula, sin embargo, resulta en buena parte censurable porque el constituyente extrae de cada programa político en pugna el valor que en él se privilegia y registra todos estos valores en el texto constitucional, haciendo que la colisión que se produce entre ellos sea de difícil solución, pues no existirá en tales supuestos un suficiente grado de consenso social a partir del cual el intérprete pueda empezar a decidir los distintos casos en los que entrarán en colisión tales principios. Si esta fórmula se extendiera, es decir, si los constituyentes expresaran en nuestros textos constitucionales todos y cada uno de los valores relevantes defendidos de manera particular por cada uno de las posiciones políticas en pugna, lo que sucedería es que la Constitución en lugar de constituir un acuerdo sobre lo que se comparte y un silencio sobre lo que se desacuerda, constituiría una gran explicitación de todo aquello en lo que se desacuerda. Y es que, de hecho, el grado de consenso social en torno a los principios constitucionales resulta variable tanto en amplitud (extensión) cuanto en profundidad (intensidad). Como continúa señalando Ferreres, sobre ciertos temas el consenso es muy amplio, por ejemplo, casi la totalidad de la ciudadanía que compone la sociedad española está de acuerdo en considerar que es valioso proteger el derecho a no ser discriminado, el derecho a la vida, a la libertad de pensamiento o al honor (las discrepancias sobre tales temas sólo surgen cuando descendemos a los detalles). Sin embargo, sobre otros temas no existe ese consenso, pues importantes sectores de la misma ciudadanía no consideran valioso todos y cada uno de los principios constitucionales en materia educativa o religiosa, puesto que los mismos no son producto del consenso sino de la “imposición” de los idearios políticos de las partes en pugna.

<sup>313</sup> FERRERES, 1997: 35,

<sup>314</sup> Esto, por otra parte, posibilita eludir una de las críticas de Waldron al hecho de que se constitucionalice una carta de derechos y libertades fundamentales. Según Waldron, de proceder con dicha constitucionalización, la rigidez verbal que surge de encerrar los derechos en determinadas formas canónicas, lleva a las discusiones acerca de su significado lejos de la discusión moral abierta: las conduce a discusiones escolásticas sobre el significado de determinados textos. WALDRON, 1993 a; WALDRON, 2016: 28-29. Pero, como indica MORESO, 2009: 133, su consagración por medio de fórmulas canónicas genéricas (producto de los acuerdos superficiales alcanzados por abstracción) nos permite atenuar en buena medida la crítica de Waldron, pues tales fórmulas nos permiten una deliberación franca y abierta sobre sus implicaciones.



Constitución silencio<sup>315</sup>”. En esta dirección resultan enormemente ejemplificativas las palabras pronunciadas por (Miquel) Roca, uno de los padres de la Constitución española de 1978, cuando responde ante la cuestión de cuáles fueron los posibles aciertos y errores en la redacción de la misma y señala que:

“El mayor éxito fue hacer una Constitución que no diese satisfacción plena a nadie sino satisfacción básica a todos. El consenso era esto. Sabíamos que no estábamos dando respuesta a un hecho coyuntural de una democracia normal, sino constituyendo un nuevo escenario de democracia (...). Tenía que haber una apuesta por la convivencia, por respetar la diferencia. Por eso la Constitución habla del pluralismo como valor. Ese fue el éxito. ¿El error? Es que los errores, en un planteamiento así, no existían: no eran errores, eran limitaciones, eran términos medios. Era aceptar que lo propio no podía triunfar del todo<sup>316</sup>”.

Pues bien, dado que la mayor parte de acuerdos superficiales se alcanzan mediante abstracción, cabe reseñar como consecuencia principal de los mismos el hecho de que nuestros constituyentes procedan a la redacción de las declaraciones de derechos y libertades fundamentales de nuestros textos constitucionales echando mano de conceptos jurídicos indeterminados y enunciando disposiciones normativas que contienen principios; extremos que constituyen uno de los principales instrumentos de apertura regulativa con el que cuentan nuestras Constituciones. Realizaré un breve examen de los mismos.

---

<sup>315</sup> AGUILÓ, 2010: 260.

<sup>316</sup> [http://politica.elpais.com/politica/2013/12/01/actualidad/1385918839\\_373287.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/12/01/actualidad/1385918839_373287.html)

Por citar otro ejemplo, según observa GARCÍA JARAMILLO, 2015 a: 27, la Constitución colombiana de 1991 “es sin duda un reflejo de la pluralidad de fuerzas representadas en la misma Asamblea (constituyente) (...). Ninguna fuerza política contaba con las mayorías necesarias para imponer un proyecto sin que tuviera que mediar el consenso. La Constitución que resultó (...) no es la que hubiera redactado individualmente ninguna de las fuerzas políticas que la integraron. Es una Constitución sobre la cual ningún partido o movimiento político puede reclamar su paternidad”. Pues bien, considero que las reflexiones de Miquel Roca en torno a los éxitos en la redacción de la Constitución española o la visión de García Jaramillo acerca de cómo fue gestada la Constitución colombiana, se hacen extensibles hacia la mayor parte de las Constituciones contemporáneas, que deben ser observadas como producto de un consenso articulado sobre una satisfacción básica de las pretensiones de todas las partes que integraron el poder constituyente, pero, en modo alguno, como una suerte de satisfacción plena de la totalidad de las pretensiones de alguna de tales partes.

## 7. Conceptos jurídicos indeterminados.

En primer lugar, resulta evidente que nuestras Constituciones, en lo referente a las declaraciones de derechos, se encuentran saturadas de lo que podemos denominar como *conceptos jurídicos indeterminados*<sup>317</sup>. La principal característica de tales conceptos es que vendrían a aducir problemas de imprecisión que no se deberían sólo por una dificultad estrictamente semántica, sino a genuinos conflictos valorativos. Así, como señalaran Atienza y Ruíz Manero, a lo que los juristas denominan conceptos jurídicos indeterminados es a conceptos que califican valorativamente a cierta conducta o estados de cosas sin determinar, en términos de propiedades descriptivas, cuales sean sus condiciones de aplicación; razón por la cual su aplicabilidad resulta controvertible en numerosos casos<sup>318</sup>. Es por ello que creo que Moreso<sup>319</sup> y Ródenas<sup>320</sup> tienen razón cuando indican que una de las características de este tipo de conceptos es que implican una renuncia del legislador (constitucional u ordinario) a introducir propiedades descriptivas en las normas. Esto viene a significar que, pese a que existan un conjunto de casos que constituyen *paradigmas* de aplicación del concepto, no podemos prever una respuesta unívoca para todos y cada uno de los casos que se planteen en relación a la potencial aplicación del concepto. Así, en lo que nos atañe, dado que el constituyente renuncia a regular los casos mediante propiedades descriptivas, viene a requerir del aplicador del Derecho el esclarecimiento de las mismas a partir de consideraciones basadas en juicios de valor<sup>321</sup>. Por lo tanto, debemos entender que tales conceptos jurídicos indeterminados vienen a constituirse como conceptos evaluativos que presentan grados de imprecisión<sup>322</sup>.

Pero, en todo caso, cabe señalar que la visión predominante en la actualidad es la que vendría a sostener no sólo que nuestras Constituciones se encuentran repletas de conceptos jurídicos indeterminados, sino de predicados morales, es decir, de predicados

---

<sup>317</sup> RÓDENAS, 2012: 30 y ss.

<sup>318</sup> ATIENZA; RUÍZ MANERO, 2006. La presencia de este tipo de conceptos valorativos no supone una nota absolutamente novedosa de los actuales Estados constitucionales, pues conceptos de la misma naturaleza ya estaban insertos en los Ordenamientos jurídicos anteriores a los mismos (“buena fe”, “mala fe”, “diligencia del buen padre de familia”, etc.) – RÓDENAS, 2012 -. Sin embargo, su introducción en el texto constitucional los sitúa en un plano diferente al que se situaban los conceptos valorativos anteriores, pues ahora los mismos “impregnan” al Ordenamiento jurídico en su totalidad y no únicamente a algún sector, subsector o institución del mismo y, además, no resultan disponibles por el legislador.

<sup>319</sup> MORESO, 2002: 101, nota 5, citado por RÓDENAS, 2012.

<sup>320</sup> RÓDENAS, 2012: 30-31.

<sup>321</sup> RÓDENAS, 2012: 31

<sup>322</sup> RÓDENAS, 2012: 29; GASCÓN, 2016.

que expresan conceptos morales<sup>323</sup>. En otros términos, según esta visión, tales conceptos jurídicos indeterminados en realidad se constituirían en genuinos conceptos morales. Es por ello que viene a entenderse que la identificación del contenido (la comprensión) de las disposiciones constitucionales relevantes, y su aplicación, requiere del recurso a consideraciones y/o argumentaciones morales sustantivas<sup>324</sup>; por lo que, adoptando la terminología de Dworkin, nuestras Constituciones vendrían a exigir un tipo de lectura particular, una *lectura moral*<sup>325</sup>. Sin embargo, no me adentraré en este extremo. Ahora bien, considero, no obstante, que resulta importante introducir el siguiente apunte. Para muchos, cabe afinar la afirmación (a su vez, no pacífica) según la cual nuestras Constituciones contienen conceptos morales, por lo que, si acudimos a la distinción, popularizada por (Bernard) Williams, entre los que han venido a denominarse como “conceptos morales ligeros”, aquellos que (tal vez) poseen sólo una dimensión evaluativa, conceptos como “bueno”, “malo”, “correcto”, “incorrecto”, etc.<sup>326</sup>, y los que han venido a denominarse como “conceptos morales densos”, que, tal vez, no poseen sólo una dimensión evaluativa, sino también una descriptiva, pareciera que la mayor parte de los conceptos morales que aparecen en nuestras Constituciones son del segundo tipo: “trato degradante”, “intimidad”, “honor”, etc.

Pues bien, ¿qué implicaría (o implica) que nuestras Constituciones estuvieran (o estén) saturadas de conceptos morales densos? Para explicar este punto recurriré a la teorización realizada por Putnam<sup>327</sup>. En particular, lo que aquí me interesa destacar es que no podemos dar cuenta de tales conceptos en términos puramente descriptivos. Tomaré un ejemplo del propio Putnam. Si tomamos un concepto como el de “cruel” y pretendemos dar cuenta del mismo en términos puramente descriptivos, entendiendo, por poner el caso, que cruel significa todo aquello que cause “hondo sufrimiento”, enseguida nos daremos cuenta de que con tal descripción nos veremos incapacitados para dar cuenta de todos los casos de crueldad. Así, antes de implementarse el uso de la anestesia cualquier operación causaba gran dolor u “hondo sufrimiento”, pero no nos aventuraríamos a decir que todos los cirujanos que practicaban operaciones estaban siendo crueles por ello; o, si alguien corrompe a una persona joven con la deliberada

---

<sup>323</sup> MORESO, 2000; CELANO, 2004.

<sup>324</sup> CELANO, 2004.

<sup>325</sup> DWORKIN, 1996.

<sup>326</sup> RUÍZ MANERO, 2016.

<sup>327</sup> PUTNAM, 2004: capítulo II.

intención de evitar que desarrolle su talento en algo, podemos decir que se está siendo cruel, aun cuando no se esté causando un “hondo sufrimiento”. Si, ante el anterior fracaso, intentáramos cambiar la descripción según la cual cruel significa “hondo sufrimiento” por cualquier otra, de poco serviría, pues nos seguiríamos encontrando con decenas de casos que escapando a los términos descriptivos que adoptemos seguirían siendo calificables como crueles. En efecto, tales fracasos vendrán dados porque lo característico de este tipo de conceptos viene siendo que:

“para usarlas(os) con algo de discernimiento hay que ser capaces de identificarlos, por medio de la imaginación, con un punto de vista valorativo. Ésta es la razón de que alguien que pensara que “valiente” significa sólo “que no tiene miedo a arriesgar la vida y la integridad física” fuese incapaz de entender la distinción socrática fundamental entre la mera imprudencia o temeridad y la auténtica valentía<sup>328</sup>”.

Pues bien, como he indicado, muchos autores consideran que las ideas de Putnam sobre los conceptos morales densos pueden volcarse sobre buena parte de los conceptos usados en las partes sustantivas de nuestras Constituciones, y ello porque entienden que los mismos caerían bajo tal categoría de conceptos. Ahora bien, a su vez, algunos nos recordaran, como por ejemplo lo hace Moreso, que el hecho de que estos conceptos requieran un punto de vista evaluativo o valorativo, para poder ser usados, no nos debe hacer olvidar que también poseen su dimensión descriptiva (aún no nítidamente diferenciable de la evaluativa) que nos permitiría aceptar que “las oraciones que predicán conceptos morales densos son aptas para la verdad<sup>329</sup>”. Sin embargo, en realidad, en absoluto tengo la intención de discutir aquí si tiene o no sentido distinguir entre conceptos morales ligeros y densos; este constituye un arduo y complejo debate acerca de un problema filosófico que requeriría de ríos de tinta y de reflexiones que, a todas luces, escaparían del objetivo del presente trabajo. Y es que, en todo caso, el motivo por el cual me parece importante exponer este punto a examen no es otro sino el que cabe también advertir el que tales conceptos morales densos suelen ser observados del mismo modo que Gallie hizo respecto de los que denominó como *essentially contested concepts*, lo que

---

<sup>328</sup> PUTNAM, 2004: 55. Y es que, como igualmente indica Bernard Williams, la aplicación de conceptos morales densos viene “determinada por cómo es el mundo (por ejemplo, por cómo alguien se ha comportado) y, sin embargo, al mismo tiempo, su aplicación usualmente involucra una cierta valoración de la situación, de personas o de acciones”. WILLIAMS, 2011: 129.

<sup>329</sup> MORESO: 2000.

se ha venido a traducir en conceptos esencialmente controvertidos (en adelante CEC) o, con clara inspiración en el mismo, como lo que Dworkin rotuló como conceptos interpretativos. Así, según Gallie pueden ser definidos como conceptos evaluativos referidos a bienes complejos que pueden ser descritos de diferentes formas<sup>330</sup>, mientras que según Dworkin pueden ser definidos como aquellos conceptos que no requieren de una suerte de criterios previos, es decir, que no requieren de acuerdos claros o convergencias subyacentes, ya sea en los criterios para identificarlos, ya sea en sus instancias de uso<sup>331</sup>. Esto explica el que usualmente se denominen o se entiendan como CEC aquellos conceptos valorativos que aparecen expresados en nuestras Constituciones<sup>332</sup>.

Para llevar a cabo el análisis de los CEC, partiré de la caracterización efectuada por Waldron<sup>333</sup>. Así, según este autor, un concepto es un CEC cuando presenta las

---

<sup>330</sup> GALLIE, 1956.

<sup>331</sup> DWORKIN, 2007: 244. Lo cual, como nos recuerda RÓDENAS, 2012: 29 supone afirmar su vaguedad intensional y extensional.

<sup>332</sup> En este sentido ver, por ejemplo, BAYÓN, 2010; IGLESIAS, 2000; AGUILÓ, 2010; RUÍZ MANERO, 2007 o MORESO, 2000.

<sup>333</sup> WALDRON, 1994 b. Aunque para cualquiera que se adentre en su análisis resulta parada obligatoria acudir a la reconstrucción que, partiendo esencialmente de Gallie, realiza IGLESIAS, 2000. Así, según citada autora, los CEC se definen por los siguientes cuatro elementos fundamentales:

- i. Los CEC presentan siempre una *dimensión valorativa* porque se refieren siempre a un valor o a algo, una acción o estado de cosas, que valoramos positiva o negativamente. Por tanto, nos encontramos ante una categoría de términos con un significado evaluativo.
- ii. Los CEC se refieren a estándares y bienes sociales a los que les atribuimos un *carácter o estructura compleja*. Y es que, a pesar de que consideramos y valoramos el bien en su conjunto, el mismo tiene diversos aspectos que pueden ser relacionados entre sí de diferente manera. Ello no sólo implica que su caracterización requiere la enunciación de un conjunto de propiedades que los ponen en contacto con otros conceptos, sino que, además, su uso exige de la formulación de teorías que definan relaciones de prioridad entre dichas propiedades. Tales conceptos no son aplicables al margen de estas concepciones. Esta complejidad abre la posibilidad de que se presenten diferentes caracterizaciones que, pese a que se refieran al mismo estándar, ordenen de forma distinta sus diferentes aspectos. Y es que, las diferentes explicaciones subrayan uno u otro rasgo esencial del concepto en cuestión, dejando otros muchos sin mencionar o detallar. Esta complejidad es, en definitiva, la que provoca los diferentes criterios de aplicación y explicación del concepto.
- iii. Los CEC deben ser vistos como *conceptos argumentativos*, es decir, como conceptos que están envueltos en una controversia permanente. Lo importante es observar como esta controversia que los envuelve no parece concretarse en un mero conflicto de intereses y actitudes, sino en un debate acerca del uso adecuado de los términos que se utilizan. Ello se deriva de lo anterior, pues si son conceptos cuya operatividad depende de su concepción, su aplicación exige desplegar una actividad argumentativa destinada a persuadir de la corrección en el uso del concepto.
- iv. Por último, los CEC deben ser vistos como *conceptos funcionales*, puesto que son conceptos usados para canalizar aquellas disputas acerca de las cuestiones sociales más relevantes, operando como la arena, el foro o el cuadrilátero donde se resuelven aquellas disputas de mayor trascendencia social. Por ello, como señala AGUILÓ, 2010: 256, “de mismo modo que en el *ring* no cabe un resultado pactado, las disputas en torno a estos conceptos no pueden resolverse jamás mediante una simple estipulación convencional de

siguientes notas: i) la disputa acerca del significado del concepto no se reduce sólo a los casos marginales, sino que se traslada a los propios casos centrales o paradigmáticos. Y es que, existiendo una discrepancia profunda acerca de estos conceptos, las distintas concepciones presentarán distintos casos paradigmáticos de aplicación del concepto. Por ejemplo, el concepto de democracia vendría a constituir (según esta visión) un CEC, por ello, para determinadas concepciones la democracia directa constituye un caso o ejemplo paradigmático de lo que es la democracia, mientras que la democracia representativa constituye un caso dudoso, mientras que para otras concepciones la democracia representativa constituye un caso paradigmático y la democracia directa un caso dudoso. ii) Esta controvertibilidad forma parte de la esencia del concepto, y quién no se dé cuenta de ello no ha comprendido la manera en que se utiliza la expresión en cuestión. iii) El desacuerdo en la aplicación del concepto es indispensable para que el mismo sea útil, pues el debate acerca de la definición del concepto enriquece el debate más general en el que se hace uso del mismo. Por ejemplo, nuestras discusiones acerca del concepto de “arte” enriquecen nuestras comprensiones o entendimiento acerca del arte. Así, Waldron – creo que - estimaría que los CEC que aparecerían, entre otro tipo de conceptos, en nuestros textos constitucionales vendrían a desempeñar una función dialéctica, garantizando que en la sociedad tendrán lugar determinados debates en torno a los mismos. Además, Waldron consideraría que esto resulta positivo<sup>334</sup>, pues, como él mismo indica, “en nuestra sociedad no estamos de acuerdo en muchas cosas, pero seguramente podemos ponernos de acuerdo en esto: somos una sociedad mejor por seguir discutiendo

---

significado”. En efecto, uno de los caracteres de los CEC es que los mismos garantizan que se producirán determinados debates en torno a ellos. Además, tales debates o controversias pivotan en muchas ocasiones sobre casos centrales de su aplicación. Es desde esta perspectiva desde la que podríamos presentar a los CEC como un tipo específico de conceptos funcionales. Así, podrían ser entendidos como conceptos que se refieren a estándares cuya existencia va siempre unida a la función dialéctica que cumplen; teniendo en consideración que se trata de conceptos respecto de los cuales ninguna persona con aspiraciones de incidir sobre la realidad social de una comunidad puede permitirse renunciar a su uso. Se trata, como de nuevo señala AGUILÓ, 2010, “de entrar en el *ring* y usar el concepto con el fin de ganar una disputa político-social, y ello desemboca siempre en la formulación de concepciones del concepto en cuestión”.

<sup>334</sup> En este instante estoy obviando la crítica que el propio Waldron mantiene (o mantenía) respecto de la constitucionalización de nuestros derechos y libertades fundamentales, al entender que – dada la rigidez verbal que él considera que se produce al insertarlos en un texto - esto lleva a las discusiones acerca de su significado lejos de la discusión moral abierta; pues, las puede conducir a discusiones escolásticas sobre el significado de determinados textos. WALDRON, 1993 a y 2016: 28-29.

acerca de determinadas cuestiones de lo que seríamos si estas discusiones concluyeran artificial o estipulativamente<sup>335</sup>”.

Sin entrar a valorar los distintos aspectos de la teorización de Waldron, hay una importante objeción que sin embargo se le puede dirigir a la misma: que existan diversas concepciones en torno al concepto no significa que cada una de ellas presente siempre, en exclusividad, sus propios casos paradigmáticos; por el contrario, existen casos paradigmáticos que son compartidos, si bien quizá no por todas, si por la mayoría de concepciones existentes (aquellas que podemos rotular como plausibles). En caso contrario, es decir, en caso de que el concepto no presentara casos paradigmáticos de aplicación (aceptados por las diversas concepciones existentes) no podríamos ni tan siquiera afirmar la existencia del concepto. Y es que, en mi opinión, es cierto que algunas oraciones sobre estos hipotéticos CEC serían aptas para la verdad. Sin embargo, no estoy del todo seguro que lo fueran porque los mismos (al ser considerables también como conceptos morales densos) posean propiedades descriptivas (lo que teóricamente los diferenciaría de los conceptos morales ligeros), sino más bien, a mi parecer, porque existen determinados casos paradigmáticos que acotarían la plausibilidad de las afirmaciones relativas a los mismos. Por ejemplo, supongamos que en torno al concepto de “trato inhumano o degradante” existen diversas concepciones (como, de hecho, así ocurre). Pues bien, la plausibilidad de las mismas en el seno de un discurso intersubjetivo, creo entender, vendría sometida de un modo necesario a admitir que determinados casos (claros, no discutidos, paradigmáticos) constituyen una instancia de un “trato inhumano o degradante”: quién no considere que ciertos actos que llevaron a cabo los soldados estadounidenses en la prisión de Abu Ghraib, en Irak, constituyen casos paradigmáticos de tratos degradantes (amenazar a los detenidos con una violación, colocar un collar y una correa de perro a un detenido desnudo y “pasearlo”, amontonar a los prisioneros desnudos y saltar sobre ellos, etc.<sup>336</sup>) simple y llanamente estaría haciendo uso de otro concepto (no existiría respecto del mismo un desacuerdo genuino, sino un desacuerdo conceptual). En otros términos, para poder entender que existen diferentes concepciones de un concepto es necesario, como mínimo, que existan casos paradigmáticos de aplicación del concepto que no resulten cuestionados; y ese vendría a ser, quizá, el punto de unión (consenso superpuesto) entre las diversas concepciones existentes. Ahora bien,

---

<sup>335</sup> WALDRON, 1994 b.

<sup>336</sup> Como sabemos el programa *60 minutos* de la CBS y un artículo de Seymour M. Hersh en la revista *The New Yorker* destaparon la historia.

como resulta evidente, la existencia de supuestos no discutidos de aplicación no elimina la incertidumbre respecto a si resulta adecuada la aplicación del concepto para todos y cada uno de los casos en los que este sea de potencial aplicación. En muchos casos, en efecto, las diversas concepciones ofrecerán diversas respuestas; y de ahí su carácter controvertido. En otras palabras, no son pocas las ocasiones en las que existen dudas en la aplicación de los conceptos de este tipo (queramos llamarlo CEC o, simplemente, concepto jurídico indeterminado) a un caso individual. Un ejemplo al azar, el hecho de privar de cigarrillos a los reclusos, ¿constituye un trato inhumano o degradante? Pues bien, las diversas concepciones del concepto de trato inhumano o degradante producirán soluciones distintas sobre este caso individual, y todas ellas se encuentran en controversia; puesto que su propia aplicabilidad, como se ha dicho, exige la formulación de un juicio de valor que será, en muchos casos, controvertido<sup>337</sup>.

Dicho lo anterior, seré cauto en mis afirmaciones. Como sabemos, aun siendo la opinión mayoritaria, no deja de ser problemático afirmar que ciertos conceptos incorporados a nuestras Constituciones vienen a operar o ser conceptos morales. Mucho menos pacífica resulta la afirmación, adicional, según la cual se trataría de un tipo específico de conceptos morales: conceptos morales densos; y, por ende, si tiene algún sentido afirmar que existen, propiamente, los CEC (como algo, en algún sentido, diferente a lo que los juristas usualmente denominan conceptos jurídicos indeterminados, sin entrar a valorar, a su vez, si se trata o no de conceptos morales - densos y/o esencialmente controvertidos -). Si me pronunciara positiva o afirmativamente sobre tales extremos (esto es, si aseverara que nuestras Constituciones contienen conceptos morales, que, a su vez, deben ser entendidos como conceptos morales densos y, también, como CEC), me temo, en aras a lograr un mínimo rigor expositivo, tendría que dar cuenta de esto con toda una amplia gama de argumentos filosóficos que se moverían, en todo caso, sobre un terreno pantanoso y exigirían construir puentes en forma de no pocas decenas de páginas que, a su vez, aunque no estoy seguro de que condujeran necesariamente a buen puerto, con seguridad si exigirían una ulterior elaboración de todo un elenco de argumentos adicionales (ie. aceptemos que se trata de conceptos morales, en particular, de conceptos morales densos, ahora bien, ¿cómo acotar las propiedades descriptivas que nos permitan

---

<sup>337</sup> FERRERES, 1997: 26-27.



afirmar que estamos ante la presencia de un concepto moral denso y no ligero? ¿conceptos morales en qué sentido? ¿en remisión a la moral social o a la moral crítica? etc.).

Por todo ello, aquí me limitaré a afirmar que nuestras Constituciones se encuentran llenas de conceptos jurídicos indeterminados (en el sentido en el que es empleada esta terminología por “nuestra” comunidad jurídica, esto es, sin hacer alusión necesaria a la cuestión de su hipotética conexión con la moral), conceptos estos que, siendo conceptos que remiten a juicios de valor previos a su aplicación, presentan no pocos casos de aplicación dudosa y/o controvertida, dado que existirán diversas propuestas de aplicabilidad en función de cada caso y de la reconstrucción que se efectuó desde cada uno de los juicios de valor sostenidos (de los que, a su vez, como requisito mínimo vendría a exigirse que intenten o puedan dar cuenta de las propiedades presentes en ciertos casos paradigmáticos que ninguna persona “con discernimiento mínimo” pondría en duda como instancia de aplicación del concepto). De ser esto cierto, y creo que nadie puede plantear dudas sobre este punto, nuestras Constituciones hallarían en la presencia de este tipo de conceptos un notable grado de apertura (o, si se quiere, de indeterminación). Me detendré en este punto, puesto que dicha apertura, tal y como señalaba, viene dada también de manera muy importante por el hecho de que nuestras declaraciones de derechos y libertades constitucionales se formulan mediante disposiciones normativas que contienen, de manera primaria, principios y no reglas. Es en la formulación de tales principios en la que se recurre a conceptos como los mencionados. Corresponde entonces examinar este extremo.

## **8. Los derechos y libertades constitucionales reconocidos mediante principios.**

Como acabo de indicar (la mayor parte de) nuestros derechos y libertades constitucionales se formulan mediante principios. Pues bien, para dar cuenta de esto me apoyaré en el esquema conceptual de Atienza y Ruíz Manero<sup>338</sup>.

---

<sup>338</sup> El lector podría cuestionarme, con total pertinencia, por qué trato de dar cuenta de este punto exclusivamente sobre el esquema conceptual de Atienza y Ruíz Manero y no hago uso, accesorio o adicional, de los correspondientes esquemas de Dworkin y de Alexy. Pues bien, respecto del teórico estadounidense, considero que pese a que debemos atribuirle el indiscutible mérito de haber popularizado en los términos contemporáneos la discusión relativa la diferenciación entre principios y reglas, como todo el mundo sabe, a raíz de su trabajo “the model of rules”, considero que, sin embargo, su análisis resulta poco exhaustivo y no nos permite dar cuenta de todas las propiedades de la diferenciación. A su vez, pese a que el esquema de Atienza y Ruíz Manero comparte no pocos puntos en común con el esquema alexyano, considero que Alexy se equivoca de manera evidente cuando presenta a todos los principios como si todos ellos fueran mandatos de optimización, esto es, como si todos ellos admitieran un cumplimiento gradual en

Antes de abordar el objetivo indicado, como paso previo, haré tres aclaraciones. En primer lugar, la razón por la cual procedo aquí a llevar a cabo este excuso relativo a la diferenciación estructural y operativa entre principios y reglas es el hecho de que me resulta funcional para esclarecer puntos centrales de mi investigación de los que me ocuparé en el último capítulo. En segundo lugar, cabe hacer referencia a una bipartición básica entre los siguientes dos tipos de enunciados normativos:

- (i) los enunciados que expresan normas *deónticas* o *regulativas* (que constituyen la dimensión regulativa del Derecho, de guía y de valoración de la conducta).
- (ii) Los que no expresan normas deónticas, es decir, los enunciados *constitutivos* (que suponen la dimensión constitutiva del Derecho, de creación de resultados institucionales).

Pues bien, únicamente centraré mi análisis en el primer tipo de enunciados normativos (i), es decir, en aquellos que expresan normas regulativas; aquellas que correlacionan un caso o condiciones de aplicación, con un contenido o solución normativa que modaliza deónticamente – obligatoria, prohibida o permitida – bien una conducta (acción u omisión) o bien la producción de un estado de cosas<sup>339</sup>. Me centro en el análisis de las normas regulativas porque las normas constitucionales que estipulan derechos fundamentales son de este tipo<sup>340</sup>.

En tercer lugar, aunque - como señala Comanducci<sup>341</sup>- la literatura jurídica no ha prestado demasiada atención al problema, resulta importante decidir si cuando hablamos de “normas”, ya sea de “principios” o de “reglas”, estamos haciendo referencia a enunciados todavía no interpretados o a enunciados que son el resultado lingüístico de

---

función de las circunstancias fácticas y jurídicas existentes. Por ambos motivos, y siempre teniendo en cuenta que el examen de esta punto supone un examen funcional a la finalidad perseguida: dar cuenta de la realidad estructural de las normas por las que se consagran nuestros derechos y libertades constitucionales, esto es, no se trata de un examen “abstracto” del estado de la cuestión relativo a los principios, creo que el esquema de Atienza y Ruíz Manero, por ser (mucho) más exhaustivo que el dworkiniano y por superar las deficiencias del alexyano, es el esquema que me resulta de mayor utilidad a la finalidad perseguida aquí.

<sup>339</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

<sup>340</sup> Aunque, por ejemplo, Beatriz Arriagada viene a señalar que los preceptos que consagran derechos constitucionales contienen tanto normas regulativas como constitutivas. “Las normas de competencia como definiciones de la validez jurídica. El caso de los derechos civiles y políticos”. Seminario presentado en la Universitat de Girona, el 26 de julio del 2016.

<sup>341</sup> COMANDUCCI, 1998.

una interpretación previa. Pues bien, sin adentrarme en este problema, asumiré aquí que la identificación de un enunciado como principio (en lugar de como regla) o como regla (en lugar de como principio) es siempre dependiente de la interpretación<sup>342</sup>. Concluido esto, cabe entonces atender al problema de si la configuración de las normas como principios o como reglas es una actividad cognoscitiva o discrecional. En otros términos, se nos presentan dos tesis:

- a) La tesis que considera que existen características, estructurales y/o funcionales, en los principios (o en las reglas) que los diferenciarían de las reglas (o principios). Siendo esto así, la actividad – interpretativa - de configuración de una norma como principio o como regla será concebida como cognoscitiva o, lo que es lo mismo, susceptible de ser calificada como correcta o incorrecta.
- b) La tesis que considera que no existen rasgos diferenciadores entre principios y reglas con independencia de la tarea del sujeto que opera la – actividad interpretativa de - configuración de una norma como principio o como regla. De ser así, la identificación de una norma como principio o como regla constituye una elección (un acto o actividad, al menos parcialmente, discrecional) del sujeto. Y en este sentido, no determinada por el material jurídico de referencia.

Pues bien, aquí me adhiero expresamente a la primera tesis; la misma que, creo que, sostienen autores como Dworkin, Alexy, Atienza, Ruíz Manero o Zagrebelsky. Me propongo entonces presentar aquí cuáles son las razones estructurales y funcionales que nos permiten distinguir entre principios y reglas; y poder entender mejor mediante qué tipo de normas regulativas se expresan los derechos constitucionales.

### 8.1. **Diferencias lógico-estructurales entre principios y reglas.**

Como acabo de exponer, toda norma regulativa correlaciona un caso o condiciones de aplicación con un contenido o solución normativa. Por lo tanto, los diferentes tipos de normas regulativas existentes obedecerán a las distintas maneras en que cabe configurar tanto el caso como la solución normativa. Veámoslas.

En primer lugar, en cuanto a la *configuración del caso* o condiciones de aplicación puede hacerse de dos modos:

---

<sup>342</sup> COMANDUCCI, 1998; GUASTINI, 2010: 75-76.

- (i) La primera posibilidad es que esté “integrado por un conjunto de propiedades que resultan independientes de las razones en pro o en contra de la acción o estado de cosas modalizado en la solución normativa<sup>343</sup>”. Esto ocurre con las normas regulativas que conocemos como reglas, y que son, empleando la terminología de Von Wright, *normas hipotéticas*. En efecto, como señala Von Wright, “si una norma es hipotética, su condición de aplicación no puede ser derivada solamente de su contenido (...). Hay que mencionar, por consiguiente, en su formulación, la condición (adicional)<sup>344</sup>”. El propio Von Wright ejemplifica esto con la siguiente norma:

*El deber de cerrar la ventana si empieza a llover.*

Como puede apreciarse, en la norma del ejemplo la condición de aplicación es “si empieza a llover”. Pues bien, dicha condición de aplicación es independiente de la conducta modalizada deónticamente en la solución normativa, “cerrar la ventana”. Como vemos, pues, en este tipo de normas hipotéticas, tal y como señala Von Wright, la condición de aplicación no deriva de su contenido o solución normativa, es decir, es adicional respecto de la misma.

- (ii) La segunda posibilidad, en cuanto a la configuración del caso, es que la misma haga referencia, simplemente, a que exista una oportunidad para realizar la conducta prescrita en la solución normativa (es decir, que las condiciones de aplicación no estén integradas por propiedades independientes, sino que sólo atienda a que las razones para realizar la conducta prescrita tengan un mayor peso que eventuales razones en sentido contrario). Esto ocurre con las normas regulativas que conocemos como principios, que se corresponden con aquello que Von Wright llamó *normas categóricas*, ya que es en relación a su contenido, es decir, a partir de cuál es la cosa (acción o estado de cosas) mandada, permitida o prohibida, que extraemos su condición de aplicación<sup>345</sup>. Por ejemplo:

---

<sup>343</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

<sup>344</sup> VON WRIGHT, 1979: 88.

<sup>345</sup> AGUILÓ, 2000; 136. VON WRIGHT, 1979: 91.

*La prohibición de discriminación por cuestiones raciales.*

Pues bien, en la norma del ejemplo la formulación condicional es la siguiente: “si un órgano jurídico usa sus poderes normativos y en relación con el caso individual o genérico de que se trate hay oportunidad de discriminar por factores de raza y no concurre otro principio, que, en relación con dicho caso, tenga un mayor peso<sup>346</sup>” (condición de aplicación); entonces, “a ese órgano le está prohibido discriminar por cuestiones raciales” (solución normativa). Así, como puede apreciarse, la condición de aplicación de esta norma es completamente dependiente de la conducta modalizada en la solución normativa, “la prohibición de discriminación por cuestiones raciales”. El motivo es el indicado: en este tipo de normas la condición de aplicación se extrae directamente, y es plenamente dependiente, de su contenido o solución normativa.

Aún a riesgo de granjearme el tedio del lector, considero que resulta importante resaltar un apunte adicional respecto de la distinción entre normas hipotéticas o categóricas. El mismo es el siguiente, resulta habitual utilizar la distinción norma condicional/incondicional como sinónima de la distinción norma hipotética/categórica. Por ello, suele decirse que una norma hipotética es una norma condicional, mientras que una norma categórica es una norma incondicional. Sin embargo, como señala Martínez Zorrilla<sup>347</sup>, cabe tener presente como la identificación entre estas dos distinciones o clasificaciones no parece adecuada, al menos, por dos razones: i) la distinción condicional/incondicional obedece a la estructura sintáctica de las fórmulas lógicas, mientras que la distinción entre hipotético/categórico se basa en las condiciones de aplicación. En este sentido, como acabo de apuntar con Von Wright, una norma será hipotética “si su condición de aplicación es la condición que ha de cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y alguna otra condición adicional<sup>348</sup>”; mientras que será una norma categórica “si su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y ninguna otra

---

<sup>346</sup> ATIENZA; RUÍZ MANERO, 2005: 31.

<sup>347</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2007:126-127.

<sup>348</sup> VON WRIGHT, 1963: 91; citado por MARTINEZ ZORRILLA, 2007.

condición”<sup>349</sup>. ii) Se trata de distinciones o clasificaciones que obedecen a diferentes criterios, por ello, no existe una necesaria correspondencia entre ambas, puesto que una norma categórica podría ser presentada también en forma condicional (de hecho, así lo he hecho en el ejemplo anterior). En efecto, en realidad, ambos tipos de normas tienen condiciones de aplicación, la única diferencia consiste en que mientras en las normas categóricas todas esas condiciones de aplicación vienen determinadas por el comportamiento deónticamente regulado, en las hipotéticas existe al menos otra condición que es lógicamente independiente de las impuestas por el comportamiento regulado. Tomando el propio ejemplo usado por Von Wright, en la norma “cierra la ventana”, todas las condiciones de aplicación dependen del contenido de la acción (que exista una ventana, que esté abierta, que pueda cerrarse, etc.), mientras que en la norma hipotética “cierra la ventana si empieza a llover”, existe, junto a las anteriores condiciones, una condición adicional (que empiece a llover o llueva). Por ello, debemos entender que no es cierto que las normas categóricas sean siempre de aplicación (como ocurriría si su antecedente fuera tautológico)<sup>350</sup>. Y es que, aquí puede compartirse la reflexión del propio Martínez Zorrilla<sup>351</sup> o de Aguiló<sup>352</sup>, en el sentido de que del hecho de calificar a los principios como normas categóricas no podemos derivar que no puedan ser formulados mediante un esquema condicional, es decir, a través de una correlación caso o antecedente y solución normativa; reitero, pues, como no debemos llegar a esta conclusión. En efecto, a todos los principios o normas categóricas se les puede dar una forma condicional – Si X (antecedente – condición de aplicación) entonces Y (consecuente - contenido) -, dado que esta estructura se les puede dar ya sea explicitando alguna condición derivada de su contenido (esto es, una condición implícita) o ya sea introduciendo alguna condición de necesaria concurrencia. Por ejemplo, tomando de nuevo la anterior norma categórica “cierra la ventana”, podemos enunciarla de un modo condicional extrayendo algunas condiciones implícitas a su contenido, del siguiente modo: “*si hay una ventana que esté abierta y puede cerrarse, debe cerrarse la ventana*”.

---

<sup>349</sup> VON WRIGHT, 1963: 90; citado por MARTINEZ ZORRILLA, 2007.

<sup>350</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2007: 127.

<sup>351</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2007: 127.

<sup>352</sup> AGUILÓ, 2000: 136

Hecho el apunte anterior, cabe señalar cómo, a su vez, en cuanto a la *solución normativa* también pueden darse dos posibilidades:

- (i) En primer lugar, puede que lo modalizado deónticamente sea la realización de una conducta, es decir, una acción o una omisión. En este caso, lo modalizado deónticamente se cumple o no se cumple, es decir, deviene prohibido, permitido u obligatorio de manera total. Y es que, como señala el propio Von Wright: “está claro que es lógicamente imposible que uno y el mismo agente haga y se abstenga de la misma cosa en la misma ocasión<sup>353</sup>”. En estos casos hablamos de *normas* (ya sean principios o reglas) *de acción*. Podemos poner como ejemplo la norma anteriormente citada:

*El deber de cerrar la ventana si empieza a llover.*

En esta norma se modaliza deónticamente la realización de una conducta, en particular, (la obligación de) una acción. Por ello, dadas sus condiciones de aplicación, “si empieza a llover”, se nos presenta la obligación (modalizador deóntico) de realizar la acción de “cerrar la ventana”. Como vemos, dicha acción sólo podemos realizarla de manera total, es decir, se cierra la ventana o no se cierra la ventana; por ello, el modalizador deóntico se realiza o no de manera total (sin gradaciones): se cumple la obligación o se incumple, no hay término medio.

- (ii) En segundo lugar, puede que lo modalizado deónticamente sea la realización de un estado de cosas. Como indica Ruíz Manero: “un determinado estado de cosas (caracterizado por la presencia de una cierta propiedad) puede darse en mayor o menor medida (la propiedad en cuestión puede presentar grados diferentes de intensidad) – por ello - las normas que ordenan la producción de un estado de cosas pueden ordenar, bien producir ese estado de cosas en una cierta medida determinada, o bien producirlo en la mayor medida posible<sup>354</sup>”; por lo tanto, cuando lo que se modaliza deónticamente es la producción de un estado de cosas, en ocasiones, se admite un cumplimiento gradual o parcial.

---

<sup>353</sup> VON WRIGHT, 1979: 148.

<sup>354</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

En este caso hablamos de *normas* (ya sean principios o reglas) *de fin*. Podemos observar esto a través de la siguiente norma a título de ejemplo:

*Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*<sup>355</sup>

En esta norma se estipula la obligación de realización de un estado de cosas en la mayor medida posible (y no en una cierta medida determinada). Pues bien, si los poderes públicos en cuestión, por poner el caso y simplificando las circunstancias, incrementan porcentualmente la asistencia sanitaria pública en distritos rurales, promueven la construcción o renovación de hospitales y demás centros públicos de asistencia sanitaria, etc., estarán efectuando una serie de acciones que implican afirmar el cumplimiento de la norma, dado el estado de cosas alcanzado por esas acciones y el contenido de la norma. Resulta evidente (salvo en algún modelo ideal de sociedad perfecta) que quedarán distritos rurales sin una asistencia sanitaria pública calificable como totalmente óptima, que será necesario seguir proyectando o renovando hospitales en un futuro dada la persistencia de deficiencias por cubrir, etc., ahora bien, ello no implica el incumplimiento de la norma (en este ejemplo imaginario, dado que en él sí que se han dado acciones encaminadas al objetivo normado), debido a que, en efecto, dicho cumplimiento, precisamente porque versa sobre un estado de cosas respecto del cual únicamente se ordena su obtención en la mayor medida posible, no es cuestión de todo o nada, sino que resulta graduable.

De la combinación de los anteriores criterios pueden obtenerse al menos cuatro tipos de normas regulativas, dos de ellas adscribibles al terreno de las reglas (reglas de acción y de fin) y otras dos adscribibles al terreno de los principios en sentido amplio (principios en sentido estricto y directrices). Así, cada uno de estos tipos normativos se caracterizaría por lo siguiente<sup>356</sup>:

- i. En primer lugar, las *reglas de acción*. Se trataría de aquellas normas que configuran las condiciones de aplicación mediante un conjunto de propiedades

---

<sup>355</sup> Artículo 43.2 de la vigente Constitución española.

<sup>356</sup> RUÍZ MANERO, 2007.



independientes de lo modalizado en la solución normativa, y en las que la conducta modalizada deónticamente en dicha solución normativa consiste en la realización u omisión de una acción.

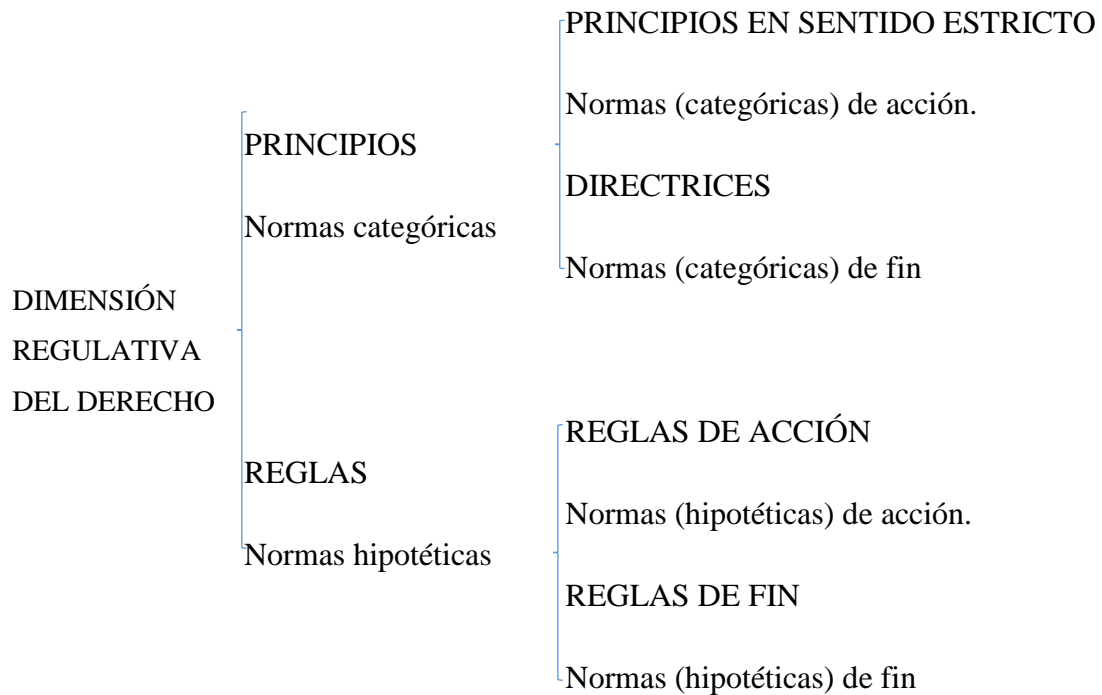
- ii. En segundo lugar, *las reglas de fin*. Se trataría de aquellas normas que, al igual que las reglas de acción, configuran las condiciones de aplicación mediante un conjunto de propiedades independientes de lo modalizado en la solución normativa y en las que lo modalizado deónticamente en dicha solución normativa, a diferencia de las reglas de acción, consiste en la producción de un estado de cosas.
- iii. En tercer lugar, los *principios en sentido estricto*. Se trataría de aquellas normas en las que en su configuración del caso no se contiene otra cosa sino que se dé la oportunidad analítica de realizar la conducta modalizada en la solución normativa, y en las que lo modalizado deónticamente en dicha solución normativa consiste en la realización de una conducta o, lo que es lo mismo, de una acción o una omisión.
- iv. En cuarto lugar, las *directrices o normas programáticas*. Estas normas se asemejan en su configuración del caso a los principios en sentido estricto, pues no contienen en ella sino la condición analítica de que haya una oportunidad de realizar lo prescrito en la solución normativa, pero, se diferencian de los principios en sentido estricto porque en su solución normativa no modalizan deónticamente la realización u omisión de una acción, sino la producción de un cierto estado de cosas.

Tras lo anterior, podemos decir que, por razones lógico-estructurales, cabe diferenciar entre: a) normas de acción<sup>357</sup> (que pueden ser reglas de acción o principios en sentido

---

<sup>357</sup> En este sentido, Von Wright plantea que, a su vez, puede diferenciarse entre las normas que mandan, permiten o prohíben bien una acción (un acto o una abstención), bien una actividad. Sin embargo, y partiendo del propio Von Wright, esto no afecta sustancialmente al manejo de un tipo de normas rotulado como *regulativas de acción*, sin necesidad de que se haga referencia a ellas como normas regulativas de acción y/o actividad. En el siguiente sentido; - cito ejemplos del autor – la norma “cierre la puerta”, regula (impone el deber) una acción (el acto de cerrar la puerta), mientras que la norma “prohibido fumar” regula (impone la prohibición o la obligación de no) una actividad (la actividad de fumar). Sin embargo, a continuación matiza que “parece que las prescripciones (y puede ser que otras normas también) concernientes a la actividad son, en un sentido importante, secundarias con respecto a las prescripciones (normas) que conciernen a la acción”. En efecto, citando de nuevo el ejemplo de “prohibido fumar”, preguntémosnos: ¿Qué nos exige hacer la regulación “se prohíbe fumar”? La contestación es: si estamos ocupados en la actividad de fumar, la regulación ordena el acto de cesar de fumar (es decir, tirar el cigarrillo), y si no estamos fumando, prohíbe el acto de empezar a fumar (es decir, encender un cigarrillo)”.

estricto) y normas de fin (que pueden ser reglas de fin o directrices), y b) normas categóricas, es decir, principios en sentido amplio (que pueden ser principios en sentido estricto y directrices) y normas hipotéticas, es decir, reglas (que pueden ser reglas de acción y de fin). Para observarlo de un modo más comprensible podemos recurrir al siguiente esquema:



## 8.2. Diferencias operativo-funcionales entre principios y reglas.

Una vez expuestos los caracteres lógico-estructurales que nos permiten diferenciar entre principios y reglas, y entre los distintos tipos de principios y de reglas, me detendré ahora a presentar sus diferencias vistas desde un punto de vista funcional, esto es, cuando operamos con ambos tipos de estándares normativos.

Para algunos autores, junto a la diferencia estructural (o precisamente por ella) entre principios y reglas, se da la siguiente causa de diferenciación entre ambos tipos normativos: los principios suministran razones para la acción sólo de un modo *prima*

---

Por lo tanto (al menos salvo excepción) las normas que regulan deónticamente una actividad pueden traducirse en normas regulativas de acción. VON WRIGHT, 1979: 88 – 89.

*facie*; mientras que *tendencialmente* las reglas constituyen, en palabras de Raz, “razones protegidas”, o “razones para la acción perentorias e independientes del contenido”, que vienen dadas por “una razón de primer orden para realizar la acción exigida (...), y una razón de segundo orden para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción”<sup>358</sup>”

Y es que, dado que las *reglas* contienen condiciones de aplicación que son independientes de la conducta o estado de cosas modalizada en la solución normativa, es decir, dado que son normas hipotéticas, permiten en la mayor parte de los casos que, dándose las condiciones de aplicación, el destinatario de la norma realice la conducta o estado de cosas ordenada sin deliberar en pro o en contra de ello. Por su parte, los *principios*, dado que no determinan (fuera de la condición analítica de que haya una oportunidad para ello) cuáles son las condiciones en las que debe realizarse la conducta o estado de cosas prescrita en su solución normativa, es decir, dado que son normas categóricas, imponen sólo de un modo *prima facie* dicha obligación. En particular:

- i. Las *reglas de acción*, que, por cierto, se trata del tipo de normas regulativas más común, permiten, dándose las condiciones o propiedades que configuran el caso, que el destinatario realice la acción ordenada sin deliberar en pro o en contra de ello y desentendiéndose de las consecuencias de la realización de la acción.
- ii. Las *reglas de fin*, por su parte, tienen una pretensión de reducción de la complejidad del razonamiento práctico del destinatario algo menor que el propio de las reglas de acción. En efecto, este tipo de reglas también imponen obligaciones (o prohibiciones o permisiones) que se constituyen como razones para la acción perentorias e independientes del contenido, pero, sin embargo, lo que se ordena no es la realización de ninguna acción determinada por la propia norma, sino la realización de acciones que resulten causalmente idóneas para producir el estado de cosas que la norma ordena. Por ello, el destinatario de la norma no puede desentenderse de la deliberación pertinente para seleccionar aquellas acciones que resulten causalmente idóneas para alcanzar el estado de cosas que la norma ordena.

---

<sup>358</sup> ATIENZA; RUÍZ MANERO, 2005: 34 y ss.

- iii. Los *principios en sentido estricto*, en este tipo de normas, en la solución normativa se contiene la obligación (prohibición o permiso) meramente *prima facie* de realizar una determinada conducta. La obligación (prohibición o permiso) resulta únicamente *prima facie* porque la acción ordenada o permitida “en el consecuente de un cierto principio puede ser, en la oportunidad de que se trate, una acción prohibida, naturalmente también *prima facie*, por otro principio<sup>359</sup>”. Por ello, los principios en sentido estricto impondrían obligaciones (o prohibiciones o permisiones) derrotables. En otras palabras, como se ha reiterado, dado que los principios no determinan (fuera de la condición analítica de que se haya una oportunidad para ello) cuáles son las condiciones en las que debe (o puede) realizarse la conducta prescrita en su solución normativa<sup>360</sup>, no evitan que, en muchas ocasiones, se dé una oportunidad para realizar el contenido de un cierto principio y, al mismo tiempo, el contenido de algún otro principio que resulte incompatible con el primero. Por ello, por su propia configuración, los principios no pueden eximir a sus destinatarios de la tarea de determinar si en unas ciertas condiciones lo ordenado por un principio debe, o no, prevalecer sobre lo ordenado por otro principio concurrente. Es decir, los principios, a diferencia de las reglas, no posibilitan eludir la deliberación sobre las razones en pro o en contra de realizar la acción ordenada por cada uno de estos frente a las razones en pro o en contra de realizar la acción ordenada por otro principio concurrente<sup>361</sup>.
- iv. Las *directrices o normas programáticas*, también establecen obligaciones (o prohibiciones o permisiones) de un modo *prima facie*. En particular, como se ha indicado, nos encontramos ante normas que, sin especificar una determinada medida de cumplimiento, ordenan a los poderes públicos perseguir determinados objetivos colectivos de muy diverso tipo (pleno

---

<sup>359</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

<sup>360</sup> ZAGREBELSKY, 1995:110-111.

<sup>361</sup> RUÍZ MANERO, 2007. Como señala Ruíz Manero: “esta deliberación (...) desemboca en la formulación de una regla que establece, dadas ciertas circunstancias genéricas o condiciones de aplicación, la prevalencia de uno de los principios sobre el otro o, dicho de otra forma, que, dadas ciertas circunstancias genéricas o condiciones de aplicación, debe ser *concluyentemente* lo ordenado por alguno de los principios en concurrencia”.

empleo, preservación del medio ambiente, del patrimonio artístico-cultural, estabilidad económica, etc.). Estos objetivos colectivos, o estados de cosas, cuya persecución viene ordenada por las normas programáticas, pueden mantener relaciones causales con acciones muy heterogéneas entre sí. Tomo prestado un ejemplo del propio Ruíz Manero: así, el pleno empleo puede fomentarse mediante políticas salariales, educativas, comerciales, financieras, fiscales, de función pública, etc. Por su parte, estas acciones pueden, a su vez, mantener relaciones causales muy heterogéneas con estados de cosas ordenados por directrices diversas; así, cierta política financiera, de entrada, puede contribuir a fomentar el pleno empleo, pero contribuir también a deteriorar la estabilidad económica, estado de cosas al que apunta otra directriz (ambas contenidas en el artículo 40 de la Constitución española), y ese deterioro en la estabilidad económica puede, a la par, acabar por tener efectos negativos sobre el propio empleo. Por lo anterior, teniendo en consideración que la propiedad que caracteriza al estado de cosas ordenado por cada norma programática es una propiedad graduable (y no todo o nada), lo ordenado por cada una de las directrices es maximizar tanto como sea posible dicha propiedad, trazando políticas en pro de dicha maximización, pero sin desatender la maximización de las propiedades caracterizadoras de los estados de cosas cuya persecución ordenan otras normas programáticas<sup>362</sup>.

Una vez expuesto lo anterior resulta imperativo introducir dos apuntes adicionales (los cuales, a su vez, constituirían algo así como el excurso del presente excurso). En primer lugar, la clasificación expuesta entre los distintos tipos de normas regulativas constituye una clasificación ideal, esto es, en la realidad pueden presentarse normas que no se correspondan, plenamente, a ninguno de estos cuatro tipos ideales (aunque ello, cabe decir, constituye una notoria excepción). En segundo lugar, a veces se ha atacado la clasificación expuesta, sobre todo en lo referente a la diferenciación que introduce entre principios y reglas desde un punto de vista operativo o de las razones para la acción,

---

<sup>362</sup> Creo que esta caracterización también sería compartida por autores como Ferrajoli, quién expresamente escribe que: “Llamaré, (...), principios directivos, o simplemente directivas, a las normas que formulan objetivos políticos y de las que, por eso, no son concebibles una violación o una específica observancia; en efecto, pues su referencia empírica no consiste en comportamientos determinados, cualificables como sus cumplimientos o incumplimientos, sino en políticas públicas, es decir, en complejos heterogéneos de posibles actividades, ninguna de las cuales es abstractamente predeterminable como su actuación”, FERRAJOLI, 2012 a.

señalando que existen no pocos casos en los cuales las reglas no suministran razones para la acción de un modo concluyente, esto es, que también las reglas son derrotables<sup>363</sup>. Pues bien, creo que cabe admitir que, en efecto, se dan casos en los cuales las reglas resultan derrotadas, esto es, casos para los cuales las reglas únicamente vendrían a ofrecernos razones para la acción de un modo *prima facie* (pues, en caso contrario no resultarían derrotadas). Ahora bien, sin negar esto (como de hecho tampoco lo niegan Atienza y Ruíz Manero, autores de la clasificación expuesta), creo que es una tesis aceptable aquella que entiende que en tales supuestos se produce un *fracaso* de las reglas. Es decir, creo que resulta pacífico afirmar que las reglas ofrecen una tendencia mayor a ser tratadas por la comunidad de intérpretes como expresión de una norma resistente al juego de razones y contra-razones asociadas a su aplicación, a la inversa de lo que sucede con los principios, que siempre requieren de dicho juego (el de la ponderación) previo a su aplicación<sup>364</sup>. Y es que, el objetivo esencial que han de cumplir, y cumplen, las reglas (que, cabe insistir, son el tipo de estándar normativo más común en nuestros Ordenamientos jurídicos) es el de proporcionar guías jurídicas de conducta que otorguen el mayor grado de certeza y previsibilidad posibles, sin que tengamos que abrir o enfrentarnos a más o menos complejos procesos deliberativos sobre el contenido normativo de cada regla cada vez que resulte aplicable a un determinado caso; lo cual haría que la práctica jurídica fuera potencialmente inestable o impredecible y que el grueso de normas que configuran nuestros Ordenamientos fueran demasiado “vagas” (frágiles, estériles) para responder, con cierto grado de predicción y “sencillez” – en cumplimiento de los valores institucionales del Derecho de la certeza y eficiencia - a los problemas habituales a los que haya de enfrentarse la realidad jurídica. Así, puede decirse que, como acertadamente señaló Hart (aunque teniendo en mente otra discusión): “si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como Derecho<sup>365</sup>”, y esto se logra, en gran medida, gracias a la existencia de reglas, dado que con ellas al destinatario no “se le presenta la alternativa de elegir a su riesgo o pedir nuevas instrucciones dotadas de autoridad. Tiene una regla que puede

---

<sup>363</sup> A título de ejemplo, la idea de que las reglas son también un tipo de normas derrotables se encuentra presente en: MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007; BAYÓN, 1991; PRIETO SANCHÍS, 1997 – citado por MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007 -; MORESO, 2009.

<sup>364</sup> FERRERES, 1997: 94.

<sup>365</sup> HART, 1994: 124.

aplicar por sí mismo a sí mismo<sup>366</sup>”. Y, reitero, según mi parecer esto es lo que ocurre con la mayor parte de las reglas (y lo que resulta exigible que ocurra con las mismas). Ahora bien, como decía, es cierto que en ocasiones las reglas fracasan en esta misión. En efecto, como apunté en el capítulo anterior, no son pocas las ocasiones en las que por motivo de la constitucionalización de nuestros Ordenamientos Jurídicos las reglas fracasan en su objetivo primario de suministrarnos razones para la acción de un modo concluyente. Pero sigamos ahora con el *iter* expositivo, ya habrá ocasión de volver sobre este último extremo en el último capítulo.

### **8.3. Tipos de principios y derechos fundamentales.**

Constituciones como las europeas de la segunda postguerra en adelante vienen a consagrar sus declaraciones de derechos, básicamente, a través de principios en sentido amplio. Y es que, aunque existen algunos derechos fundamentales que nuestras Constituciones consagran mediante reglas<sup>367</sup>, lo cierto es que la amplia mayoría de los mismos se establecen mediante principios. En efecto, si llevamos a cabo un análisis de las disposiciones normativas mediante las cuales se establecen nuestras declaraciones de derechos, podremos observar cómo la gran mayoría de ellas expresan normas categóricas; normas que exigen siempre la determinación de sus condiciones de aplicación y respecto de las cuales, por ello mismo, no pueden predicarse relaciones de prevalencia o jerarquía en un plano abstracto. Uno de los motivos que explican esto es, como explica Barberis, que “si la Constitución (una Constitución regulativa que contemple un catálogo de derechos y libertades fundamentales, cabría matizar) estuviese compuesta sólo por reglas (...), entonces al Parlamento no le quedaría función alguna (...)”<sup>368</sup>. Es por ello, entre otros motivos, que debe constituir centralmente su dimensión regulativa a través de principios. A su vez, cabe señalar que en nuestras Constituciones encontramos derechos fundamentales que se corresponden a principios en sentido estricto, derechos que se configuran para contribuir a implementar directrices y derechos que en parte se

---

<sup>366</sup> HART, 1994: 126.

<sup>367</sup> ALEXY, 2015: 221. Valga a título de ejemplo la regla contenida en el artículo 18.2 de la Constitución española, mediante la cual existe una prohibición de violar, entrar o registrar el domicilio de cualquier persona, *salvo* que exista el consentimiento del titular, resolución judicial o se esté ante un caso de flagrante delito.

<sup>368</sup> “Yo creo que el rol asignado al Parlamento en una democracia constitucional es otro; el Parlamento aplica, especifica y pondera —de modos tan diversos como lo son sus cambiantes mayorías— principios constitucionales plurales, genéricos y en conflicto: principios que formulan jurídicamente los valores teorizados por el pluralismo de los valores”. BARBERIS, 2011: 92.

corresponden a principios en sentido estricto y en parte se orientan a implementar directrices.

Así, corresponden a principios en sentido estricto aquellos derechos que están orientados a la protección de bienes o intereses que son considerados dignos de igual protección para todos y cada uno de los individuos, es decir, aquellos derechos que se adscriben igualitaria y universalmente. Un ejemplo de ello puede ser el derecho al honor (así como a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) consagrado en el artículo 18 de la Constitución española.

Por el contrario, corresponden a directrices aquellos derechos que se orientan a la protección o promoción de intereses o bienes colectivos, es decir, de bienes o intereses distintos a los del propio titular del derecho. Me permito de nuevo la licencia de tomar prestado un ejemplo de Ruíz Manero, tomando por el mismo el derecho a “la cláusula de conciencia y al secreto profesional” del que disfrutaban, de conformidad con el artículo 20.1 de la Constitución española, los periodistas. La justificación de dicho derecho se encuentra en que los periodistas sirven para maximizar un bien colectivo y público, el de la información públicamente disponible. Y es que, en efecto, como señala Laporta, se protegen mediante secreto las fuentes de información de los periodistas para “incentivar el fluido de información en una sociedad deliberante”. Lo mismo ocurre con la cláusula de conciencia, pues con ella no se trata de proteger la conciencia del periodista (que no se considera que tenga, como tal, un valor superior a la conciencia de un fontanero o de un profesor), sino de evitar “que algunas informaciones u opiniones sobre aspectos de la realidad, cuyo vehículo es un informador o grupo de informadores, dejen de acceder al ámbito del discurso público como consecuencia de un condicionamiento económico de carácter personal<sup>369</sup>”.

Por último, nuestras Constituciones consagran derechos provistos de una justificación mixta, es decir, derechos en cuya fundamentación inciden tanto principios en sentido estricto como normas programáticas. Como igualmente señala Ruíz Manero, el ejemplo paradigmático de este tipo de derechos viene constituido por el derecho de propiedad. En efecto, en la configuración del mismo intervienen tanto consideraciones de principio, que exigen que este derecho se adscriba igualitaria y universalmente, como consideraciones en términos de objetivos colectivos, que posibilitan una distribución

---

<sup>369</sup> LAPORTA, 1997: 16-17; citado por RUÍZ MANERO, 2007.



desigualitaria del mismo. La justificación en términos de principio del derecho de propiedad se encuentra en la conexión entre este derecho y la autonomía individual, pues, una cierta cantidad de propiedad o control individual de recursos es una condición necesaria para la elección y materialización de cualesquiera planes de vida. Como nos indica Ruíz Manero: “lo que esta justificación de principio de la propiedad exige es meramente la adscripción a todos y cada uno del control individual sobre el *quantum* de recursos necesarios para poder llevar a cabo una existencia autónoma<sup>370</sup>”. A su vez, en la configuración concreta del derecho de propiedad operan razones de directriz que inciden a la hora de diseñarla, de manera que resulte funcional para diferentes objetivos colectivos; pudiendo citar aquí un amplio listado de objetivos heterogéneos como sean la maximización de la riqueza social, el logro de la distribución de la renta personal y regional más equitativa, la adecuada protección para consumidores y usuarios, la conservación del patrimonio artístico, histórico y cultural, etc. Tales objetivos, consagrados en buena parte de nuestras Constituciones, operan así como razones para acotar el alcance de las posiciones normativas que las disposiciones que configuran el derecho de propiedad asignan al propietario.

#### **9. La Constitución orientada a futuro.**

Si se recapitula brevemente, puede decirse que se ha dejado visto que nuestras Constituciones son necesariamente abiertas, al menos en cuanto al reconocimiento de derechos y libertades básicas. En particular, se ha expuesto que son abiertas porque son producto de acuerdos incompletamente teorizados o superficiales, los únicos acuerdos de los que puede (o debe) echar mano el poder constituyente en la elaboración de las mismas, habida cuenta los problemas que debe afrontar y, por último, que son abiertas, además, porque el resultado principal de tales acuerdos radica en que nuestras declaraciones de derechos y libertades están saturadas de conceptos valorativos formulados mediante principios. A su vez, he defendido la apertura constitucional como vía para apaciguar o mitigar las contradicciones que dan a luz a la OCM. Ahora bien, ¿cómo se materializa dicho objetivo? Es decir, ¿en qué sentido podemos afirmar que una Constitución (aún rígida) repleta de conceptos valorativos enunciados a través de principios resiste los embates de la OCM?

---

<sup>370</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

Pues bien, lo primero que debemos aceptar es que las contradicciones de las que enana la OCM, frente a la consagración constitucional y rígida de derechos y libertades fundamentales, resultan irresolubles si observamos el texto constitucional como un documento regulativo y autoritativo que busca resolver *ex ante* todos los problemas jurídico-políticos que puedan plantearse. Y es que, como se advirtió, aunque consideremos que los (o algunos de los) derechos y libertades consagrados a nivel constitucional se constituyen en realidad como prerequisites o precondiciones de una genuina democracia, al existir una fuerte controversia en torno a la determinación de los mismos, si observamos el proceso constituyente como un proceso de imposición que cierra la deliberación en este ámbito, entonces, la legitimidad de la forma constitucional resulta enormemente cuestionable; más aun teniendo en consideración que, dada su rigidez, supondrá imponer al respecto y hacia el futuro la voluntad de los muertos sobre la de los vivos. Sin embargo, ésta es una perspectiva errónea a la hora de observar el proceso constituyente y la propia Constitución. En este sentido, puede señalarse, por ejemplificativa, la siguiente opinión de Dworkin<sup>371</sup>. A su juicio, las cláusulas constitucionales que establecen el *Bill of Rights* de la Constitución norteamericana se refieren a principios abstractos. Como continúa indicando, de ello deriva un espacio para el desacuerdo sobre la forma correcta de establecer estos principios, es decir, de hacer su fuerza más clara para nosotros y ayudarnos a aplicarlos a controversias concretas. Por supuesto, quienes introdujeron tales cláusulas constitucionales tenían expectativas bastante claras acerca de las consecuencias jurídicas que tendrían las mismas (aun si no todos sostuvieron las mismas expectativas). Por ejemplo, respecto de la redacción de la cláusula “de igual protección” o decimocuarta enmienda, claramente, con ella no esperaban proscribir la segregación racial oficial en las escuelas (por el contrario, el mismo Congreso que había adoptado la cláusula de igual protección mantenía la segregación en el sistema escolar del Distrito de Columbia). Pero, sin embargo, no dijeron nada sobre la segregación escolar, la homosexualidad o la igualdad de género, en uno u otro sentido. Únicamente dijeron que se requiere la “igual protección de la ley”, lo que describe un principio muy general, un concepto de igualdad y no una aplicación concreta de él. Y es que, “somos gobernados por lo que dijeron nuestros legisladores (entiéndase “legislador constitucional”), *por los principios que ellos sentaron*, no por ninguna otra

---

<sup>371</sup> DWORKIN, 2004: 107 y ss.

información que tengamos respecto de cómo ellos mismos hubieran interpretado o aplicado esos principios a casos concretos<sup>372</sup>”.

Vistas así las cosas, la OCM pierde buena parte de su fuerza. Y es que nuestras Constituciones, en la materia aquí tratada, únicamente sitúan al margen de la actividad política ordinaria aquellos aspectos y valores compartidos que configuran el consenso básico de nuestras comunidades políticas. Teniendo en consideración, y contrariamente a lo que sostienen algunos autores que vienen a defender la existencia de un *radical* desacuerdo, que gracias a los acuerdos incompletamente teorizados, a través de los cuales se dan a luz a nuestras Constituciones, resulta posible alcanzar acuerdos en abstracto acerca de cuáles deban de ser los derechos y libertades reputadas como básicas, como fundamentales. El desacuerdo, pues, no lo impregna todo, y sólo parece entrar con fuerza inusitada cuando descendemos al plano de los detalles. El nivel de abstracción de tales acuerdos, lo hemos visto, se pone de manifiesto en que la redacción de nuestros catálogos de derechos y libertades fundamentales se hace mediante el uso de conceptos valorativos expresados en disposiciones que contienen, de manera esencial, principios y de reglas. Es así que nuestras Constituciones, compuestas fundamentalmente, en su dimensión regulativa, por principios y directrices, mantienen abierto el proceso deliberativo. En particular, por lo que hace a los principios en sentido estricto, porque estos simplemente ordenan - en su solución normativa - aquellas acciones (u omisiones) que el constituyente considera valiosas en sí mismas, pero, sin prejuzgar la jerarquía entre ellas en las múltiples combinaciones de circunstancias en que pueda haber una oportunidad para

---

<sup>372</sup> DWORKIN, 2004: 110. Las cursivas son mías. En otros términos se pronunciaba DOUGLASS, 1996: 473 – citado por BALKIN; LEVINSON, 2010: 33 –, cuando comprendía como el significado de la Constitución debe ser encontrado en su propio texto porque “sólo en el texto y no otras creencias u otros comentarios escritos por quienes desearon asignar al texto un significado distinto del derivado de su clara lectura, fue el adoptado como Constitución (...)”. Entendiendo, adicionalmente, que la Constitución “no es vaga, indefinida, flotante o insustancial, ni algo ideal, coloreada conforme al antojo de cualquier persona; ahora una comadreja, ahora una ballena, y ahora nada”, pues, en su opinión, se trata de “un documento claramente escrito”, “detallado y completo en sí mismo”; DOUGLASS, 1996: 468. Aunque Douglass sostuvo tales argumentos en el trasfondo de su lucha por el abolicionismo, y en defensa de la tesis de que en ningún lugar del texto constitucional norteamericano aparecen las palabras “esclavo” o “esclavitud” – DOUGLASS, 1996: 471 –, en abierta ofensiva frente decisiones de la Corte Suprema estadounidense, como la decisión adoptada en *Dred Scott vs. Stanford*, basadas en una interpretación al tipo “originalista”, lo cierto es que debemos comprender como la lucha frente a tal tipo de interpretación no nos debe llegar a hacer concluir que nuestras Constituciones establecen sus “deberes constitucionales” de forma clara y/o detallada, sino que debemos asumir, tal y como lo hace el propio Dworkin, que las mismas reconocen principios muy generales. Lo importante, no obstante, radica en entender como las decisiones de los constituyentes sólo vinculan a las generaciones posteriores en lo relativo a la fijación o reconocimiento de tales principios generales, sin embargo, la interpretación, la concreta lectura que se haga de los mismos, será propia de cada nueva generación; estamos vinculados por los principios y conceptos que los constituyentes reconocieron, no por la concreta forma o concepciones que estos tenían en mente respecto de los mismos.

realizar al menos dos de ellas incompatibles entre sí<sup>373</sup>. Además, los mismos suelen aparecer formulados mediante términos que remiten a conceptos evaluativos o valorativos que son (en un sentido especial) centralmente vagos. En efecto, los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos evaluativos, por lo que dejan abierta la determinación de las propiedades descriptivas que constituyen sus condiciones de aplicación. A su vez, puede decirse que son conceptos que se refieren a estándares y bienes sociales a los que atribuimos una estructura compleja pues, “a pesar de que consideramos y valoramos el bien en su conjunto, este tiene diferentes aspectos que pueden ser relacionados entre sí de diversas formas<sup>374</sup>”. Por lo tanto, la aplicabilidad de estos conceptos, así como la de los principios que los incorporan, exige de la ulterior elaboración – no culminada en el proceso constituyente, sino encomendada a los poderes constituidos - de concepciones complejas que articulen cada uno de estos aspectos con el bien en su conjunto, por una parte, y que establezcan, por otra parte, sus relaciones de prioridad con los diferentes aspectos de otros bienes a los que aluden otros conceptos incorporados en otros principios constitucionales<sup>375</sup>. Y, como escribe Ruíz Manero: “estas concepciones posibilitan hacer operativos a los principios respondiendo a las cuestiones de tipo binario que plantea su aplicación, tanto en relación al alcance de los principios constitucionales (...) como a las relaciones de prevalencia entre ellos dados diferentes conjuntos de circunstancias genéricas (...)”<sup>376</sup>. En definitiva, los principios constitucionales para poder ser utilizados exigen ser concretados y, en caso de conflicto, ser ponderados<sup>377</sup>. Y este proceso, no podemos olvidar, resulta obra de los poderes constituidos y no del poder constituyente que introduce los mismos. Por su parte, como se vio, las normas programáticas o directrices ordenan, en su solución normativa, procurar de ciertos estados de cosas (pleno empleo, estabilidad económica, cuidado del medio ambiente, del patrimonio histórico-cultural, etc.) a la que debe estar orientada la acción de los poderes públicos, sin prejuzgar cómo debe articularse entre sí la consecución de estos diversos objetivos, ni cuáles sean las políticas más eficaces para conducir al mayor logro conjunto y posible de los

---

<sup>373</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

<sup>374</sup> MARISA IGLESIAS, 2000. Aquí cito a Marisa Iglesias en su reconstrucción acerca de los caracteres que aparecen presenten en los CEC. Sin embargo, considero que resulta pacífico afirmar que tal carácter también resulta predicable respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, sin que ello implique tener que pronunciarse, necesariamente, acerca de la existencia o la inexistencia de referidos CEC; ver también RUÍZ MANERO, 2007.

<sup>375</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

<sup>376</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

<sup>377</sup> A título de ejemplo: GUASTINI, 2010: 78-91.

mismos<sup>378</sup>. Por ello mismo, los fines o estados de cosas que apuntan las directrices deben igualmente ser, por un lado, concretados y, por otro lado, articulados con los demás fines a los que apuntan las restantes directrices. Y debe tenerse en consideración que, como de nuevo nos indica Ruíz Manero, proponer las concreciones de estos fines y elaborar y adoptar políticas que los articulen entre sí y procuren el mayor grado de satisfacción de todos ellos, resulta un asunto centralmente encomendado al proceso político o, lo que es lo mismo, a la regla de la mayoría y a la discreción de las autoridades constitucionales<sup>379</sup>.

Por lo expuesto, nuestras Constituciones evitan en gran medida la tiranía de los muertos sobre los vivos y no quiebran los principios de igual consideración o respeto y de autonomía política que constituyen el fundamento de toda forma de gobierno democrática; pues serán las contingentes mayorías democráticas de cada momento histórico las que tendrán que internarse en el proceso deliberativo que la Constitución genera y teorizar según su entendimiento la concreta configuración de los derechos que la misma reconoce. En definitiva, todo ello contribuye a que, al menos potencialmente, nuestros textos constitucionales no cierren la deliberación “respecto del alcance y articulación recíproca entre los derechos que ellos mismos confieren<sup>380</sup>”, pudiendo por ello constituir durante un amplio espacio de tiempo el terreno compartido a partir del cual pueda construirse una práctica jurídico-política con vocación de estabilidad y permanencia, con mayores grados de consenso que de imposición.

Sin embargo, no quiero olvidarme del anterior diagnóstico que he compartido acerca del estado actual de nuestras instituciones representativas. En efecto, mi diagnóstico ha sido especialmente negativo. Por ello, apuntaba, se me puede acusar de inconsistencia al defender la necesidad de Constituciones rígidas en garantía de los derechos y libertades fundamentales y, a la par, abiertas en cuanto a la configuración y articulación concreta de los mismos. En efecto, si crítico el funcionamiento actual de nuestras instituciones políticas representativas, tendentes, entre otros extremos, a la absolutización distorsionada del principio de la mayoría, y dicho diagnóstico resulta certero, por lo expuesto, estaré echando directamente a manos de las mayorías irrespetuosas la configuración de los derechos y libertades fundamentales, de los derechos y libertades individuales y de las minorías. Pues bien, ¿significa esto que asumo - como

---

<sup>378</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

<sup>379</sup> RUÍZ MANERO, 2007.

<sup>380</sup> RUÍZ MANERO, 2012.

un mal necesario - que sean nuestras instituciones políticas representativas viciadas por la absolutización indebida del principio de la mayoría las que deben concretar y articular nuestros derechos? Rotunda y tajantemente, no. Simplemente se trata, en mi opinión, de tomarnos en serio cual debe ser el funcionamiento y la función de la democracia. Aquí, de nuevo, me adhiero a lo expuesto por Bovero<sup>381</sup>. Así, si hacemos referencia a las acciones típicas que configuran el funcionamiento de la democracia, las mismas pueden sintetizarse en cuatro verbos<sup>382</sup>: *elegir, representar, deliberar, decidir*. Estas acciones representan los momentos en los cuales se articula la vida pública de una colectividad democrática<sup>383</sup>. Aquí, particularmente, subrayo la esencial importancia que tiene la deliberación. Por expresarlo en términos muy sintéticos, puede entenderse por deliberación la discusión que debe preceder a todas y cada una de las decisiones colegiadas, como sean las de un Parlamento. Pues bien, el acto de deliberación “debe garantizar iguales oportunidades para la valoración de todas las tesis y todos los puntos de vista e iguales posibilidades de persuasión recíproca entre todos los participantes<sup>384</sup>”, y una decisión democrática, si pretende serlo, no puede dejar de estar precedida por una discusión deliberativa. Por lo tanto, una decisión que se base en la pura y simple imposición de la voluntad de la mayoría no es (denominable como) democrática<sup>385</sup>. En efecto, como continúa apuntando Bovero, el momento esencial, aquel que confiere la calidad democrática al juego político, no puede reducirse simplemente a la suma de opiniones y preferencias individuales. Al contrario, la esencia del juego democrático no puede ser más que la institucionalización del enfrentamiento público equitativo y equilibrado entre todas las opiniones y en todos los niveles<sup>386</sup>. Y es que, sólo mediante discusión pública las opiniones y las preferencias individuales pueden corregirse, remodelarse o convergir, de tal forma que constituyan la base de *decisiones ponderadas*. Pues bien, y si nos tomamos en serio al propio ideal democrático, son precisamente tales decisiones ponderadas las que deberían constituir, en el marco de Constituciones abiertas, la base de la concreción y la articulación de nuestros derechos por parte de las instituciones políticas representativas.

---

<sup>381</sup> Por citar un ejemplo, BOVERO, 2006.

<sup>382</sup> Ver BOVERO, 2002 b: capítulo III.

<sup>383</sup> Ahora bien, como se ha indicado desde un principio, cada una de las acciones correspondientes a estos cuatro verbos asume un significado propiamente democrático sólo bajo ciertas condiciones, que cabe calificar como condiciones y precondiciones de la democracia.

<sup>384</sup> BOVERO, 2006.

<sup>385</sup> BOVERO, 2002 a.

<sup>386</sup> BOVERO, 2002 b: 65.

Doy por finalizada esta exposición sin dejar de señalar que, en todo caso, con la misma no he pretendido desarbolar por completo a la OCM. En efecto, esta objeción continuará teniendo fuerza, y deberá ser tomada (muy) en consideración, tanto en lo tocante a la cuestión relativa a los límites o impedimentos al poder de reforma constitucional, cuanto en lo tocante al papel y justificación de la justicia constitucional. Cuestiones ambas que se expondrán en los dos próximos capítulos.

#### **Apéndice: apertura constitucional y escepticismo (radical).**

A lo largo del presente capítulo, he tratado de mostrar argumentos que sean capaces de hacer ver como la apertura regulativa de las Constituciones mitiga, en buena parte, el problema político que representa la consagración constitucional de declaraciones de derechos y libertades fundamentales superpuestas a la esfera de actuación del poder democrático, específicamente, de la regla de la mayoría. Sucede, sin embargo, que esa apertura que cierra, al menos parcialmente, una importante objeción, según muchos pone en serias dificultades la posibilidad de una genuina lectura jurídica de nuestras Constituciones<sup>387</sup>. Y es que, dada dicha apertura, se plantea la siguiente cuestión, ¿es posible que de las cláusulas constitucionales (que contienen conceptos evaluativos y están formuladas como principios) puedan extraerse genuinas guías regulativas y jurídicas? O, por el contrario, y como por ejemplo señalara Kelsen, las cláusulas constitucionales, al reconocer derechos mediante conceptos valorativos, que pueden dar entrada a un buen número de concepciones diferentes, están explicitando meras formulas vacías que no aportan nada significativo a la limitación y orientación de las competencias de los poderes constituidos<sup>388</sup>. En otras palabras, la apertura constitucional por vía del uso de predicados valorativos y de principios ¿equivale a su radical indeterminación? Pues bien, mi limitaré por ahora a apuntar, en unas pinceladas, algunas de las ideas que considero permiten poner de manifiesto que resulta erróneo derivar de la apertura constitucional una inevitable indeterminación. Así, en contra de lo que se asume por quienes así lo entienden, la actividad de concretar el contenido de las cláusulas que contienen derechos, y la de establecer prevalencias entre los mismos, no es meramente dependiente de juicios de valor puramente subjetivos de sus intérpretes. Por ello, si puede argumentarse que, lejos de ser así, es posible el control racional de la actividad interpretativa, será correcto afirmar

---

<sup>387</sup>AGUILÓ, 2010: 255.

<sup>388</sup>KELSEN, 1988 a.

que los poderes constituidos, especialmente el legislador, no cuentan con absoluta discrecionalidad a la hora de concretar y de ordenar las relaciones entre derechos constitucionales, por ende, y contra de la tesis afirmada por el escepticismo (radical), que las cláusulas que los estipulan no se encuentran absolutamente indeterminadas.

Así, en primer lugar, debe insistirse en la idea de que cualquier principio constitucional exige, para poder ser utilizado, de una previa concreción; y es que, como por ejemplo señala Guastini<sup>389</sup>, el principio debe ser transformado en una regla relativamente precisa. Ello implica, básicamente, determinar cual constituye su ámbito de aplicación, es decir, determinar si resulta aplicable a un supuesto concreto, así como determinar sus excepciones, o sea, los supuestos en los que no resulta aplicable. En el caso particular de los principios constitucionales, la principal dificultad que existe a la hora de concretarlos resulta del hecho de que los conceptos – la mayoría de ellos – presentes en nuestras Constituciones (en sus partes sustantivas) constituyen conceptos cuya característica reside en que resulta difícil deslindarles una zona de claridad (son conceptos, en un sentido especial, centralmente vagos). Adicionalmente, puede decirse que una de las características de tales conceptos es que los mismos garantizan que se producirán determinados debates en torno a ellos. Y que tales debates, además, versarán en ocasiones acerca de cuáles han de ser considerados los casos centrales de su aplicación<sup>390</sup>. Ello es debido a que, al ser conceptos que no determinan mediante propiedades descriptivas sus condiciones de aplicación, presentan una dimensión dialéctica; esto es, la demanda de justificación de cualquier posición que trate de dar contenido al concepto. Pues bien, para muchos autores, estas dificultades a la hora de determinar sus condiciones de aplicación y la dimensión dialéctica que presentan tales conceptos, excluye que tenga sentido hablar de interpretación de los mismos. Así, según esta visión, si el lenguaje constitucional abstracto expresa conceptos evaluativos, puede servir para canalizar debates entre personas que discrepan acerca de cuestiones valorativas, pero no nos suministra o no nos permite fijar cuál es el criterio concreto que debe aceptarse para resolver la discrepancia<sup>391</sup>. En otras palabras, para muchos autores el hecho de que nuestras Constituciones se encuentren saturadas de conceptos valorativos sienta las bases de un claro escepticismo interpretativo, vinculado a una visión de los

---

<sup>389</sup> GUASTINI, 2010: 79.

<sup>390</sup> Que no se entienda esto como afirmar, de manera implícita o simultánea, que no existen casos paradigmáticos, claros o no discutidos de aplicación de un concepto.

<sup>391</sup> FERRERES, 1997: 93.



mismos como conceptos vacíos o inexistentes; puesto que su interpretación involucra inevitablemente juicios de valor que se encuentran en controversia (y en última instancia se los considera como juicios completamente subjetivos), la tarea de concretar un principio constitucional para convertirlo en operativo deviene una actividad totalmente discrecional, dependiente plenamente de las asunciones particulares de cada intérprete relacionadas con sus particulares concepciones valorativas y/o su ideología.

Pero ¿está justificada esta conclusión? ¿son válidos los argumentos? No voy a entrar aquí a valorar el estatus de los juicios de valor. Simplemente me limitaré a señalar cómo, pese a resultar completamente necesario la emisión de juicios de valor a la hora de determinar el contenido de tales conceptos, y ser cierto que tales juicios de valor entran en dura pugna entre sí para afirmarse como el “correcto”, no podemos olvidar que, como mínimo, existen casos paradigmáticos de aplicación de cada uno de estos conceptos, casos no discutidos. Por ejemplo, grabar sin su consentimiento a una persona manteniendo relaciones sexuales o, por poner otro ejemplo, difundir sin su consentimiento su historial psiquiátrico, constituyen casos claros, obvios, no discutidos o paradigmáticos de vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal o a la propia imagen. Es decir, conceptos como “honor” o “intimidad personal”, cuentan, como mínimo, con unos cuantos (pocos o muchos) casos de aplicación clara. Por ello, cualquier interpretación de un precepto constitucional que reconoce derechos que se formulan mediante conceptos valorativos y que no dé cuenta de esos casos paradigmáticos, resultará una interpretación inadmisibles. No voy a adentrarme a discutir si estos casos paradigmáticos agotan o no el significado de tales conceptos<sup>392</sup>, simplemente señalo cómo, al menos, parecen delimitar

---

<sup>392</sup> Considero que puede enumerarse cuatro posibles modos de adscribir significado a los conceptos, o a los términos que los refieren; cuatro tesis semánticas al respecto. Las tesis son las siguientes:

- i) Aquella tesis que considera que el significado de los términos se reduce a un conjunto de paradigmas compartidos.
- ii) Aquella tesis que entiende que los criterios explícitos que se comparten dentro de una comunidad lingüística determinan el uso correcto de las palabras (lo que Dworkin rotuló como “semántica criteriológica”).
- iii) Aquella tesis que cree que el significado de los términos depende de los criterios compartidos, pero que estos no son siempre explícitos o transparentes para los usuarios (aquello que se conoce por “convencionalismo profundo”).
- iv) Aquella tesis que afirma que el mejor significado de un término depende de la(s) mejor(es) teoría(s) o concepción(es) del concepto compartido.

Pues bien, cada una de estas tesis permitirían, a mi juicio, desterrar la idea, sostenida desde un (radical) escepticismo interpretativo en sede constitucional, de que nuestras Constituciones, al menos en sus declaraciones de derechos o partes sustantivas, se encuentran absolutamente indeterminadas. Estas tesis pueden ser ordenadas, según entiendo, de un grado menor a mayor en cuanto a la capacidad que tenemos de atribuir significado a los conceptos jurídicos indeterminados constitucionales, desde la tesis (i) que entiende que el único significado de conceptos como “igualdad”, “libertad”, “honor”, etc., se reduce a unos pocos (o muchos) paradigmas compartidos, es decir, de casos claros y no discutidos de aplicación de los mismos,

una frontera entre interpretaciones admisibles e inadmisibles<sup>393</sup>. Es decir, se debe admitir que, al menos, estos casos paradigmáticos hacen que nuestros juicios de valor a la hora de interpretar un concepto jurídico indeterminado se encuentren constreñidos; el intérprete no tiene absoluta discrecionalidad para dotarlos de contenido. Si ello es así, no vale cualquier interpretación de nuestros derechos constitucionales, ni los poderes constituidos pueden llevar a cabo *cualquier* concreción de los principios que los contienen.

Pero, además, en segundo lugar, tal y como también se ha expuesto, otra de las características que acompañan a las disposiciones constitucionales que reconocen derechos es que, precisamente por tener que ser interpretadas como principios, únicamente consagran derechos de un modo *prima facie*, por lo que entran de manera constante en conflicto entre sí y aparecen en un contexto inarticulado. En efecto, son hiper-abundantes los supuestos en los que pueden entrar a operar más de un principio constitucional, cada uno de los cuales opera en el reconocimiento de un derecho. Ello exige, como es por todos conocido, entrar a ponderar dados estos casos de colisión. Como nos indica el propio Guastini<sup>394</sup>, la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica – móvil<sup>395</sup> - entre principios; es decir, en la construcción por parte del intérprete de una relación valorativa, dado el caso concreto (o, expresándolo con más rigor, y contrariamente a lo que opina el propio Guastini, dadas las propiedades genéricas que se extraen del caso concreto<sup>396</sup>), entre los principios en pugna y de entre los cuales

---

hasta la tesis (iv), que nos podría llevar hasta abrazar la idea de que siempre podemos atribuir a cada uno de estos conceptos un único significado correcto. No pretendo adentrarme aquí en la complejísima y controvertida discusión acerca de cuál de esta tesis resulta más adecuada, correcta, etc., de hecho, no necesito hacerlo para lograr el objetivo que aquí me he marcado. IGLESIAS, 2000.

<sup>393</sup> MORESO, 2009.

<sup>394</sup> GUASTINI, 1999: 169 y ss. y 2010: 88 y ss.

<sup>395</sup> Aunque esto será rebatido en el último capítulo.

<sup>396</sup> Como señala Juan Ruíz Manero (2016): “Las diversas variantes de la teoría estándar de la ponderación vendrían a tener como núcleo común la tesis de que es posible conciliar los diversos principios en conflicto en una jerarquía armónica que establezca la prevalencia de cada uno de ellos, frente a otros eventualmente concurrentes, no en relación con cualquier caso posible, sino en relación con clases de casos (o, si se prefiere decirlo así, en relación con casos genéricos) (...) Lo que no hay en ningún caso, y esto es a mi juicio indispensable para preservar el ideal del *Rule of Law*, son respuestas correctas que lo sean sólo para un caso individual; las respuestas son o no correctas en virtud de las propiedades del caso, esto es, de su adscripción a algún caso genérico”. Y es que, como señala Ángeles Ródenas, cabe advertir que en el caso de los principios se deriva la necesidad de acudir a juicios de prevalencia cuando pueda darse un conflicto de contenido entre dos o más de ellos, habida cuenta el carácter únicamente *prima facie* de la obligación jurídica que consagran. Es decir, los principios jurídicos consagran determinados valores, y una de sus características reside en que su vertiente justificativa no se encuentra claramente deslindada de su vertiente directiva. Por tanto, junto con su interpretación, o la asignación de significación a su contenido, debemos proceder a establecer prioridades aplicativas entre ellos, atendiendo a los casos que se nos presentan en la vida práctica. Una vez formulado el juicio de prevalencia, entre dos o más principios de cara a determinados

únicamente puede aparecer uno como el “vencedor”, como el principio con “mayor peso”. De nuevo, no voy a entrar aquí a exponer ninguna concepción particular acerca de los juicios de valor (ni entraré por el momento a evaluar si resulta o no certera la alusión guastiniana a la “jerarquía móvil”), simplemente me limito a señalar cómo, también de nuevo, muchos autores consideran que la emisión de tales juicios de valor, que van aparejados a la determinación de que, dado un caso concreto, un principio tiene mayor peso que otro(s), constituye un acto o actividad radicalmente subjetiva y dependiente de las personales concepciones valorativas, ideológicas, etc., de cada intérprete; por ende, la ponderación tampoco podría ser vista como una actividad susceptible de control racional, ni tampoco podría predicarse ninguna suerte de criterio de corrección respecto de la misma.

Este último razonamiento tampoco es correcto. Fundamentar esta última afirmación exigiría de ulteriores matices y de un cierto detalle, baste por ahora, para negar esta tesis, señalar cómo, al igual que sucede con su determinación o concreción, tal y como nos indica Moreso, “tampoco es necesario asumir que carecemos absolutamente de criterios para establecer la jerarquía (entre principios), dadas determinadas circunstancias<sup>397</sup>”. Cito dos ejemplos del propio Moreso. Así, publicar una noticia falsa, sin ninguna comprobación de su veracidad, relativa a la vida privada de una persona y lesiva para su honor (e.g., que un ministro o un catedrático de Universidad es miembro de una red que se dedica a la prostitución infantil) es un supuesto en el que la libertad de información cede de manera incontestable ante el derecho al honor. O, publicar la noticia – verdadera o veraz - de que un ministro del Gobierno ha cobrado un millón de euros de una empresa a cambio de ser la concesionaria para la construcción de una nueva estación ferroviaria, es un supuesto en el que la libertad de información desplaza el derecho al honor. Pues bien, al igual que sucede con su concreción, aquellas reconstrucciones (articulaciones) de nuestros derechos que no den cuenta de estas sólidas intuiciones pueden considerarse como reconstrucciones inadmisibles, pues no serían capaces de dar

---

*casos genéricos*, es cuando el carácter prima facie de la obligación consagrada en el principio que resulta “vencedor” en dicha ponderación – que puede darse en la esfera legislativa, judicial, etc. –, pasa a constituirse en una genuina razón protegida. Y es que, “los juicios de prevalencia entre principios (...) al igual que los principios, carecen de autonomía semántica; pero, al igual que las formulaciones que expresan reglas, pretenden constituir razones protegidas: si tenemos ya un determinado compromiso entre razones que se estima que deben prevalecer para un caso genérico, no tiene sentido ponerlo a prueba volviendo balancear las razones (aunque este compromiso pueda ser eventualmente revisado, obviamente)”.

RÓDENAS, 2.012: 104

<sup>397</sup> MORESO, 2009: 105-106.

cuenta de estos casos paradigmáticos. Por ende, la ponderación no es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva que presupone un juicio de valor absolutamente irrestricto. Por el contrario, ese juicio de valor, por otra parte necesario, se encuentra constreñido al menos por los casos paradigmáticos que delimitan el ámbito de elegibilidad de las soluciones<sup>398</sup>.

En conclusión, pese a la apertura regulativa de nuestras Constituciones a la hora de establecer derechos, la tarea de concretar y ponderar entre los mismos no resulta absolutamente discrecional, por ende, los poderes constituidos, como el legislador, no cuentan con total libertad al respecto. Como mínimo, los casos paradigmáticos suponen el límite a la actuación, concreción, desarrollo y articulación de nuestros derechos. La cuestión acerca de si los mismos puedan tener un contenido o unas relaciones de prevalencia racionalmente determinables al margen de estos casos paradigmáticos supone, sin embargo, una cuestión que iría mucho más allá de los límites de este trabajo.

---

<sup>398</sup> MORESO, 2009: 105-106.



### **Capítulo III.**

#### **Rigidez constitucional: el contenido mínimo constitucional y su carácter democrático.**

##### **1. Introducción.**

Como se indicó en los anteriores capítulos, puede decirse que una Constitución es “rígida” en la medida en que su modificación sólo sea posible a través de un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario<sup>399</sup> o, claro está, cuando tal modificación se encuentre prohibida<sup>400</sup>. En caso contrario hablaremos de una Constitución “flexible”<sup>401</sup>. Pero, como también se dijo, la cuasi totalidad de las Constituciones contemporáneas son del primer tipo; al menos en lo referente a determinadas materias entre las que se incluyen las declaraciones de derechos y libertades fundamentales.

La rigidez constitucional deriva del principio de supremacía constitucional. Del mismo modo (o por ello), trata de resolver también el problema político del conflicto entre la Constitución y la voluntad democrática de cambio respecto de su contenido. Así, la configuración de nuestros actuales procedimientos de reforma constitucional, asociados a su rigidez, se constituye como un mecanismo de defensa constitucional. En primer lugar, frente al legislador ordinario y el resto de los poderes constituidos, en la medida en que impide que se reforme la Constitución con el mismo procedimiento con el que se procede para llevar a cabo la aprobación de una ley (no constitucional). En segundo

---

<sup>399</sup> Por ello, puede afirmarse que “el establecimiento de un procedimiento especial de reforma para la normativa fundamental constituye un axioma del constitucionalismo contemporáneo”. FERRANDO BADÍA, 1992: 201.

<sup>400</sup> Aunque para muchos en caso de que exista prohibición de reforma constitucional más que de rigidez cabe hablar de “petrificación” constitucional.

<sup>401</sup> La distinción se debe a James Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions”, se trata de un trabajo de 1905 recogido en BRYCE, 1980: 3-94.

lugar, frente al propio poder de revisión constitucional, puesto que los procedimientos de reforma exigen requisitos costosos o complejos con la finalidad de salvaguardar el texto constitucional; pudiendo llegar, incluso, a estar expresamente prohibida<sup>402</sup>. Por ello, la primacía y la duración de la Constitución parecen ser los objetivos a perseguir y la rigidez constitucional el instrumento para alcanzarlos<sup>403</sup>. Sucede, sin embargo, que, para muchos, esa rigidez puede parecer excesiva o resultar injustificada: si el poder democrático del presente considera que una determinada decisión adoptada en el pasado en materia de derechos y libertades fundamentales es errónea, ¿por qué debe obstaculizarse su modificación?<sup>404</sup>

Y es que, resulta pacífico sostener que toda declaración de derechos y libertades constitucionales debe expresar los valores compartidos por la comunidad política; debe reflejar el consenso básico de la sociedad. Por ello mismo, para que tal catálogo sea considerado como legítimo, la mayoría de los ciudadanos y de los representantes de la comunidad política actual han de estar de acuerdo con su contenido, pues no puede haber consenso sobre el mismo si la mayoría está en contra. Si se acepta esto, cabe objetar la rigidez constitucional, puesto que, si la Constitución es de difícil reforma, existe el riesgo de que con el transcurrir de los años se produzca un divorcio entre su contenido material y el consenso social mayoritario. Esta discrepancia puede darse en un doble sentido: i) puede ocurrir que la mayoría actual no considere “correcto” algunos de los derechos reconocidos en la Constitución; ii) o puede ocurrir también que la mayoría estime insuficiente el catálogo de derechos y libertades constitucionales, por no incluir algún derecho “nuevo” que reputa fundamental<sup>405</sup>.

En efecto, la rigidez constitucional pareciera resultar excesiva, por los dos motivos aducidos, y sin lugar a dudas, si nos encontrásemos ante una Constitución, en parte normativa o regulativa, de “detalle”, es decir, ante una Constitución que reconociese derechos y libertades en términos tan taxativos que pudiera crear (que de hecho creara) un divorcio entre su contenido y el consenso mayoritario existente en la sociedad con el

---

<sup>402</sup> DÍAZ REVORIO, 2009.

<sup>403</sup> TOMÁS Y VALIENTE, 1994.

<sup>404</sup> FERRERES, 2000. Puede acudir, entre otros, a los siguientes autores para vislumbrar los argumentos, en ocasiones sensiblemente matizados, en contra de la rigidez constitucional: BICKEL, 1962; GARGARELLA, 1995, 1996 o 1998; NINO, 1997; BAYÓN, 2000 o 2010; LINARES, 2008; WALDRON, 1993 b o 1999 – entre otras -; ZURN, 2002. Si, por el contrario, se buscan argumentos en favor de aludida rigidez puede acudir al propio FERRERES, 2000; ACKERMAN, 1993; HOLMES, 1988; FREEMAN, 1990; MORESO, 2009; FERRAJOLI, - por ejemplo, en – 2011 d; SALAZAR UGARTE, 2006.

<sup>405</sup> FERRERES, 2000; WALDRON, 1993 a, 2006 o 2015: 190-191.

transcurrir del tiempo. Esto es lo que a mi juicio acabaría irremediablemente sucediendo en caso de que nos adhiriésemos a posiciones como la defendida por Ferrajoli, para quién:

“(…), sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos, y quizás complacerse de ambas cosas (...), promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible (...) Por eso, la ciencia jurídica debería hoy retomar el programa ilustrado de Gaetano Filangieri y de Jeremy Bentham de una “ciencia de la legislación”, integrándolo con el programa de una “ciencia de la constitución”, como la llamó Giandomenico Romagnosi. Pasada la época de las primeras constituciones, que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impide el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible<sup>406</sup>”

Sin embargo, tal y como se dejó apuntado en el anterior capítulo, por medio de diversas técnicas, nuestras Constituciones exhiben un notable grado de apertura regulativa. En efecto, el copioso uso de predicados que contienen conceptos valorativos y de disposiciones que contienen principios (y, cabría añadir, la redacción de cláusulas de “apertura” constitucional hacia el futuro), bregan, en gran medida, en contra de la materialización del aludido divorcio entre su contenido material y el consenso mayoritario que sobre él debe existir<sup>407</sup>. Y es que, a lo que aquí interesa, puede afirmarse que la apertura de una Constitución contribuye a su propia *resistencia*. Así, como el reconocido jurista Tomás y Valiente sostuvo cuando teorizó acerca de la “resistencia constitucional”:

---

<sup>406</sup> FERRAJOLI, 2011 a. Ferrajoli sostiene en términos muy similares que “a mí me parece que la vaguedad y la indeterminación no deben ser de ningún modo alentadas sino, por el contrario, censuradas y reducidas con el uso de un lenguaje lo más taxativo posible, como garantía de la máxima efectividad de los vínculos constitucionales impuestos a la legislación y a la jurisdicción, sobre la que se funda la legitimación política tanta de una como de la otra”, FERRAJOLI; RUÍZ MANERO, 2012: 83.

<sup>407</sup> Y es que, y adelanto ya aquí un punto a tratar en el próximo capítulo, lo que realmente constriñe a la mayoría y puede provocar ese divorcio no es el contenido “abstracto” de nuestras Constituciones, sino las decisiones adoptadas por los jueces constitucionales al interpretar los derechos y libertades abstractamente formulados, en tanto debajo de tales decisiones subyacen concepciones particulares que son difíciles de contrarrestar desde el momento en que la Constitución es rígida.



La resistencia sería algo así como duración efectiva de la Constitución (...) La resistencia de la Constitución puede ser entendida como adaptabilidad a la dinámica política, permitiendo y encauzando que las diversas opciones políticas puedan alcanzar el poder o los poderes del Estado y convertir en derecho del Estado las distintas expectativas pragmáticas por ellas ofrecidas a los ciudadanos. También como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados pero no definidos. Y, además, como resistencia a la reforma, haciéndola innecesaria. Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma del texto de la Constitución, resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma. Resistir es oponerse un cuerpo a la fuerza de otro, tolerando o aguantando su empuje sin romperse. La resistencia constitucional ha de ser elástica, consiste en asimilar, sin dejarlas fuera, las distintas expectativas políticas no frontalmente opuestas a su texto y a su sentido sistemático, es decir, a la Constitución como un todo. Una Constitución está dotada de resistencia si es capaz de producir el acoplamiento entre la realidad jurídica normativa en que ella misma consiste y la siempre cambiante realidad política, es decir, en su capacidad para asumir mutaciones<sup>408</sup>.

Por ello, la resistencia, así entendida, de la que hacen gala nuestras Constituciones (por ser “abiertas”) permite la duración prolongada de las mismas, sin que, en la mayor parte de los casos, se produzca el aludido divorcio y sin necesidad de llevar a cabo (de manera constante) reformas. Ello, de manera clara, parece ser una de las cualidades de nuestras Constituciones, pues los procesos agravados de reforma constitucional (en caso de ser posibles), por lo general, suelen ser más o menos traumáticos e implican costes. En síntesis, como señalara el propio Tomás y Valiente, puede formularse la hipótesis de que una Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente en el sentido expuesto, protege su supremacía y logra una vigencia efectiva y una duración prolongada sin tener que asumir el coste de las reformas agravadas<sup>409</sup>.

---

<sup>408</sup> TOMÁS Y VALIENTE, 1994. En este sentido, puede decirse que una Constitución abierta presenta un carácter “sedimentario”, tal y como lo contemplan FRIEDMAN; SMITH, 1999 – citado por FERREES, 2011: 69 -.

<sup>409</sup> TOMÁS Y VALIENTE, 1994.

Sin embargo, en mi opinión, pese a ser cierto que nuestras Constituciones exhiben un notable grado de resistencia constitucional, haciendo innecesario en la mayor parte de los casos el acudir al más o menos complejo procedimiento de reforma (o enfrentarse frontalmente ante la prohibición de la misma), dicha resistencia, es decir, esa capacidad de cualquier Constitución contemporánea de adaptabilidad a la dinámica política y a ser leída en función de los nuevos problemas, sensibilidades o expectativas a propósito de los derechos en ella contenida, no es infinita. En efecto, por muy diversos motivos, nuestras Constituciones pueden, en un momento dado y en la materia aquí tratada, dejar de poder resistir frente a aspiraciones que sean el resultado de procedimientos “exquisitamente democráticos”. En tales situaciones, me temo, no queda otra alternativa que asumir y analizar los problemas que se vinculan con la cuestión de la reforma constitucional, así como el sentido y alcance que se le dé a esta institución<sup>410</sup>. Empecemos, pues, dicho análisis<sup>411</sup>.

---

<sup>410</sup> Debiendo señalarse, como por ejemplo señala DÍAZ REVORIO, 2009, que dicho análisis resulta completamente dependiente del concepto de Constitución del que partamos.

<sup>411</sup> Mi análisis se centrará, por lo tanto y exclusivamente, en torno a la rigidez constitucional en lo tocante a la configuración de los derechos y libertades constitucionales. Por ello, mi objetivo central radica en discutir si resulta justificada la rigidez constitucional de nuestros *Bill of Rights*. Ahora bien, dicho análisis también puede redireccionarse parcialmente a la justificación respecto de las “partes orgánicas” de nuestras Constituciones, es decir, de aquellas partes de nuestras Constituciones que articulan los poderes estatales, su funcionamiento y sus límites. Sin que aquí pueda articular una fundamentación pormenorizada de cada una de las instituciones que incorporan nuestros textos constitucionales, de la mano de LAPORTA, 2007: 28 y ss, me parece que resulta posible arriesgar un esquema metódico general que ayuda a entender esto. A tal objetivo, debe diferenciarse claramente entre lo que pueden llamarse principios o exigencias ético-políticas, por un lado, y los mecanismos institucionales, de otro. La distinción nos ayuda a comprender que pudiera estar justificada la incorporación constitucional, y la rigidez, de determinados mecanismos institucionales, y que tales mecanismos requieren de una justificación para ser atrincherados constitucionalmente; siendo que dicha justificación sólo la pueden dar los principios entendidos como razones éticas y políticas. Y es que, la constitucionalización de tales mecanismos institucionales tendría su razón de ser “en que son articulaciones normativas que desarrollan o sirven de vehículo a la realización de los principios”. Entonces, ante cada una de las instituciones y ante la pregunta de si resulta justificada su introducción y rigidez constitucional, cabrá averiguar cuáles son los principios ético-políticos que subyacen a las mismas, siendo que únicamente superaran dicho test las instituciones a las que subyazcan principios ético-políticos lo suficientemente convincentes como para superponerse a las razones que subyacen al principio democrático (o, mejor dicho, al principio de la mayoría). Tomo prestado un ejemplo del propio Laporta. Si nos preguntásemos acerca de la justificación del mecanismo normativo de la separación de poderes, podríamos aducir con cierta plausibilidad, por ejemplo, la exigencia de independencia judicial para asegurar la protección de los derechos individuales frente al poder ejecutivo; ahora bien, si nos preguntásemos sobre la conveniencia de constitucionalizar el déficit cero, seguramente, no nos sentiríamos satisfechos porque algunos economistas nos dijese que las mayorías toman sus decisiones con miopía de futuro. Por ello, sintetizando y adelantándome a lo que posteriormente iré desarrollando, asumo aquí que únicamente resulta justificado (en abstracto) introducir *rigidamente* en nuestras Constituciones aquellos mecanismos institucionales en cuya fundamentación subyazcan principios o razones que recojan derechos individuales o descansen sobre ellos, es decir, sólo cuando tales instituciones constituyan un medio para el reconocimiento y garantía de derechos individuales o bienes públicos que estén en la base de derechos individuales. Por lo tanto, el análisis relativo a la justificación de la rigidez constitucional de nuestras declaraciones de derechos, y la respuesta positiva que daré en favor de dicha rigidez, puede hacerse

## 2. La rigidez constitucional: una propiedad gradual.

Se ha afirmado que la rigidez o flexibilidad de una Constitución se encuentra directamente relacionada con los procedimientos preceptivos o con los límites a su reforma. En particular, se ha dicho que, en aras a la modificación de la Constitución, basta con que nos encontremos ante procedimientos más complejos que el procedimiento legislativo ordinario para considerar a una Constitución como rígida. Sin embargo, como puede observarse con total nitidez, se da la existencia de una amplia diversidad de procedimientos de reforma constitucional agravados respecto del procedimiento legislativo ordinario, pero, no análogos ni a la hora de establecer con mayor o menor “dureza” requisitos previos a la reforma, ni tampoco en su afectación a los principios que operan como fundamento de la democracia. En efecto, el grado de agravación o complejidad de los procedimientos de reforma, en relación a la legislación ordinaria, puede ser ordenado de un modo gradual; del mismo modo, dada dicha agravación variable, el grado de afectación a los principios democráticos resulta dispar. Por ello, resulta necesario pasar revista al potencial abanico de procedimientos de reforma constitucional; acometeré tal tarea de la mano de Laporta<sup>412</sup>. A tal objetivo, se descenderá paulatinamente desde la primacía total de la Constitución, en aparente total detrimento

---

extensible o asumir implícitamente la justificación de la rigidez de aquellos mecanismos institucionales tendentes a la protección, realización y garantía de tales derechos.

<sup>412</sup> LAPORTA, 2007: 224 y ss. Un análisis alternativo de los diferentes grados de rigidez que puede presentar una Constitución se encuentra en FERRERES, 2000. En el mismo, Ferreres destaca tres hitos jurídico-formales a partir de los cuales catalogar el grado de rigidez constitucional: i) Según el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformar la Constitución. Así, una Constitución será tanto más rígida cuantas más instituciones deban otorgar su consentimiento para su reforma. ii) Según el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma. Así, si una Constitución exige una supermayoría parlamentaria para su reforma – como es el caso de EEUU (artículo V), Austria (artículo 44), Alemania (artículo 79), Portugal (artículo 286), Bélgica (195), Luxemburgo (artículo 114), de los Países Bajos (artículo 137), Grecia (artículo 110) y de España (artículos 167 y 168) – será más rígida que si exige únicamente mayoría simple – como es el caso de Dinamarca (artículo 88), Irlanda (artículo 46) y de Suecia (artículo 15) -. iii) Por último, una Constitución será más rígida en caso de que exija la participación del pueblo, ya sea directa por medio de referéndum, ya sea indirecta por medio de elecciones para una nueva asamblea que deberá ratificar su reforma, y menos en caso de que no la exija. Por ejemplo, para algunos supuestos, las Constituciones de Austria (artículo 44) y de España (artículos 167 y 168) exigen la participación popular.

Sin embargo, según el mismo autor, el grado de rigidez efectiva de una Constitución no únicamente dependerá de los requisitos jurídico-formales para su reforma sino del contexto político, histórico y social de la comunidad de referencia. Así, respecto del segundo, considera que: i) cuanto más disciplinados sean los partidos políticos, y más arraigada esté la cultura de la coalición, más fácil será satisfacer la exigencia de alcanzar una supermayoría parlamentaria. ii) cuanto más arraigada se encuentre en la particular historia de cada país la actitud general de que la Constitución se modifique o reforme lo menos posible, de facto, más rígida será la Constitución, iii) del mismo modo, cuanto más conservadoras sean las tradiciones políticas del país se dará mayor necesidad de argumentar razones de peso previas a cualquier reforma constitucional, lo que ahondará, *de facto*, su rigidez.

del principio democrático, hasta la primacía total de la decisión democrática ordinaria; o lo que es lo mismo, se descenderá paulatinamente desde el modelo de Constitución absolutamente rígida hasta el modelo de Constitución absolutamente flexible. En consecuencia, los tipos de rigidez constitucional que pueden presentarse son los siguientes:

- i. La Constitución que *prohíbe* al legislador democrático su reforma o modificación. Sería aquel supuesto en el que los preceptos constitucionales se declaran intangibles, por ello, no existe procedimiento de reforma posible. Tal prohibición o intangibilidad puede presentarse en relación a la totalidad de las normas constitucionales o únicamente en relación a aquellas normas constitucionales que se considera que contienen principios irrenunciables. Ejemplo de lo segundo puede ser el artículo 79.3 de la Constitución alemana, que prohíbe cualquier reforma constitucional en lo tocante a la organización federal o a los derechos fundamentales, el artículo 89 de la Constitución francesa, por el que se prohíbe cualquier reforma constitucional que menoscabe la integridad territorial o la forma republicana de gobierno o el artículo 139 de la Constitución italiana, por el que también se prohíbe cualquier reforma constitucional que tenga por objeto modificar la forma republicana de gobierno.
- ii. La Constitución que contiene un procedimiento de reforma, o de veto a la misma, encargado a un *órgano o autoridad no elegido democráticamente*, por ejemplo, al monarca. Ello puede hacerse otorgando al mismo el monopolio de la iniciativa de reforma, otorgándole un derecho de veto o similares. Se trata de una técnica de reforma constitucional que se presentó en el constitucionalismo decimonónico, en el que perduraban huellas de la soberanía compartida con el monarca, y en el que con frecuencia se hacía depender la reforma de la Constitución del acuerdo con el rey. Un ejemplo de este tipo de reforma constitucional, necesitada del acuerdo real, fue la Constitución original belga de 1831.
- iii. La Constitución que contiene un procedimiento extraordinariamente rígido de reforma. Puede citarse a título de ejemplo el artículo 168 de la Constitución española. En el mismo, y para aquellas materias consideradas

como esenciales por el constituyente español, se contienen tres requisitos consecutivos para poder proceder con la reforma constitucional: mayoría de dos tercios en el Congreso de los diputados y en el Senado, convocatoria de nuevas elecciones, aprobación de la reforma por una nueva mayoría de dos tercios de ambas Cámaras y referéndum de ratificación. Como señala Laporta, este precepto resulta muy ilustrativo, pues introduce los tres procedimientos más comunes de rigidez constitucional: las *mayorías cualificadas*, las *cláusulas de enfriamiento* y el *referéndum*. De la combinación de estos procedimientos se nutren los tres siguientes grados de rigidez.

- iv. La Constitución que exige una *mayoría cualificada* unida a una *cláusula de enfriamiento* para su reforma. Ejemplo de ello puede ser el artículo 138 de la Constitución italiana, que para la reforma constitucional exige la aprobación de cada Cámara por mayoría absoluta o dos terceras partes y dos votaciones sucesivas con un intervalo no menor de tres meses (aunque cabe señalar que el mismo artículo admite la posibilidad de referéndum en caso de que la reforma no hubiera sido aprobada, en segunda votación, por al menos dos terceras partes de los componentes de ambas cámaras y sea solicitado por los sujetos habilitados para ello).
- v. La Constitución que exige para su reforma la *mayoría cualificada* de la (o de alguna de las, o de ambas) cámara legislativa y, tras ello, la celebración de un *referéndum*. Un ejemplo de ello puede ser el artículo 167 de la Constitución española, que exige mayoría cualificada en ambas cámaras y contempla el referéndum en caso de ser solicitado por una décima parte de los miembros de cualquiera de las dos cámaras.
- vi. La Constitución que prevé una *cláusula de enfriamiento* de la propuesta de reforma y la celebración de un *referéndum*. Un ejemplo de este tipo de procedimiento puede ser el contenido en el artículo 88 de la Constitución

danesa, por el que se establece una doble cláusula de enfriamiento, tanto temporal como orgánica<sup>413</sup>, y la celebración de un referéndum.

Los siguientes tipos de reforma constitucional sólo exigen uno de los tres procedimientos anteriores (mayoría cualificada, cláusula de enfriamiento o referéndum).

- vii. La Constitución para cuya reforma exige únicamente que se dé una *mayoría cualificada*. Como ejemplo de ello puede citarse el artículo 286.2 de la Constitución portuguesa, que establece que los requisitos para la reforma constitucional únicamente vienen dados por la aprobación de dos terceras partes de los diputados presentes en la votación, siempre y cuando supongan a su vez la mayoría absoluta de los diputados en el ejercicio activo en sus funciones.
- viii. La Constitución para cuya reforma exige únicamente la decisión del órgano legislativo por mayoría simple, pero se le añade una *cláusula de enfriamiento* que supone que tal órgano debe reconsiderar la reforma en un momento posterior. Como ejemplo puede citarse el artículo 15 (Capítulo Octavo, “De las leyes y otras disposiciones”) de la Constitución sueca, que establece como requisito para la reforma constitucional únicamente (junto a la obvia necesidad de mayoría simple) una doble cláusula de enfriamiento, tanto orgánica como temporal.
- ix. La Constitución para cuya reforma exige, simplemente, la celebración de un *referéndum*.

Por último, se dan aquellos supuestos de reforma constitucional que únicamente exigen que actúe el órgano legislativo mediante mayoría simple.

- x. La Constitución para cuya reforma exige el único requisito de que, para culminar la misma, la ley de reforma constitucional sea identificada, precisamente, como una *ley de reforma constitucional*. En este caso debemos hablar de Constitución flexible, en la que a pesar de que una norma aprobada por el procedimiento legislativo ordinario puede

---

<sup>413</sup> Las cláusulas de enfriamiento temporales son aquellas que simplemente obligan a posponer la decisión en el tiempo, mientras que las orgánicas son aquellas que obligan a replantear electoralmente la composición del órgano decisorio (del legislador democrático).

modificar la Constitución, se exige, al menos, que se presente explícitamente como norma de reforma constitucional<sup>414</sup>.

- xi. La Constitución que admite su reforma mediante el simple mecanismo de la *lex posterior*. Es decir, simplemente con que una ley ordinaria contradiga la Constitución, la misma quedará modificada por el principio *lex posterior derogat priori*. En este caso la Constitución no se arroga ningún tipo de rigidez y hablaríamos también de una Constitución flexible, aunque para muchos no quepa ni tan siquiera hablar de Constitución.

### **2.1.La activación de la objeción contra-mayoritaria frente a determinados tipos de rigidez constitucional: cláusulas de intangibilidad y exigencia de súper mayorías.**

Una vez señalados los diferentes procedimientos posibles de reforma constitucional, que nos permiten calificar las Constituciones desde (absolutamente) rígidas a (absolutamente) flexibles, la OCM frente a la rigidez constitucional puede comprenderse con mayor propiedad.

Así, en primer lugar, aparecen los procedimientos i y ii, en los que bien por la intangibilidad de los preceptos constitucionales, bien por la extracción no democrática del órgano que tiene la última decisión en relación a la reforma, la OCM parece resultar absolutamente pertinente<sup>415</sup>, puesto que el legislador democrático tiene totalmente coartadas y limitadas sus competencias por normas, valores sustantivos o derechos de veto que no puede cuestionar.

En segundo lugar, aparecen los procedimientos iii, iv, v, vi, vii, viii y ix, en los cuales o bien se da una diferente combinación, o bien estos mismos se presentan por separado, de los mecanismos de las mayorías cualificadas, cláusulas de enfriamiento y referéndum. Estos procedimientos introducen una serie de obstáculos en aras a la reforma constitucional, obstáculos que pueden llegar a ser muy difíciles de salvar, como en el caso

---

<sup>414</sup> Ver FERRERES, 2000; DE OTTO, 1988: 62-63.

<sup>415</sup> Al menos si se entiende, fundamentalmente teniendo en mente el elemento de la intangibilidad del o de algunos contenidos constitucionales, que ello supone un blindaje último del *texto*, que convirtiera en imposible a una mayoría, por muy fuerte numéricamente que fuera y al margen de los fundamentos que la dotaran de legitimidad, el cambio en la formulación de algunos artículos constitucionales. Es decir, aunque la OCM frente a la interpretación de la Constitución quedaría en buena medida desactivada dada la apertura que muestran la mayor parte – por no decir todas – de ellas, lo que posibilita un amplio margen para el debate, deliberación o decisión democrática sobre este extremo, la objeción volvería a activarse fuertemente en tanto el texto constitucional pudiera ser visto o entendido como algo absolutamente petrificado.

iii, o más accesibles, como en los casos vii, viii y ix. Sin embargo, no puede decirse que en ninguno de estos procedimientos se haya hurtado propiamente la decisión al legislador democrático, aunque es cierto que las dificultades que se le ponen al mismo para efectuar la reforma pueden requerir de algún tipo de justificación. Concretamente:

- Si presuponemos que los órganos democráticos representan fidedignamente a la sociedad, la exigencia de mayorías cualificadas o súper-mayorías produce una interceptación del proceso democrático, dado que una minoría puede hacer triunfar su posición oponiéndose a la reforma constitucional, en pro del *status quo*. En efecto, ello quiebra la regla de la mayoría, que, si bien no supone el único elemento que define al procedimiento democrático, si, al menos, parece ser uno de los elementos que lo caracterizan necesariamente<sup>416</sup>. Y es que, la regla de la mayoría tiene dos implicaciones importantes en todo procedimiento de decisión democrática: a) todos los votantes son tratados como iguales por medio de la atribución del igual valor de los votos. b) Todas las opciones que se someten al procedimiento de decisión se someten en pie de igualdad a la consideración de los votantes. Como señala el propio Laporta<sup>417</sup>, la exigencia de súper-mayorías ignora estas dos implicaciones, pues da mayor valor a los votos de la minoría que no quiere la reforma constitucional, tratando desigualmente a los votantes, y se inclina en favor del *status quo*, pues la opción defendida por la minoría puede triunfar contra la opción defendida por la mayoría<sup>418</sup>. Por lo tanto, el establecimiento de súper-mayorías como requisito necesario para la reforma constitucional requiere abordar una especial justificación que dé razones suficientes para ignorar las implicaciones insatisfechas del procedimiento de decisión mediante la regla de la mayoría.

---

<sup>416</sup> Como se dijo en el anterior capítulo: cualquier democracia moderna debe dar cuenta de la pluralidad de orientaciones y conflictos entre intereses y grupos diversos existentes en nuestras sociedades. Dicha pluralidad, pues, debe tener carta de naturaleza en las actuales democracias. Dada esta pluralidad, resulta fundamental contar con una regla que permita adoptar, pese al conflicto y la no unanimidad, decisiones colectivas. Esta regla es la regla de la mayoría que, por ello, adquiere naturaleza de condición necesaria para definir a un gobierno como democrático (pudiendo presentarse tanto argumentos técnicos cuanto axiológicos para justificar la misma).

<sup>417</sup> LAPORTA, 2007: 224 y ss.

<sup>418</sup> Ver también BAYÓN, 2000.



- En relación a las cláusulas de enfriamiento, en primer lugar, cabe volver a detallar de qué tipo de cláusula estamos hablando. Así, pueden ser de dos especies: temporales, que simplemente obligan a posponer la decisión en el tiempo, u orgánicas, que obligan a replantear electoralmente la composición del órgano decisorio (del legislador democrático). Frente a este tipo de cláusulas la OCM no tiene nada que decir, pues las primeras constituyen un mecanismo de intensificación de la deliberación, mientras que las segundas constituyen un mecanismo para corroborar que exista una mayoría que apruebe la reforma constitucional.
- En relación a la exigencia de referéndum como paso previo a la reforma constitucional, como resulta obvio, no puede plantearse en grado alguno la citada objeción, puesto que, mediante este mecanismo, precisamente se busca que los ciudadanos igual, individual y directamente aprueben o rechacen la reforma.

Por lo tanto, *individualmente* considerados, cabe señalar como únicamente la exigencia de súper-mayorías presenta problemas en atención a la OCM, no así la implementación de cláusulas de enfriamiento o la exigencia de referéndum.

En tercer y último lugar, los procedimientos x y xi, en tanto son definitorios de Constituciones flexibles, son todos ellos perfectamente democráticos y no resultan, en modo alguno, susceptibles de incurrir en la OCM.

Tras lo anterior, podemos entender que la rigidez constitucional vehiculada a los procedimientos i y ii incurre de lleno en la OCM. Del mismo modo, los procedimientos iii, iv, v y vii incurren también en ella, y para salir a su paso deberán aportarse elementos que justifiquen la exigencia de una mayoría cualificada o súper-mayoría como requisito necesario para una eventual reforma constitucional (como único requisito o como requisito agregado al respeto de cláusulas de enfriamiento o celebración de referéndum). El resto de procedimientos, es decir, aquellos en que establecen el necesario respeto a una (o varias) cláusula de enfriamiento, la celebración de un referéndum o, simplemente, que se dé una mayoría simple, no incurren en la OCM; aunque ello supone emitir un juicio abstracto y únicamente *prima facie*, pues, por ejemplo, en aquellos procedimientos de reforma en los que se dé la existencia de cláusulas de enfriamiento orgánicas que remitan a órganos cuya legitimidad democrática no sea directa, como muchos de los Senados en

el seno de diversos Estados federales, la OCM volverá a poder ser planteada, en este extremo, legítimamente<sup>419</sup>. Este, sin embargo, considero que supone un caso particular (aunque, seguramente, objetable), por ello, no me detendré de manera específica en su análisis. Pero en todo caso, creo que en principio, al menos individualmente consideradas, la existencia de cláusulas de enfriamiento y/o referéndum (así como, obviamente, de mayorías simples) parecen no dar lugar a la objeción expuesta.

Según lo dicho, puede concluirse que la OCM frente a la rigidez constitucional parece adquirir pleno sentido cuando los procedimientos de reforma constitucional remiten la última decisión a órganos no democráticos, cuando resulta prohibida, ya sea en relación a la totalidad de la Constitución o en relación a alguna/s de sus partes o, por último, cuando requiere de la existencia de una súper-mayoría o mayoría cualificada (ya sea como único requisito o como uno de los requisitos para la reforma).

En relación a los procedimientos de reforma constitucional imposibles frente a cláusulas constitucionales intangibles o que remiten la última decisión (o presentan el derecho de veto) a órganos no democráticos, considero que, entre otras, por circunstancias fácticas deben ser diferenciados; y es que, en efecto, la historia demuestra que este segundo tipo de rigidez constitucional ya ha sido dejado de lado, mientras que la existencia de cláusulas de intangibilidad sigue presente, por ejemplo, en las Constituciones de Alemania, Francia, Italia, Grecia, Portugal o Chipre. Por tal motivo, procederé con el análisis de tales cláusulas de intangibilidad para observar si lo que *a priori* se presenta como un atentado frontal frente al principio democrático puede, de algún modo, resistir frente a él; mientras que dejaré de lado el análisis, desde el prisma de la OCM, de aquellas cláusulas que remiten la última decisión acerca de la posibilidad de reforma constitucional a un órgano de extracción no democrática, por carecer hoy de relevancia práctica y, en principio, no presentar nada que nos pueda esclarecer ya la reflexión directa sobre los modos vigentes de lograr la rigidez de las Constituciones.

Por su parte, respecto de aquellos procedimientos de reforma constitucional que exigen el concurso de súper-mayorías, se ha señalado que la justificación de los mismos,

---

<sup>419</sup> El único problema susceptible de caer bajo la objeción contra-mayoritaria, se dará en aquellos supuestos en los que la cláusula de enfriamiento remita el resultado de la decisión a otro órgano no legitimado mediante la regla de la mayoría de los ciudadanos. Esto ocurre particularmente en el seno de los Estados federales, en los que en la conformación de la cámara del Senado los titulares del derecho de sufragio activo no son los ciudadanos sino los Estados que constituyen la federación. LAPORTA, 2007: 227-228.

como mecanismos propios de una Constitución rígida, debe ofrecer razones de peso que contrabalanceen la quiebra del principio de igualdad que opera como justificación para adherirnos a procedimientos de decisión sobre cuestiones públicas de tipo mayoritario. Trataré de examinar tales razones, así como de explorar si las mismas ofrecen argumentos de peso suficiente para resistir frente a la OCM o si, por el contrario, son derrotados por ella.

Continuaré con el análisis de este segundo punto, para embarcarme posteriormente en el examen de las cláusulas de intangibilidad.

### **3. La exigencia de súper mayorías y la objeción contra-mayoritaria**

#### **3.1.La idea del precompromiso.**

Suele decirse que en los momentos constituyentes existe una mayor presunción de lucidez que en los momentos legislativos ordinarios. A esto se refiere la distinción cualitativa entre dos tipos de circunstancias en las que la comunidad política puede adoptar sus decisiones: i) los momentos de política extraordinaria o los momentos constitucionales, que son aquellos en los que la comunidad reflexiona colectivamente con mayor altura de miras e imparcialidad; ii) los momentos de política ordinaria, en los que no se daría tal altura de miras o se intentaría satisfacer de manera más directa los intereses inmediatos, aún a riesgo de tomar decisiones que podrían ser perjudiciales a la larga<sup>420</sup>. Y es que, cabe destacar como según varios autores, de entre los cuales puedo citar a Ferreres<sup>421</sup>, el poder constituyente se encuentra en una buena posición para hacer abstracción de las circunstancias cambiantes y concentrarse en discutir los grandes principios que deben asumirse como fundamentales. Ello sería así porque, a pesar de ser cierto que toda Constitución se elabora en un contexto histórico determinado, la capacidad para trascender de las peculiaridades de la concreta situación histórica es mayor cuando se discuten los grandes principios en momentos constituyentes que cuando se discute la legislación ordinaria en momentos de normalidad política. Por ello, según la perspectiva desde la que se sostiene esta diferenciación, como señala Ackerman, en los momentos de “política constitucional”, a diferencia de lo que sucede con los momentos de “política ordinaria”, los ciudadanos y los políticos ofrecen lo mejor de sí mismos en términos de

---

<sup>420</sup> ACKERMAN, 1984: 1029.

<sup>421</sup> FERRERES, 1997.

virtud pública, trascendiendo sus visiones parciales y egoístas acerca de los asuntos colectivos<sup>422</sup>. Un ejemplo paradigmático de esta idea puede ser el de las cláusulas constitucionales que vienen a prohibir la discriminación contra grupos tradicionalmente marginados. Como señala el propio Ferreres, estas cláusulas se deben a que, en un momento de especial lucidez y generosidad colectiva, la mayoría reconoce que hay que acabar con las prácticas de subordinación social y política que padecen determinados grupos. Pero, resulta difícil dar fin a estas prácticas y a sus efectos. La prueba de ello es que con frecuencia la mayoría va a ser desleal al principio de no discriminación que ha decidido constitucionalizar. Holmes sintetiza esta idea con la siguiente afirmación (por cierto, a mi juicio bastante desafortunada en la elección de algunos términos): “(la) Constitución es Pedro sobrio y el electorado Pedro borracho”; por ello, “los ciudadanos necesitan una Constitución del mismo modo que Ulises necesitaba que lo amarraran al mástil del barco”, pues, como el mismo Holmes indica, “si no tiene las manos amarradas, el pueblo no tendrá manos<sup>423</sup>”. Y la mejor manera de atarse las manos, a fin de no perderlas, parece ser adoptar una Constitución que incluya un elenco de derechos fundamentales consensuados en momentos de especial lucidez y situado por encima de la agenda política ordinaria.

En la cita anterior, Holmes hace referencia a la metáfora popularizada por Elster, la de “Ulises y las sirenas”. Como sabemos, dicha metáfora trata de demostrar que del mismo modo que Ulises se hizo atar al mástil para no caer bajo la seducción del canto de las sirenas, la comunidad política toma la decisión de atarse a sí misma para no tomar ciertas decisiones que sabe que pueden tentarla pero que, vistas desde el momento de lucidez, considera que son repudiables<sup>424</sup>. Así, del mismo modo que el comedor compulsivo, que quiere dejar de serlo, esconde los dulces en el lugar más alto de la alacena, el dormilón crónico con debilidad para apretar el botón que difiere la alarma de su despertador, y quiere dejar de hacerlo, puede poner este en el otro extremo del dormitorio para dejarlo fuera de su alcance o el bebedor que no quiere conducir bajo los efectos del alcohol entrega las llaves de su vehículo a un amigo, el pueblo que no quiere discriminar por razones de raza o restringir la libertad de expresión, y es consciente de que en algunas ocasiones puede dejarse llevar por cualesquiera circunstancia y llegar a esto, toma precauciones estableciendo límites jurídicos como salvaguardas que le impida

---

<sup>422</sup> ACKERMAN, 1993: 266-294; cita extraída de FERRERES, 1997: 253.

<sup>423</sup> HOLMES, 1988.

<sup>424</sup> ELSTER, 1979.

o dificulte hacer en un momento no lúcido o de pánico lo que en sus momentos más lúcidos o serenos no quiere hacer<sup>425</sup>. Y así, imponiéndose límites por medio del “precompromiso”, la comunidad política asegura su genuino autogobierno, entendido no como la capacidad de tomar cualquier decisión en cualquier momento, “sino como la capacidad de guiar consistentemente las propias acciones a lo largo del tiempo sobre la base de decisiones de orden superior, adoptadas en momentos de racionalidad no distorsionada, acerca de lo que se querría o no llegar a decidir en momentos singulares<sup>426</sup>”.

Muchas son las críticas que se han lanzado frente a esta analogía entre el plano individual y el colectivo, considerando que resulta engañosa por diversas razones y que, por ello, resulta estéril trasladar la metáfora de Ulises a la cuestión de la Constitución y su vinculación para el futuro. Es más, frente a tales críticas, el propio Elster ha reconsiderado la misma y ahora entiende que, en efecto, no es acertada<sup>427</sup>. Entiendo, sin embargo, que, como hace Moreso, todavía puede rescatarse la idea del mecanismo del precompromiso del tipo Ulises, entendido como explicación y justificación de aquellos diseños institucionales que atrincheran derechos básicos para situarlos más allá de las decisiones mayoritarias<sup>428</sup>. De esta manera, en las páginas que siguen haré referencia a algunas de las críticas que se han lanzado frente al mecanismo del precompromiso del tipo Ulises, para, en segundo lugar, tratar de rescatarlo.

Sus críticos consideran que resulta rebatible por las siguientes razones<sup>429</sup>. En primer lugar, como se ha indicado, porque se considera que la analogía entre el plano individual y colectivo resulta profundamente engañosa. En efecto, Ulises es la misma persona en ambos momentos, es decir, el Ulises de hoy decide sobre sí mismo, sobre el Ulises de mañana. Sin embargo, ante el mecanismo constitucional de la vinculación hacia el futuro nos encontramos ante una situación distinta, pues quienes ordenan la vinculación

---

<sup>425</sup> WALDRON, 2005: 309-310.

<sup>426</sup> BAYÓN, 2010: 337.

<sup>427</sup> ELSTER, 2000; citado por MORESO, 2009.

<sup>428</sup> MORESO, 2009: 138 y ss. Es más, si se acepta que los derechos contenidos en nuestras actuales declaraciones constitucionales constituyen una suerte de exigencias de mínimo para dotar de valor intrínseco al procedimiento democrático, en tanto que si no se respetan los mismos no se dan las mínimas condiciones de autonomía política que operan como fundamento de la toma de decisiones democrática, parece que el precompromiso constitucional, en última instancia, lo que posibilita es proteger la autonomía política que opera como justificación de cualquier forma de gobierno democrática.

<sup>429</sup> Aquí parto básicamente de la reconstrucción LAPORTA, 2007; BAYÓN, 2000 y 2010; WALDRON, 2005: capítulo XII; WALUCHOW, 2009: 232 y ss.; LINARES, 2008: 50-51; MARMOR, 2015: 46 y ss.; MARTÍ, 2006: 290 y ss.; GARGARELLA, 2011.

no son generalmente los mismos que la van a sufrir. Por ello, se trata de individuos distintos, de generaciones distintas<sup>430</sup>. Además, no sólo hay que tomar en consideración que la sociedad no es la misma a lo largo del tiempo, sino que en ella no existe nunca sólo una opinión, pues, en cada momento lo que existe es un desacuerdo básico entre sus miembros acerca de las restricciones que habrían de regir sobre el proceso de toma de decisiones<sup>431</sup> (aunque ya se expuso en el capítulo anterior como tales desacuerdos no son un impedimento insalvable para alcanzar acuerdos para fijar los derechos y libertades básicas). En segundo lugar, porque el Ulises que decide atarse se nos presenta como un Ulises lúcido e inteligente que está pensando en un futuro Ulises perturbado, probablemente dominado por las pasiones. Trasladado a los términos constitucionales, ello significaría que los individuos de la generación constituyente se suponen lúcidos e inteligentes, mientras que los individuos de las generaciones sucesivas se suponen miopes y débiles de voluntad, capaces por ello de tomar decisiones irracionales con las que se perjudiquen a sí mismos. Ello, según muchos, carece de justificación, pues pone de manifiesto una desconfianza hacia las mayorías democráticas del futuro, desconfianza que expresa un paternalismo para con los otros y no solo un auto-paternalismo como pudiera ser en el caso del ingenioso Ulises; considerándose además contingente el hecho de que el momento constituyente presente una mayor calidad deliberativa que los momentos propios de la legislación ordinaria, es decir, considerándose esto último arbitrario, pues el simple hecho de que los primeros se hayan alcanzado mediante mayorías reforzadas no supone argumento suficiente para aducir tal superioridad. En tercer lugar, no solamente no está probada la presunta lucidez del constituyente, sino que en muchas ocasiones lo que hay en las Constituciones son tomas interesadas de posición o defensa de privilegios. Por ello, el contenido que se protege puede no ser lo racional frente a las pasiones, sino la pasional e interesado de los constituyentes frente a la racionalidad de las futuras generaciones democráticas.

Considero que estas críticas pueden ser respuestas en los dos siguientes puntos:

(i) El problema de la *identidad*. El problema surge de lo que se entiende por sus críticos como una engañosa analogía entre el plano individual y el plano colectivo. Se viene a sostener, como se ha expuesto, que a diferencia de lo que acontece en el plano individual, la sociedad no es la misma a lo largo del tiempo y que no tiene una sola opinión sino

---

<sup>430</sup> A lo que MARMOR, 2015: 46 alude como el problema “intergeneracional”.

<sup>431</sup> A lo que el propio MARMOR, 2015: 46 alude como el problema del “pluralismo”.

muchas. Para enfrentarse ante este punto no hace falta, sin embargo, asumir que la sociedad sea ninguna suerte de entidad orgánica, sino desenmascarar una cierta asimetría a la hora de referirse a la identidad individual frente a la colectiva. En efecto, con esta crítica parece presuponerse que la identidad de los agentes individuales no resulta problemática, y que cada agente individual tiene en cada momento, en oposición al agente colectivo, una sola opinión acerca de cómo comportarse. Pero, como señala Moreso, resulta paradójico que los autores que se han ocupado del problema de la identidad individual pongan en duda precisamente este supuesto y sostengan que el propio concepto de la identidad individual debe construirse mediante una analogía con el concepto de identidad de una sociedad o grupo colectivo<sup>432</sup>. Me permito la licencia de tomar una nota de Hume, por ejemplificativa, usada por el propio Moreso:

“No puedo comparar el alma de manera más adecuada a ninguna otra cosa que a una república o a una *commonwealth*, en la cual los diversos miembros están unidos por vínculos recíprocos de gobierno y de subordinación y dan lugar a otras personas que propagan la misma república a través de los incesantes cambios de sus partes<sup>433</sup>”.

El problema entonces de la analogía, si tenemos en cuenta la nota de Hume, no es que no opere (como pretenden los críticos), sino que opera en forma inversa a como ha sido utilizada por quienes pretenden legitimar las declaraciones de derechos y libertades, apoyándose en el argumento de que son ataduras para evitar que determinadas pasiones lleven a la ciudadanía a acabar derogando las normas que protegen aquellos valores a los que profundamente adscriben y que protegen, en definitiva, sus intereses en el largo plazo.

En efecto, se ha llegado a sugerir que se alcanzará una mejor comprensión de los mecanismos de decisión individual si vemos las decisiones individuales como decisiones colectivas, por lo que deberíamos aceptar la sugerencia de que los seres humanos no somos sujetos racionales individuales (en el sentido de que siempre mantenemos posiciones, consideraciones o reflexiones no conflictivas), sino que nos parecemos más a pequeñas colectividades con sus conflictos propios. A título de ejemplo, Hurley ha desarrollado una teoría de la deliberación racional con el supuesto de que la manera de resolver conflictos entre varias personas puede servir como una vía para explorar la

---

<sup>432</sup> MORESO, 2009: 138.

<sup>433</sup> HUME, 1978: 261; citado por MORESO, 2009: 138.

solución a los problemas de conflicto en las deliberaciones individuales<sup>434</sup>. En definitiva, siendo así las cosas, no resulta descabellado argumentar que la deliberación y los mecanismos de decisión individual guardan gran semejanza con la deliberación y los mecanismos de decisión colectiva. Así, dado que la pluralidad y el conflicto no sólo resultan un problema en el plano colectivo, sino también en el individual, no puede impugnarse el mecanismo del precompromiso el primer caso y justificarse en el segundo<sup>435</sup>. Y es que, y cito literalmente a Moreso, “la fortuna del mecanismo del precompromiso como instrumento para alcanzar decisiones racionales depende de su capacidad, tanto en las decisiones individuales como en las colectivas, de mediar de manera consistente y razonable con la pluralidad y el conflicto<sup>436</sup>”.

(ii) El problema de la mayor *lucidez constitucional* (y de la posible defensa de privilegios). Según las críticas señaladas, puede llegar a entenderse como justificado el precompromiso de Ulises, porque se supone que el yo que ata a su yo sucesivo es un agente con mayor lucidez, que ostenta una mayor calidad deliberativa, una suerte de Ulises sobrio atando las manos a los posibles Ulises ebrios. Ahora bien, del mismo modo, consideran que esto no puede ser trasladado a la idea de precompromiso constitucional, pues no puede presuponerse que en el momento constitucional se tomen decisiones más lúcidas que en los momentos de política ordinaria, e, incluso, puede ser que lo que en realidad suceda es que en el momento constitucional se atrincheren privilegios frente a la posible racionalidad *ex post* de los momentos de política ordinaria.

Para contestar a tal crítica, en primer lugar, cabe advertir que no a cualquier cláusula del precompromiso constitucional se le presupone igual valor. En efecto, el mecanismo del precompromiso es *sólo un instrumento*, es decir, únicamente adquiere valor si tiende a asegurar decisiones acertadas, y ello sólo ocurre en tanto lo que el mecanismo protege es algo digno de protegerse. Como señala Aguiló:

“la rigidez y la normatividad de las Constituciones sólo son valiosas (no en vano se trata simplemente de técnicas de protección) en la medida en que sean garantía de cosas a su vez consideradas valiosas. Estas mismas técnicas al servicio, por ejemplo, no de una expectativa considerada valiosa y, por tanto, merecedora de ser protegida en forma de un derecho, sino de un privilegio (es decir, de una

---

<sup>434</sup> HURLEY, 1989: 226 y ss.; citado por MORESO, 2009: 139.

<sup>435</sup> MORESO, 2009: 139.

<sup>436</sup> MORESO, 2009: 139.



expectativa no valiosa o justificada) resultan simplemente insoportables e irracionales<sup>437</sup>”.

Por ello, la calidad o el valor de una decisión constitucional no depende, simplemente, de que esté atrincherada, sino de que la misma pueda o deba ser considerada como valiosa, de su acuerdo con los (con determinados) principios de justicia. Al respecto, cabe recordar que tales principios de justicia, según la noción vigente de lo que deba ser una Constitución, vienen dados desde el constitucionalismo político o el liberalismo democrático. Es por ello que se otorga un valor positivo a la idea del precompromiso constitucional en relación a la fijación de los derechos básicos cuando los mismos derivan de los principios esenciales del liberalismo democrático: el derecho a la libertad de expresión, a la participación democrática, a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, a no ser discriminado, etc. Por el contrario, no se le atribuiría ningún valor (antes, al contrario) a la fijación de disposiciones que, por ejemplo, prohibieran la libertad religiosa o de asociación.

Por ello mismo, en segundo lugar, la mayor calidad deliberativa que se presupone al proceso constituyente se fundamenta sobre qué se toma la decisión. Ya se dejó visto como la mayor parte de nuestros acuerdos constitucionales se dan por abstracción o sobre cuestiones genéricas, es decir, sobre conceptos y no sobre concepciones. Y, resulta plausible pensar que sobre algunos de estos conceptos existe un acuerdo o consenso muy amplio (aunque no podamos predicar unanimidad respecto del mismo). Por ejemplo, en sociedades como la española hay un acuerdo muy amplio sobre la adecuación de preservar la libertad religiosa (artículo 16 de la Constitución española) o sobre el derecho al voto de los mayores de edad (artículo 23). Consensos como los señalados pueden verse sustantivamente reducidos si preguntamos, por ejemplo, sobre la adecuación de permitir las actividades de una determinada confesión religiosa que propugna la defensa de un trato desfavorable hacia la mujer o que induce a sus miembros a autolesionarse gravemente. Frente a tales situaciones coyunturales, atrincherar el citado principio de la libertad religiosa puede servir como muralla para evitar que una mayoría (debilitada en su lucidez por lo que ocurre con confesiones religiosas como la citada) legisle prohibiendo las actividades religiosas no sólo de esta confesión, sino de cualquier confesión religiosa semejante a ella en algunos aspectos (aunque no prediquen un trato desfavorable hacia la

---

<sup>437</sup> AGUILÓ, 2010: 248.

mujer o no induzcan a sus miembros a autolesionarse)<sup>438</sup>. En contra de lo anterior, ya vimos como Waldron (al menos el Waldron de hace unos años) considera que todas las cuestiones acerca de derechos básicos son igualmente controvertidas en nuestras sociedades, por lo que considera que no existe forma de articular una teoría de la justicia que sirva como fundamento de aquellos diseños institucionales que atrincheren una serie de derechos y de libertades. Dado este desacuerdo, la regla de la mayoría sería para este autor el único instrumento viable sobre tal extremo, para, al menos, preservar el derecho de participación de todos. Sin embargo, como señala el propio Moreso – también Waluchow, Christiano, Kavanagh o Fabre<sup>439</sup> –, si no hubiera acuerdo sobre nada (cuestión que no parece ser cierta) no puede comprenderse el motivo por el cual debería haber un acuerdo según el cual todos tienen derecho a participar. Por ello, si “se reconoce que hay acuerdo en el derecho de todos a participar (un acuerdo genérico, tampoco hay acuerdo en los detalles) no veo por qué no se reconoce que también hay un acuerdo en otras cuestiones<sup>440</sup>”.

En definitiva, puede decirse que resulta rescatable la idea del precompromiso constitucional asociado a su rigidez, si se acepta que la fortuna de este mecanismo es que supone un instrumento para alcanzar decisiones racionales capaces de mediar, de una manera consistente y razonable, con la pluralidad y el conflicto que se da en toda sociedad; que únicamente adquiere valor si protege algo considerado como digno de protegerse; y que la calidad deliberativa que se le presupone viene dada por el consenso existente en torno a principios o conceptos que, formulados de un modo abstracto, son aceptados por (casi) todos. De ser esto así, y de forma análoga a lo que sucede con la OCM – aunque obviamente opera en sentido inverso – conviene no desechar tan pronto como hacen algunos la idea y el valor del mismo.

---

<sup>438</sup> MORESO, 2009: 139.

<sup>439</sup> WALUCHOW, 2009: 32 señala como el “dilema de Waldron” el hecho de como “el desacuerdo también puede extenderse al principio mayoritario mismo”.

En dirección parecida se pronuncia CHRISTIANO, 2000: 520, cuando señala como “el desacuerdo acerca de la legitimidad de los mismos procedimientos de decisión va a aparecer junto con el desacuerdo que provoca el recurso a esos mismos procedimientos”, o KAVANAGH, 2003 o FABRE, 2000: 275 siendo que esta última sintetiza que: “(si) los ciudadanos están en desacuerdo acerca de los temas importantes, entonces no hay razón para dudar que también lo estarán acerca de los mismos procedimientos que se supone van a usar para dirimir las disputas acerca de los asuntos sustantivos”; estas últimas referencias han sido extraídas de CURCÓ COBOS, 2016.

<sup>440</sup> MORESO, 2009: 139.

### 3.2. Los límites del precompromiso constitucional.

Elster presenta (o presentaba) algunas dudas específicas sobre el precompromiso asociado a los límites constitucionales. Entre ellas ahora quiero referirme a una en particular. Dicho autor ha sugerido que una decisión en t1 cuenta como una forma de “atarse a sí mismo”, vis-à-vis con una decisión en t2, sólo si “el efecto de poner en práctica la decisión en t1 (consiste) en poner en marcha algún proceso causal en el mundo externo<sup>441</sup>”. Con ello, trata de excluir estrategias puramente internas, como la de tomar la decisión de decidir algo: “nuestra noción intuitiva de lo que significa atarse a sí mismo parece requerir que depositemos temporalmente nuestra voluntad en alguna estructura externa<sup>442</sup>”. Pero, ¿qué cuenta en el ámbito político como una estructura externa? Como se ha indicado, el propio Elster tiene dudas relativas a la aplicación de su análisis a los límites constitucionales, y nos dice que:

“La analogía entre atarse a sí mismo a nivel individual y a nivel político está severamente limitada. Un individuo puede atarse a sí mismo sobre determinadas acciones o al menos hacer que las desviaciones de tales acciones sean más costosas y por lo tanto menos probables recurriendo a un marco jurídico que es externo e independiente a sí mismo. Pero no hay nada externo a la sociedad. Con la excepción de unos pocos casos especiales, como la cesión de competencia al Fondo Monetario Internacional, las sociedades no pueden depositar su voluntad en estructuras que escapan a su control; siempre que quieran pueden deshacer las ataduras<sup>443</sup>”

La primera cuestión que surge al respecto es la referencia de Elster a los mecanismos causales, y es puesta sobre la mesa por el propio Waldron<sup>444</sup>. Si una decisión en t1 cuenta, según Elster, como un precompromiso sólo si su efecto es “poner en marcha un proceso causal en el mundo externo”, ¿esto incluye o excluye estrategias como las del

---

<sup>441</sup> ELSTER, 1979: 42.

<sup>442</sup> ELSTER, 1979: 43.

<sup>443</sup> ELSTER, 1989. Esta afirmación requeriría a su vez analizar que sucede con realidades como la Unión Europea. En efecto, en más de un sentido, los Estados que la integran parecen haber depositado buena parte de su “voluntad” en estructuras que escapan de su control. Sin embargo, pese a que esto sea cierto, no podemos olvidar que, pese a constituirse como un recurso trágico, tal depósito o cesión no resulta del todo “irreversible”. El reciente caso británico parece ser una muestra (aún parcial) de la realización práctica de esto. Creo que, por ello, la situación de tales Estados no resulta análoga a la de un ciudadano, por ejemplo, sujeto a su respectivo Ordenamiento Jurídico. El ciudadano no puede, en modo alguno y en la práctica, deshacer sus ataduras, el Estado, en algún sentido, sí.

<sup>444</sup> WALDRON, 2005: 312 – 313.

bebedor que entrega las llaves del coche a su amigo? En efecto, la posesión de las llaves del coche por parte del amigo no constituye realmente un mecanismo causal que asegure que el bebedor no va a conducir hasta su casa en plena madrugada. Como señala Waldron, opera, sin embargo, en virtud de la promesa del amigo en t1 de no devolverle las llaves en t2, junto con el deseo del amigo en t2 de cumplir efectivamente dicha promesa. Ello puede suponer una ventaja respecto a un mecanismo estrictamente causal, y es que una de las ventajas de utilizar un mecanismo no causal, como el juicio de un amigo, es que permite al agente atarse a un principio que no opera deontológica o rígidamente. Así, la mayoría de gente que condena la conducción bajo los efectos del alcohol lo hace sin considerar que pueden existir circunstancias concretas en que ello resulte correcto. Tomo de nuevo el ejemplo de Waldron. Si se diseñara un mecanismo que impidiera encender el motor de un vehículo si el porcentaje de alcohol en sangre superase el 0,05% y lo instalásemos en nuestro coche, podríamos sentirnos consternados al observar que no podemos llevar a nuestro hijo pequeño al hospital si el mismo se pone gravemente enfermo mientras estamos dando una fiesta en nuestra casa (y nadie más tiene coche, puede conducir, etc.) Y es que, en tales casos, lo que descubrimos es la necesidad de tener excepciones a la regla, y si tales condiciones excepcionales son complejas o numerosas, o requieren de un juicio muy fino (de manera que no podemos prefijarlas al establecer el mecanismo causal), entonces está claro que resultará mejor abandonar cualquier mecanismo causal y confiar las llaves del coche a un amigo sobrio, con la esperanza de que tome la decisión éticamente correcta en tales circunstancias. Pues bien, claramente debemos considerar los límites constitucionales como formas de precompromiso que se acercan más al modelo del juicio del amigo que al de un mecanismo causal (pero, pese a ello y en contra de lo que piensa Elster, como mecanismos de precompromiso). Y es que, por lo general, los límites constitucionales no operan mecánicamente, sino que funcionan del modo que A (el pueblo) otorga un poder de decisión a B (un tribunal), siendo la función de B la de determinar, como una cuestión de juicio en la aplicación de principios muy generales que A, en t1, ha ordenado tener en cuenta a B, en t2, si la conducta que está siendo contemplada en t2 vulnera un límite adoptado en t1<sup>445</sup>. Sin embargo, por el momento dejaré apartada esta cuestión para abordarla con algo de detalle en el siguiente capítulo.

---

<sup>445</sup> WALDRON, 2005: 316.

Lo que sí me interesa destacar ahora es el otro extremo de las palabras de Elster que sí me parece acertado: “las sociedades no pueden depositar su voluntad en estructuras que escapan a su control; siempre que quieran pueden deshacer las ataduras”. Es decir, la comunidad política siempre podrá deshacer el precompromiso que fundamenta los límites constitucionales, por lo tanto, el límite a la propia idea del precompromiso constitucional resulta ser que el mismo puede no permanecer inalterable para siempre.

Merece igualmente la pena destacar como, según Waldron, cuando hablamos de precompromiso constitucional, una analogía individual más apropiada que los casos de Ulises, el bebedor o el comilón, podría ser la siguiente. Pensemos en una persona que duda acerca de sus creencias religiosas. En medio de tales dudas, y tras profunda reflexión, un día opta por la fe en una religión particular. Como consecuencia de esa decisión, se compromete absolutamente con la misma y decide abjurar para siempre de su biblioteca privada de libros de teología que en el pasado había avivado y sostenido su incertidumbre; para ello, decide entregar la llave que abre la puerta de la biblioteca a un amigo con instrucciones de que nunca se la devuelva, aunque se la pida. Tiempo después, le pide la llave. Este parece ser un caso de precompromiso parecido al de Ulises o el bebedor, sin embargo, hay una importante diferencia: la persona convertida a su nueva fe religiosa no es ahora menos capaz de tomar decisiones que lo que era con anterioridad; aunque más bien cabría matizar que la persona en cuestión *potencialmente* no es menos capaz de tomar decisiones (deliberadas, meditadas) de lo que era con anterioridad. Pues bien, según Waldron, la democracia se parece más a este segundo supuesto<sup>446</sup>. No hay, por ello, razones para atar las manos del legislador futuro, pues no es menos racional (aunque, insisto de nuevo, cabría decir en propiedad que más que no ser menos racional, no es *potencialmente* menos racional) que lo que fue la asamblea constituyente.

Pues bien, ya no es sólo que, como señala Elster, la sociedad siempre podrá deshacer las ataduras del precompromiso constitucional, sino que, como señala Waldron, resulta indeseable articular mecanismos para impedirlo, puesto que la analogía individual que mejor ejemplifica la idea del precompromiso constitucional dista de ser la del tipo Ulises o la del comedor compulsivo. Por ello, si se asumen estas tesis, cabe criticar duramente casos como el de la Constitución alemana, que atrincheran de una vez para siempre los derechos fundamentales atando las manos, en lo relativo a cualquier posible

---

<sup>446</sup> WALDRON, 2005: 316 y ss.

reforma, al legislador posterior, que no tiene por qué ser potencialmente menos racional que lo que fue el constituyente. Ahora bien, parece resultar bastante diferente el caso de que si se admita la reforma constitucional con el concurso de una súper-mayoría. Y es que, como señala Moreso<sup>447</sup>, las asambleas constituyentes suelen usar una gran cantidad de deliberación para alcanzar un consenso, entre otros extremos, en lo tocante a los derechos y libertades básicas. Una deliberación que, como se ha esbozado, no está siempre presente en los momentos de política normal. Volviendo al caso de la persona que se convierte a una determinada fe, si esta conversión es producto de una deliberación sincera y profunda, que resulta trascendental para su propia vida, tal vez tiene sentido que las instrucciones al amigo no sean las de “nunca me entregues las llaves, aunque te lo pida”, sino, “si te pido las llaves, no me las entregues hasta que no haya estudiado otra vez con profundidad los textos de la religión a la que me he convertido”. Con ello, seguramente, se evitaría un abandono inconsciente de la religión abrazada, abandono que produciría graves consecuencias en la integridad moral de la persona y, a su vez, se evitaría un trato asimétrico entre el yo racional del presente respecto del yo racional del pasado. Esta parece ser, así, una analogía que (al menos *a priori*) resiste la crítica de Waldron y que, a la vez, nos permite no tener que negarle la razón a Elster. Y es que, en efecto, no podemos negar que la comunidad política puede llegar a deshacer sus ataduras o romper su precompromiso, e incluso podemos admitir con Waldron que resulta deseable que ello sea así, ahora bien, ello no va en contra de requerir que aquellas cuestiones que el constituyente consideró particular y especialmente valiosas sólo puedan ser cambiadas tras un grado de deliberación similar al del proceso constituyente o, al menos, más profundo que el que se requiere en la deliberación legislativa ordinaria; y la mejor forma para proteger este objetivo parece consistir en dotar a la Constitución de mecanismos de reforma que requieran de mayorías reforzadas.

Lo que acaba de señalarse puede producir cierta perplejidad. Así, defender que deben constituirse rígidamente límites constitucionales mediante cláusulas de reforma constitucional que exijan el concurso de mayorías cualificadas, y hacer una defensa de la necesidad de las mismas frente a las mayorías simples, puede resultar susceptible de la siguiente crítica (obviando las ya mencionadas con anterioridad): si se teme al poder de la mayoría en su posible actuación vulneradora de los derechos básicos, no tiene mucho sentido manifestar dicho temor por la mayoría simple y no, a su vez, por la mayoría

---

<sup>447</sup> MORESO, 2009: 134 – 135.

cualificada (pues en última instancia sólo existe entre ambas una diferencia de grado). Sin embargo, considero que la exigencia de mayorías cualificadas, como requisito necesario para proceder con la reforma constitucional, ayuda a superar las márgenes actuales del juego político que observan el mismo como un juego de suma cero en el cual es atribuido todo el poder al ganador. Y es que, la exigencia de mayorías cualificadas permite, en mayor grado, incluir en su composición a una mayor pluralidad de intereses, posiciones ideológicas y opiniones que cuentan con su correlativa mediación parlamentaria. Ello obstaculiza, en mayor o menor medida (siendo esto, en todo caso, cuestión contingente), la imposición de la fuerza mayoritaria en aras a cualquier reforma constitucional, en lo que aquí interesa, tendente a la remoción (aun cuando sólo esté hablando de la remoción jurídico-formal) de aquellos derechos básicos que deben operar como límites a la misma. Por ello, creo que no resulta incorrecto afirmar que en la mayor parte de nuestras sociedades aunque “la existencia de un *Bill of Rights* (rígido, claro está) no es muralla suficiente para la tiranía (...) constituye un instrumento susceptible de dificultar esas decisiones que violan derechos<sup>448</sup>”.

Si se acepta lo que acaba de decirse, puede, en consecuencia, indicarse que resultan legítimas aquellas cláusulas de reforma constitucional que exigen del concurso

---

<sup>448</sup> MORESO, 2009: 129. Aquí se me podría recordar, con buen atino, que la solución que estoy proponiendo, en última instancia, no hace sino favorecer el *status quo* que puede estar defendiendo una minoría en contra de la mayoría que quiere la reforma y, por ende, podría ser calificable como censurable mi opinión sobre este extremo. Sin embargo, creo que está crítica, propiamente, solo adquiere pleno sentido cuando nos enfrentamos ante una Constitución (entiéndase, siempre en parte normativa o regulativa) de detalle y no cuando lo hacemos con una Constitución abierta. En efecto, si estuviéramos ante una Constitución de detalle (con una semántica “muy cerrada”, con disposiciones que preeminentemente contienen reglas y no principios, con unos derechos y libertades que aparecen jerárquizados entre sí, sin cláusula alguna de apertura, etc.) nos topáramos con una Constitución que haría exhibición de un bajo grado de resistencia constitucional (aludo de nuevo a la teorización de Tomás y Valiente): una Constitución que con el paso del tiempo requería de ser reformada para adaptarla a las nuevas exigencias ético-políticas de la comunidad. En tal caso, pudiera ser, en efecto la minoría (cualquier minoría con mediación parlamentaria y suficiente peso) bien podría “enquistar” la realidad constitucional: mantener el *status quo*. Sin embargo, en mi opinión, las cosas distan de ser así cuando hablamos de Constituciones abiertas y siempre que nos refiramos a sus declaraciones de derechos y libertades (y no de otros extremos como los sean, por ejemplo, sus normas de organización territorial). En tales casos la “adaptabilidad”, esto es, la resistencia de nuestras Constituciones para admitir nuevas lecturas acerca de los derechos que estipula, para amparar nuevas exigencias en torno a los mismos, etc., parece ser más que evidente (y así nos lo muestra la realidad). De ser así, acudir a la reforma, en tal materia, puede llegar ser una opción que únicamente adquiere sentido cuando, de plano, la opción que se quiere introducir en el texto constitucional parece ser frontalmente inadmisibles según la Constitución vigente (aunque este es solo un tipo de escenario que puede llegar a darse). Creo que, por ello, en tales supuestos, exigir que la mayoría simple no pueda “imponer” su postura no resulta algo inadmisibles. En otros términos: una Constitución abierta otorga gran espacio para el juego político en materia de derechos y libertades fundamentales, ante la potencial transgresión de dicho espacio, dada la seriedad del asunto, no parece una imposición inadmisibles exigir que la minoría también exprese su opinión acerca de la necesidad de ampliar o restringir el mismo.

de súper-mayorías, pues, por lo motivos señalados, parecen existir razones que las justifican y pueden contrabalancear la quiebra del principio de igualdad que opera como fundamentación de la toma de cualesquiera decisiones colectivas mediante mayorías simples. Por ello, podría concluirse que las cláusulas de reforma constitucional, como la contenida en la Constitución española, en la que se exige el concurso de tal súper-mayoría para la reforma de determinados artículos, parecen ser aceptables. Pero, por las mismas razones aducidas, parece resultar absolutamente reprochable la presencia de prohibiciones expresas frente a la posibilidad de modificar la Constitución, tal y como las contiene, por seguir con el caso, la Constitución alemana. De ser así, por lo tanto, sólo resultarían susceptibles de ser atacadas (con visos de aceptabilidad o corrección) y, *a priori*, duramente, a partir de la OCM, aquellas Constituciones que contaran con cláusulas expresas de prohibición frente a la reforma constitucional; por lo tanto, la OCM frente a la rigidez constitucional únicamente podría plantearse (con pretensión de éxito) frente a unas pocas Constituciones. Con todo, dado el concepto de Constitución vigente, la cuestión resulta ser mucho más compleja. Veámoslo.

#### **4. El contenido mínimo, su intangibilidad y la objeción contra-mayoritaria.**

##### **4.1 Prohibiciones no expresas al poder de reforma constitucional.**

Como sabemos, Ackerman distingue entre tres modelos: i) el modelo tipo *Westminster* (*modelo monista*), en el que una cámara elegida por los ciudadanos puede tomar todas las decisiones sobre cualquier cuestión mediante la regla de la mayoría; ii) el *modelo dualista*, en el que se establecen restricciones a la regla de la mayoría, pero las mismas están sujetas a la posibilidad de revisión constitucional; iii) y el *modelo fundamentalista*, en el que se establecen algunas restricciones de una vez para siempre, no sujetas a revisión alguna<sup>449</sup>.

Como he tratado de argumentar, el modelo monista resulta censurable o “peligroso” y el modelo dualista puede resultar justificable, ahora bien, ¿qué ocurre con el modelo fundamentalista? ¿La OCM prevalece frente a ese blindaje absoluto?

Algunas de nuestras Constituciones prevén la posibilidad de que se pueda efectuar no ya una “simple” reforma de su contenido, sino una reforma “total”, esto es, la

---

<sup>449</sup> AKERMAN, 1989.



sustitución de toda la Constitución. Es decir, en algunas de nuestras Constituciones la competencia de reforma constitucional aparece como materialmente incondicionada, como es el caso de la Constitución española (art. 168). O, en otros términos, algunas de nuestras Constituciones (rígidas) únicamente vienen a imponer requisitos agravados, si se quiere, requisitos preceptivos para la reforma, solo de carácter procedimental o formal, pero, sin embargo, no imponen límite material alguno a la misma<sup>450</sup>. Pareciera ser entonces que al menos algunas (sino la mayoría) de nuestras Constituciones se corresponderían con el modelo dualista de Ackerman y, por ende, conformarían un modelo “justificable”. Sin embargo, creo que puede razonablemente sostenerse que, habida cuenta el concepto de Constitución vigente, aún Constituciones como la española, es decir, aún Constituciones que no prevén cláusulas expresas de limitación material a su reforma, pueden parecer (al menos parecer) más próximas al modelo fundamentalista que dibuja Ackerman. Trataré de argumentar en este sentido.

En primer lugar, cabe tomar en consideración que cuando hablamos de derechos y libertades constitucionales se nos presenta una compleja cuestión: ¿la Constitución “declara” los derechos y libertades o, por el contrario, los mismos son “creados *ex novo*” por ella? ¿Es la Constitución declarativa o constitutiva de esos derechos y libertades básicas?

Si se entiende que tales derechos y libertades son declarados, esto significa asumir que los derechos existían antes de la Constitución, de tal manera que los constituyentes se limitaron a reconocerlos y positivizarlos. Si entendemos, por el contrario, que los derechos y libertades son creados, quiere decir que los mismos son derechos positivos, como tal, privados de cualquier existencia anterior e independiente de la Constitución; o, lo que es lo mismo, los constituyentes no los han reconocido, sino que los han conferido a los ciudadanos<sup>451</sup>.

Como indica Guastini, cada una de estas dos respuestas tienen consecuencias jurídicas muy importantes. Pues, si entendemos que los derechos y libertades constitucionales no han sido simplemente creados por los constituyentes, sino que han sido reconocidos por los mismos, entonces, en primer lugar, el catálogo de los derechos contenidos en la Constitución puede no ser exhaustivo (puede que el reconocimiento haya

---

<sup>450</sup> BAQUERIZO, 2016.

<sup>451</sup> TROPER, 1994: 317 y ss.; citado por GUASTINI, 2010: 96-97.

sido incompleto), de modo que los intérpretes constitucionales están autorizados a “descubrir” nuevos derechos. En segundo lugar, y para lo que aquí interesa, los derechos en cuestión son absolutamente inviolables, en el sentido de que ni tan siquiera pueden ser suprimidos mediante reforma constitucional. En efecto, si no han sido creados por el constituyente, tampoco pueden ser suprimidos por un poder constituyente – ni, claro está, constituido - (entendiendo aquí el poder de reforma constitucional como una suerte de “poder constituyente constituido”). Y es que, como señala Otero Novas, si los derechos se reconocen, implican un pronunciamiento constitucional de que son preconstitucionales, meta-constitucionales. Por ello, “no corresponde al poder Ordinario, ni al Poder Constituido reformarlos; porque tampoco fueron nunca del poder constituyente. *Nemo dat quod non habet*<sup>452</sup>”. Por el contrario, si se entendiese que los derechos y libertades constitucionales son creados *ex novo*, las consecuencias serían radicalmente distintas. En primer lugar, se entendería que los únicos derechos existentes son los que están expresamente consagrados en el texto constitucional, por lo que el intérprete no tiene el poder de encontrar otros; en segundo lugar, porque las normas que confieren tales derechos, en ausencia de una expresa prohibición de reforma constitucional, pueden perfectamente ser derogadas o modificadas, tal y como sucede con cualquier otra norma positiva<sup>453</sup>.

Pues bien, sin adentrarme a analizar las más o menos evidentes resonancias iusnaturalistas derivadas<sup>454</sup>, en la actualidad resulta visión prácticamente imperante la afirmación de que los derechos y libertades constitucionales son reconocidos, y no creados, por el poder constituyente<sup>455</sup>. En este sentido, la acción de los constituyentes debe entenderse (o es entendida) como el reconocimiento que los mismos hacen de unos valores y principios (entre los que se incluyen los valores y principios de los que deriva

---

<sup>452</sup> [https://www.uspceu.com/instituto\\_democracia/pdf/investigacion/JoseManuelOteroNovas.pdf](https://www.uspceu.com/instituto_democracia/pdf/investigacion/JoseManuelOteroNovas.pdf)

<sup>453</sup> GUASTINI, 2010: 97-98.

<sup>454</sup> Este punto, a mi parecer, nos remite directamente a la tesis del pensamiento liberal asociado a la doctrina de los derechos naturales y la teoría contractualista de Locke. Ver, LOCKE, 2012: 11 y ss.

<sup>455</sup> En este sentido, por ejemplo, OTERO NOVAS señala que “Hay derechos, por ejemplo los de la Corona, los del Gobierno..., que son establecidos u otorgados por la Constitución. Pero hay otros, por ejemplo la libertad de empresa, la propiedad, la libertad de educación, la libertad de reunión o expresión..., que no se “otorgan”, sino que “se reconocen””. Puede consultarse el texto en: [https://www.uspceu.com/instituto\\_democracia/pdf/investigacion/JoseManuelOteroNovas.pdf](https://www.uspceu.com/instituto_democracia/pdf/investigacion/JoseManuelOteroNovas.pdf)

Por otro lado, desde una perspectiva histórica, como señala TROPER, 2004: 156, no puede perderse de vista que en 1789 la asamblea constituyente francesa concibió a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, precisamente, como una declaración, esto es, como el reconocimiento por parte de la asamblea constituyente de principios naturales, objetivos y naturalmente preexistentes.

el reconocimiento de derechos) en cierto sentido “preexistentes” y/o “externos” a su propia obra<sup>456</sup>, tal y como se apuntó en el primer capítulo. Ello nos permite reconstruir como consecuencias asociadas a esta visión, por ejemplo, la redacción de algunos de los artículos presentes en nuestras Constituciones, que pueden ser entendidos como cláusulas de apertura en la lista de derechos y libertades constitucionales expresamente consagrados y que, por ello mismo, tales derechos y libertades no deben ser vistos como encorsetados en listas exhaustivas o tasadas, sino como susceptibles de ser ampliadas por los intérpretes. Y es que, como señala Ferreres<sup>457</sup>, existen en nuestras Constituciones cláusulas abstractas que permiten ampliar la lista de derechos específicos, es decir, abrir la Constitución. Así, por ejemplo, en materia de igualdad, la Constitución española en su artículo 14 protege el derecho a no ser discriminado por alguno de los cinco factores que enumera específicamente, pero también “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Esta cláusula, por lo tanto, llama a la extensión analógica. Del mismo modo, en esta misma Constitución, los derechos y libertades van recogidos a lo largo de un amplio catálogo de disposiciones específicas, pero la lista se abre a través de la cláusula de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1), como también por medio de la cláusula que consagra los valores superiores y que caracteriza al Estado como social, democrático y de Derecho (artículo 1.1). De hecho, el Tribunal Constitucional español ha acudido en algunas ocasiones a las cláusulas más abstractas contenidas en la Constitución española para proteger determinados aspectos de la libertad o dignidad humana que no tenían encaje suficiente en las cláusulas más específicas<sup>458</sup>. Y es que, como señalara Tomás y Valiente: “la recta utilización jurisprudencial de estas categorías constitucionales, y en especial de los valores, favorece la resistencia constitucional en cuanto adaptabilidad o apertura a nuevas exigencias éticas concretas que sólo cabe considerar incorporadas como contenido de determinados derechos fundamentales en virtud de la cobertura amplia y flexible que se deriva de tan generales, pero positivizadas, cláusulas<sup>459</sup>”. Lo anterior también nos permite comprender el papel

---

<sup>456</sup> AGUILÓ, 2010: 263.

<sup>457</sup> FERRERES, 1997: 120 y ss.

<sup>458</sup> Por ejemplo, El Tribunal Constitucional español, basándose en la cláusula abstracta del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), y en la identificación de la misma como límite para las medidas públicas de favorecimiento de la familia matrimonial contemplada previamente por el propio Tribunal (STC 1984/1990, FJ 2º) decretó en la STC 22/1992 la inconstitucionalidad del artículo 59.1 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos por otorgar el beneficio de la subrogación arrendaticia al cónyuge del arrendatario fallecido y denegararlo, en cambio, a quien hubiere convivido *more uxorio*; en tanto consideró que la radicalidad de la medida supondría coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir *more uxorio*. Ver FERRERES, 1997: 121.

<sup>459</sup> TOMÁS Y VALIENTE, 2004.

que juegan los principios implícitos en el marco constitucional. Al respecto, puedo señalar el siguiente ejemplo: la Constitución española (o el texto constitucional) de 1978 no consagra explícitamente el principio *non bis in ídem*<sup>460</sup>. Ahora bien, ningún jurista duda acerca de la existencia de dicho principio en el seno del ordenamiento constitucional español. Se configura como un principio implícito – “explicitado” mediante desarrollo jurisprudencial<sup>461</sup> –, sin que se dude de su carácter vinculante y de su condición de exigencia a respetar por la actuación de los poderes públicos. Este principio, amén de extraerse de los principios explícitos de legalidad, artículo 25, de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, artículo 9.3, etc., forma parte esencial de la tradición constitucionalista o, puede decirse, es un logro y una exigencia del constitucionalismo político – que según la visión dominante no puede ser separado del constitucionalismo jurídico –; por lo que, independientemente de que se encuentre o no expresamente redactado, debe ser respetado y observado, dado que su exigencia se deriva de la realidad misma de la tradición constitucional en la que se encuadra la Constitución española. Varios pueden ser los factores que expliquen porqué este principio no ha sido expresamente redactado en citado texto, y quizá el más plausible sea el simple olvido de sus autores. Ahora bien, la cuestión no es esta, sino más bien la siguiente: ¿puede justificarse que un orden constitucional no garantice este principio? Dada la visión actual, la respuesta parece ser negativa. Esta exigencia contribuye a que se exija hacer “nacer” a este principio de forma implícita, si por motivos eventuales, como en el caso español, los constituyentes no lo redactaron y dejaron sin proteger expresamente una exigencia derivada de los correspondientes valores preexistentes.

En relación a esto último, debe recordarse, muchos autores insisten y afirman que nunca podremos hablar de un constitucionalismo (en sentido pleno<sup>462</sup>) sin un contenido mínimo, contenido este que viene, entre otros extremos, determinado por el reconocimiento de ciertos derechos y libertades conceptualizados como fundamentales. Por seguir con el ejemplo, en el núcleo de dicho contenido mínimo debemos incluir

---

<sup>460</sup> “Que significa “no dos veces por lo mismo”, es un principio constitucional que ha sido desarrollado por la jurisprudencia (al igual que otros principios, como el principio de proporcionalidad dentro de los procedimientos judiciales y administrativos de naturaleza sancionadora, o como el principio *in dubio pro actione*) que resulta básico para configurar el *ius puniendi* del Estado. Este principio es, sin duda, una garantía propia del Estado de Derecho que no puede ausentarse en ningún ordenamiento jurídico que tenga por objeto la protección de los derechos fundamentales”; FIERRO RODRÍGUEZ.

<sup>461</sup> ALONSO VIDAL, 2012.

<sup>462</sup> NINO, 1994: 4.

principios como el *non bis in ídem*, y no podremos afirmar la existencia de una Constitución – de la Constitución del constitucionalismo – sino se garantiza tal contenido, se contenga o no expresamente en el texto constitucional – en la forma constitucional adoptada -.

Lo alternativa que se presenta a esta tesis es considerada en la actualidad como intolerable. La misma vendría a basarse en mantener un discurso segregativo entre lo que el constituyente expresamente consagró - tesis de *pedigree* o autoridad – y las exigencias que el constitucionalismo como proyecto político impone – exigencias de un contenido mínimo -; o, si se quiere, entre el constitucionalismo jurídico y político. La inviabilidad de esta segunda tesis viene dada por su choque frontal frente a la *communis opinio* de los juristas de nuestros días y, en segundo lugar, porque la misma presentaría efectos prácticos (seguramente) censurables; al no incluir, en realidades constitucionales como la española, principios como el citado *non bis in ídem*, principios que vienen a suponer el núcleo básico de las exigencias a respetar por la tradición constitucional en la que cabe encuadrar al expuesto sistema constitucional español.

Respecto del punto que aquí me interesa, creo que existen motivos para afirmar que del enfoque o perspectiva señalada se deriva la exigencia de adhesión a la idea de que determinados contenidos constitucionales – incluso algunos no expresamente contemplados – deben ser entendidos como intangibles, inalterables. *A priori*, si el legislador intentara reformar (en el sentido de suprimir) la Constitución en dicho contenido, el juez constitucional, simplemente, debería declarar como inconstitucional (prohibir) dicha reforma. Dicho en otros términos, el Ordenamiento Jurídico constitucional – tal y como lo conceptualizamos en la actualidad – no permite la supresión del contenido mínimo exigible para poder considerarlo como tal. Sólo una *ruptura* con el orden constitucional podría alterar, suprimir, el contenido mínimo exigible a toda Constitución; contenido que viene centralmente determinado por nuestros *Bill of Rights*. Por ello, sólo una suerte de “revolución” (anti)constitucional podría llevar a cabo mencionada tarea, en todo caso, y si operamos con el concepto de Constitución imperante en la práctica, tras la misma ya no cabría, en propiedad, hablar o afirmar la existencia de Constitución alguna. Esto, en última instancia, desde la perspectiva democrática – o, más bien, desde el valor del autogobierno según la regla de la mayoría – debe, según muchos, hacernos ver las “evidentes” consecuencias anti-democráticas que derivan de la actual manera de comprender los derechos y libertades catalogados en nuestras Constituciones.

Es decir, según esta manera de ver los derechos y libertades constitucionales (como reconocidos y no como creados), la Constitución no permite eliminar o ignorar esos derechos mediante reforma alguna, pues, tales derechos existen antes y al margen de la Constitución (y además constituyen parte del contenido mínimo necesario para afirmar la existencia misma de una Constitución). Por ello, por ejemplo, una reforma de la Constitución que suprimiera la libertad de expresión o la libertad religiosa, aunque se aprobara con respeto a todos los requisitos procedimentales que la propia Constitución establezca para su reforma, sería inconstitucional<sup>463</sup>. Ello, como se ha señalado, implica, en esencia (que no exclusivamente), que ninguna reforma constitucional puede afectar a los derechos y libertades reputados como fundamentales. En esta línea, en la dogmática constitucional española y en referencia a la Constitución de 1978, se pronuncian autores como Contreras<sup>464</sup> o Jiménez Campo<sup>465</sup>, que señalan como núcleo irreductible frente a cualquier reforma el artículo 10.1 de la CE, es decir, la inviolabilidad de los derechos y libertades fundamentales<sup>466</sup>; o el propio Ferreres, que entiende que aunque una Constitución carezca de cláusulas de intangibilidad, los derechos abstractos que reconoce son inmunes a toda supresión ulterior<sup>467</sup>.

Tras lo expuesto, puede concluirse que el problema de la tensión entre la OCM y la necesidad de la rigidez constitucional, por las razones aludidas, ostenta un mayor calado de lo que pudiera parecer a primera vista. Y es que, en efecto, ya no únicamente debe considerarse que existen límites o prohibiciones a la modificación constitucional, en referencia a la modificación (al menos a la supresión) de derechos y libertades fundamentales, cuando los mismos se encuentran expresamente contemplados en la Carta Magna, sino que tales límites o prohibiciones pueden ser predicados para la totalidad de las Constituciones contemporáneas.

Una vez dicho lo anterior, y sin perderlo de vista, podemos observar el “caso colombiano”, a partir del estudio que sobre el mismo ha realizado Bernal Pulido, para profundizar en el argumento a favor de la intangibilidad de algunos contenidos

---

<sup>463</sup> OTERO NOVAS.

<sup>464</sup> CONTRERAS, 1992: 312.

<sup>465</sup> JIMÉNEZ CAMPO, 1980: 95 ss.

<sup>466</sup> Considero que en términos parecidos se pronuncia TOMÁS Y VALIENTE, 1994.

<sup>467</sup> Ver también DE OTTO, 1988: 64 o ALÁEZ CORRAL, 2000: 331y ss., si bien los configura como límites relativos y no absolutos; ver DÍAZ REVORIO, 2009.

constitucionales frente a reformas ulteriores y, de modo accesorio, observar una impronta práctica de todo ello.

Así, a través de una serie de sentencias que han ido pronunciándose desde el año 2003<sup>468</sup>, la Corte constitucional colombiana ha venido a desarrollar la denominada doctrina de la *sustitución de la Constitución*. En el caso particular de Colombia, en su Constitución, al igual que sucede con el expuesto caso español, únicamente se autoriza a la Corte para controlar la constitucionalidad de cualquier eventual reforma constitucional desde un punto de vista procedimental (artículos 241 y 379), ahora bien, no la habilita expresamente para controlar su constitucionalidad desde un punto de vista material. No obstante, la doctrina de la sustitución, elaborada por la propia Corte, ha servido para fundamentar la competencia de la misma para controlar la constitucionalidad del contenido de tales reformas (o intentos de reforma).

Bernal Pulido sintetiza magistralmente esta doctrina elaborada por la Corte colombiana. Así, como señala, la doctrina de la sustitución de la Constitución permite eludir la restricción de la Corte para pronunciarse sobre cuestiones de contenido propias de cualquier intento de reforma constitucional, por medio de un argumento compuesto por cuatro premisas y una conclusión:

“La primera premisa establece que la competencia para controlar el respeto del procedimiento de reforma comprende la competencia para controlar que el órgano reformador sea, a su vez, competente para reformar la Constitución. La segunda premisa afirma que la competencia para reformar la Constitución no lleva consigo la competencia para sustituirla sino exclusivamente para modificarla. La tercera premisa, que deriva de la primera y de la segunda, mantiene que la Corte tiene competencia para controlar que el órgano reformador haya modificado y no sustituido la Constitución. Según la cuarta premisa, solo un análisis del contenido de las reformas posibilita a la Corte establecer si la Constitución ha sido modificada o sustituida. La conclusión, que se sigue de lo anterior, es que la

---

<sup>468</sup> La Corte Constitucional aludió por primera vez a la doctrina de la sustitución de la Constitución en la Sentencia C-551/2003, doctrina que fue desarrollándose a través de toda otra serie de sentencias: Sentencia C-970/2004, Sentencia C-1040/2005, Sentencia C-588/2009 y Sentencia C-141/2010

competencia para verificar si la Constitución ha sido sustituida, comprende la competencia para controlar el contenido de las reformas constitucionales<sup>469</sup>”.

Como puede apreciarse, el resultado de esta doctrina de elaboración jurisprudencial resulta bastante claro: pese a que la Constitución colombiana no contiene cláusulas de intangibilidad, se considera que existen límites materiales a lo que el órgano reformador puede decidir. No obstante, cabe señalar, esta doctrina presenta algunos (muchos) problemas a los que debe enfrentarse. Examinemos algunos de ellos.

Según la doctrina expuesta, se sustituye a la Constitución exclusivamente cuando se reemplaza alguno de sus elementos esenciales. Ahora bien, no puede obviarse que puede acontecer que exista un desacuerdo razonable acerca de cuáles son tales elementos esenciales o, exista o no dicho desacuerdo general, haya un desacuerdo acerca de si un elemento específico que es relevante en un caso concreto constituye o no un elemento esencial de la Constitución. Es por ello que puede legítimamente plantearse la OCM sobre la supremacía judicial en la interpretación constitucional también sobre este extremo. Es más, dicha objeción parece adquirir un especial peso en este punto: pues parece que la determinación o definición del contenido del concepto de “elemento esencial” es aún más problemática que la concreta interpretación de nuestros derechos y libertades constitucionales, en el sentido que supone la determinación de un concepto (aún más) vago o abstracto<sup>470</sup>. Pero, es más, asumamos que existen alguna suerte de criterios objetivos para determinar cuáles son los elementos esenciales de la Constitución, ¿por qué una reforma constitucional no puede reemplazarlos?

En efecto, Constituciones como la colombiana o la española no imponen límite material alguno a la posibilidad de reforma de su contenido. Por ello, respetando las exigencias procesales que expresamente contemplan las mismas, esto es, respetando las restricciones expresas a cualquier intento de reforma constitucional, ¿por qué no puede reformarse (en alguno de sus elementos esenciales) una Constitución que no prohíbe este extremo? En otros términos, y adoptando el enfoque según el cual la Constitución vigente no es más que un hecho contingente, esto es, una realidad que tiene su fundamento en la toma de una decisión política en el pasado, ¿por qué impedir o imposibilitar reemplazar

---

<sup>469</sup> BERNAL PULIDO, 2013.

<sup>470</sup> BERNAL PULIDO, 2013.



sus elementos esenciales por medio de otro hecho contingente como sea una decisión política adoptada en una reforma constitucional?<sup>471</sup>

Pues bien, retomando las consideraciones anteriores, debe insistirse en esto, la forma de zanjar las dudas planteadas en tales interrogantes deriva del concepto de Constitución que ya ha sido expuesto y considerado como vigente; esto es, a través de un *argumento conceptual*<sup>472</sup>. Así, el concepto de Constitución usualmente empleado en el lenguaje ordinario y de los juristas implica, necesariamente, el respeto o protección de los derechos fundamentales (junto a otros elementos necesarios como son el principio de división o separación de poderes y el principio del Estado de Derecho). Tal y como se apuntó en el capítulo I, este concepto subyace y se remonta a la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (artículos 2 y 16). Por ello, tal y como deriva de la propia Declaración, para usar con propiedad el concepto apuntado debemos entender por Constitución aquel conjunto de normas (y/o práctica social) que establece la separación o división del poder político, estando el ejercicio del mismo regulado por el Derecho y limitado por el respeto hacia los derechos y libertades fundamentales. Si no se respetan estos elementos necesarios no podremos afirmar la existencia de una Constitución.

Siendo lo anterior así, en consecuencia, tales elementos suponen la base para fundamentar la referida doctrina de la sustitución de la Constitución<sup>473</sup>. Y es que, en efecto, según esta fundamentación puede concluirse que la competencia para reformar una Constitución no puede implicar la competencia para *desnaturalizar* la misma. Como señala el propio Bernal Pulido: “que el poder constituyente derivado tiene competencia para modificar la Constitución necesariamente supone que debe existir una Constitución antes y después del ejercicio de este poder<sup>474</sup>”. Por ello, cualquier intento de reforma que tenga por objeto suprimir los derechos fundamentales (o el principio de división de poderes y/o el Estado de Derecho) debe ser refutada, simple y llanamente, y si se juega con el concepto de Constitución tal y como es empleado en el lenguaje ordinario, como

---

<sup>471</sup> BERNAL PULIDO, 2013.

<sup>472</sup> BERNAL PULIDO, 2013.

<sup>473</sup> Independientemente de cual haya sido de hecho la fundamentación de la misma efectuada por la Corte constitucional colombiana.

<sup>474</sup> BERNAL PULIDO, 2013.

inconstitucional<sup>475</sup>; es por este motivo que como nos indica el propio Guastini<sup>476</sup>, a partir del concepto de Constitución dominante, se considera que existen límites lógicos (no contingentes, necesarios, intrínsecos a cualquier Constitución) al poder de reforma constitucional<sup>477</sup>, o como señala Belda<sup>478</sup>, aunque algunas Constituciones, como la colombiana o la española, no mencionen expresamente elementos intangibles excluidos de una posible reforma, hay que volver la vista hacia el resto del articulado que forma el sistema completo, para descubrir el “alma” de esa norma, la cual no puede ser nunca reformada, dado que en el momento en que la misma se vea afectada, en realidad se estará subvirtiendo el espíritu constituyente. Y es que, como continúa señalando Belda<sup>479</sup>: existe un límite sustancial y de fondo, aunque abierto e inconcreto, a la reforma de cualquier Constitución, pues dicha reforma ha de respetar las bases del concepto de *constitución democrática* vigente. En síntesis, como nos dice Garzón Valdés, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, en tanto “éticamente impuestos<sup>480</sup>”: “constituyen el núcleo no negociable de una Constitución democrático-liberal (...) vale – en consecuencia - la prohibición de reforma – sobre los mismos –<sup>481</sup>”. Es por ello, en definitiva, que Cortes como la colombiana (o la italiana<sup>482</sup>) entienden que, incluso en

---

<sup>475</sup> Por supuesto, este argumento tiene sus puntos débiles. Fundamentalmente destaco como se trata de un argumento contingente, pues, en última instancia, es directamente dependiente de nuestros usos lingüísticos actuales del concepto de Constitución.

<sup>476</sup> GUASTINI, 2010: 100-102.

<sup>477</sup> Quizá, aunque desde una perspectiva diferente a la que he sostenido en el cuerpo del texto, conviene recordar el planteamiento o argumento de SCHMITT, 1982: 120-122, en referencia a que dentro de cualquier Constitución existen normas que expresan las “decisiones políticas fundamentales” del poder constituyente, y las mismas, consideraba SCHMITT, deben ser entendidas como intangibles; por lo que cualquier reforma que “desnaturalice” los mismos debe ser comprendida, en realidad, como una suerte de “supresión” de la Constitución.

<sup>478</sup> BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2012.

<sup>479</sup> BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2012.

<sup>480</sup> HIERRO, 2011.

<sup>481</sup> GARZÓN VALDÉS, 1993: 644, citado por HIERRO, 2011 (véase también HIERRO, 2016: 195 y ss.). Puede citarse también la visión de FIORIVANTI, 2001: 149 y 162, según la cual, al menos desde la Constitución alemana de Weimar de 1919, el conjunto de normas o principios constitucionales mediante las cuales se reconocen por parte del poder constituyente los derechos civiles, políticos y sociales, articulan un verdadero y auténtico núcleo fundamental de toda Constitución, de manera que representan el aspecto más esencial y en definitiva irrenunciable de cada Constitución.

<sup>482</sup> Sentencia de la Corte Constitucional italiana 1146/1988. La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana parece suponer el siguiente razonamiento – sintetizado por el mismo Ricardo Guastini y reseñado por múltiples autores, a título de ejemplo FERRAJOLI, 2012 a -: i) es necesario distinguir entre la reforma de la Constitución existente y la instauración de una nueva Constitución; ii) el poder de reforma, en cuanto poder constituido, no puede extenderse hasta la instauración de una nueva Constitución; iii) la reforma, a diferencia de la instauración, supone que la Constitución existente conserve su identidad; iv) la Constitución no es un simple conjunto de normas, sino que es una totalidad cohesionada de principios y valores; en suma, su identidad reside en dichos principios y valores; v) en consecuencia, una reforma que tocara los principios supremos no implicaría una genuina reforma, puesto que, desde un punto de vista sustancial sería la instauración constitucional camuflada como reforma; f) por lo anterior, la reforma de los principios y valores que caracterizan a la Constitución está prohibida.

ausencia de cualquier prohibición explícita en ese sentido, el poder de reforma constitucional no es competente para tocar ciertos contenidos de la Constitución, entre los cuales ocupan un lugar preeminente los derechos y libertades fundamentales.

Por lo tanto, en síntesis, puede señalarse que dada la visión actual que observa a los derechos y libertades constitucionales como reconocidos, esto es, previos y/o externos, y no como creados o conferidos por el poder constituyente, y habida cuenta en el concepto de Constitución vigente, según nuestros actuales usos lingüísticos, con independencia de que Constituciones como la española o la colombiana no contemplen límites materiales a su reforma, la misma no puede tener cualquier contenido; no puede suprimir el catálogo de derechos y libertades constitucionales (así como tampoco el aludido principio de división y/o separación de poderes, ni las bases del Estado de Derecho).

Pues bien, todo lo anterior nos arroja un amplio elenco de dudas. Sin pretender ser exhaustivo al respecto, apuntaré dos de ellas:

- (i) Con independencia que entendamos que determinados contenidos constitucionales, por ser considerables como esenciales - esto es, como elementos definatorios o necesarios según nuestro concepto de Constitución - resultan no reformables, la pregunta que es necesario contestar es: ¿cuáles son los límites que una reforma ha de respetar para que pueda legítimamente prosperar? O formulado de otra manera ¿cuáles son las condiciones necesarias y suficientes que un intento de reforma ha de satisfacer para que consideremos que la misma es inviable por *afectar* a dicho contenido esencial?
  
- (ii) Desde una perspectiva democrática, ¿es legítimo que un grupo de jueces tengan la capacidad o competencia (en muchos casos, no expresamente atribuida por el texto constitucional) para decidir qué debe considerarse, o no, como una sustitución a la Constitución, y que su opinión prevalezca frente a la de nuestros representantes democráticos, o incluso frente a millones de ciudadanos que han expresado su opinión al respecto mediante referéndum?

Estos son, sin género de duda, dos interrogantes o cuestionamientos que nos obligan a repensar cual *debe ser* el papel que los jueces tienen que desempeñar respecto de aquellos elementos constitucionales considerados como intangibles; en definitiva, son dos interrogantes que llevan a cuestionarnos de un modo directo, sin atenuantes posibles, cuáles son los límites de la intervención legítima de los jueces en este extremo. Analizar este aspecto con cierta pretensión de exhaustividad o de rigor, no obstante, requeriría de un desarrollo específico que me llevaría mucho más allá de las tesis que tengo por objetivo asentar con este capítulo. Por ello, simplemente, me limitaré a realizar una exposición sintética de algunas de las intuiciones que sostengo acerca de cuál *debe ser* el papel de los jueces, y cuál *puede ser* de hecho, en escenarios de reforma constitucional – en materia ius-fundamental -.

¿Qué puede significar el *afectar* al contenido esencial de una Constitución? Creo, en primer lugar, que de nuevo resulta importante distinguir entre la “forma – o texto - constitucional” y la “Constitución”. En este sentido, apuntaba en el primer capítulo, podemos comprender como la redacción de un texto constitucional – en el que se contiene expresamente una dimensión axiológica o valorativa leída en sus correspondientes términos de deberes y obligaciones (deberes constitucionales), de principios y directivas dirigidas al conjunto de los poderes constituidos – supone el instrumento primario del constitucionalismo como proyecto político para tratar de materializar el objetivo de llegar a “vivir en Constitución”, es decir, para tratar de llegar a la *práctica* de los valores y fines del constitucionalismo<sup>483</sup>. Así, nuestros constituyentes reconocen una serie de fines y valores, de principios (reconocimiento del que subsigue su positivización) con el objetivo de garantizarlos – por escrito y rígidamente – para que lleguen a ser practicados o realizados. Pero, obvia decir, los mismos pueden ser reconocidos y positivizados de muy diversas maneras. Así, partiendo que no debe confundirse el instrumento – el texto o forma constitucional – con el objetivo – la práctica o el respeto de los valores y fines del constitucionalismo -, la propia noción de lo que supone una Constitución parece no poder equipararse, sin más o simplemente, con el texto constitucional. Esto, en mi opinión, nos debe hacer comprender cómo, en consecuencia, parece que no cualquier cambio, modificación o reforma que se efectúe sobre el texto constitucional, sobre la forma positiva en la se reconocen nuestros derechos y libertades fundamentales, debe hacernos

---

<sup>483</sup> AGUILÓ, 2001; LUCAS VERDÚ, 1997: 43 y ss; NINO, 1992: 2 y ss.

afirmar que implica, *per se*, una afectación *prima facie* prohibida del núcleo básico o del contenido intangible de una Constitución. En otros términos, no resulta una hipótesis descabellada, antes, al contrario, la que consiste en afirmar que no cualquier modificación o reforma de una o más disposiciones a través de las cuales aparecen reconocidos por expreso los principios constitucionales implica afectar, de manera ilegítima, al contenido esencial de los mismos. Puede suceder que, con esto último, simplemente se utilice el instrumento de forma distinta, es decir, que se trate de garantizar o reconocer a un mismo principio de un modo distinto a como aparecía en la disposición normativa objeto de reforma; porque se considere, simple y llanamente, que el anterior reconocimiento, la anterior positivización, del principio en cuestión, por el motivo que fuere, era insuficiente, fragmentaria o poco adecuada para el objetivo de lograr materializar el mismo. Creo que es en esta línea en la que adquieren sentido las siguientes palabras de Ferreres: “las reformas constitucionales deben verse como mejoras – como “enmiendas” - que se introducen precisamente para respetar de modo más auténtico los principios fundamentales que la Constitución originaria aspiraba a realizar y que se especificaron en un conjunto de normas constitucionales que con el tiempo pueden relevarse imperfectas o devenir inadecuadas al proyectarse sobre un contexto histórico distinto del que alumbró la Constitución<sup>484</sup>”. Por ello, cabe concluir, puede sostenerse con pretensión de éxito la hipótesis de que la mayor parte de reformas – en materia ius-fundamental - vienen a efectuarse, o al menos debemos presuponer que vienen a efectuarse, con el objetivo de “enmendar” el texto constitucional, para lograr hacer respetar “mejor” los principios reconocidos.

Es por ello que, en segundo lugar, debe volver a traerse a colación algo de lo expuesto en el anterior capítulo: nuestras Constituciones – en sus partes dogmáticas o sustantivas - son abiertas, entre otros extremos, porque están repletas de conceptos valorativos (expresados a través de principios). Es decir, nuestras Constituciones materializan su alto nivel de abstracción, básicamente, porque reconocen conceptos - sin detallar ninguna concepción en particular sobre los mismos -. Es así que, teniendo esto último en mente, adquieren sentido estas otras palabras del propio Ferreres: “en condiciones de normalidad política, una ley de reforma no va a decir “queda derogado el principio de dignidad de la persona”, o “queda derogada la democracia”, por ejemplo.

---

<sup>484</sup> FERRERES, 1997: 234. Y, continúa señalando: “Si la reforma no respeta esos principios fundamentales, no puede considerarse válida desde el punto de vista de la Constitución”.

(...). En condiciones de normalidad (...) la reforma no declarará explícitamente derogado el principio de dignidad o el principio democrático. Introducirá alguna norma más específica cuya compatibilidad o no con los principios abstractos intangibles será una cuestión controvertida (...) <sup>485</sup>”.

Pues bien, asumiré aquí por válida la hipótesis de Ferreres, según la cual en condiciones de *normalidad política* cualquier reforma constitucional debe ser observada, *prima facie*, al modo de *enmienda* al texto constitucional, con el objetivo de garantizar de mejor manera los propios principios constitucionales reconocidos e, igualmente, al modo de *concreción*, es decir, de expresa introducción de una concepción en particular sobre el concepto constitucional en cuestión – “dignidad”, “trato inhumano o degradante”, “libertad”, “igualdad”, etc. -<sup>486</sup>. Por ello, cabe entonces preguntarse cuál es el papel que le corresponde desempeñar al juez constitucional sobre este tipo de modificaciones constitucionales; o, formulado con otros términos, cuál es el ámbito legítimo de actuación del juez constitucional ante tal tipo de reformas constitucionales. Pues bien, creo que no nos queda más que sostener que la actuación del juez constitucional sobre este extremo debe ser sensiblemente cautelosa, moderada o (auto)restringida. En particular, dos consideraciones: (i) “enmendar” y “concretar” la forma en la que se viene a reconocer el contenido esencial que haya de respetar toda Constitución no puede observarse, en modo alguno, como afectar ilegítimamente a dicho contenido. En todo caso, debe observarse como una medida política “permisible” y, a su vez, evaluarse el acierto o equivocación de la misma en base a las circunstancias fácticas concretas de cada momento histórico; siendo, esto último, una decisión enteramente perteneciente a la esfera de la oportunidad o discrecionalidad política; (ii) no puede perderse de vista como en la mayor parte de nuestros marcos constitucionales se establecen requisitos costosos o muy costosos para proceder con cualquier reforma en materia ius-fundamental. Por ejemplo, en el caso de la Constitución española se establece, en su artículo 168, un triple requisito a tal extremo: exigencia de súper mayorías, cláusulas de enfriamiento y referéndum de ratificación. Por ello, una vez asumido por el poder político el coste de tales requisitos, parece resultar enormemente cuestionable que el juez constitucional detente algún grado de legitimidad al punto de llegar a “paralizar”, impedir, tal reforma; siempre y cuando la misma sólo

---

<sup>485</sup> FERRERES, 1997: 238-239.

<sup>486</sup> Todo esto con independencia de que nos pueda parecer más o menos adecuada esta técnica de redacción constitucional (que, de generalizarse, nos iría adentrando peligrosamente en el terreno de una Constitución de “detalle” con todas las contradicciones y potencialidades negativas que ello implicaría).

pueda ser entendida como enmienda o concretización del núcleo esencial de la Constitución.

Desde la perspectiva recién expuesta, no he hecho sino tratar de argumentar como en momentos de normalidad política cualquier reforma constitucional debe ser comprendida, en principio, como tal, en tanto venga a pretender reconocer en mejor manera los principios constitucionales intangibles o esenciales y/o a determinar de un modo más preciso sus exigencias, por lo que, en consecuencia, el papel que debe desempeñar el juez constitucional al respecto debe ser sensiblemente cauteloso, moderado. Ahora bien, ¿qué ocurre en situaciones de anormalidad política? Imaginemos, por hipótesis, que el órgano reformador, de un modo más o menos expreso, tuviera como objetivo último de la “modificación” de la Constitución el suprimir o el abolir principios como el de la libertad religiosa o el de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes; ¿cuál debería ser el papel del juez constitucional ante tales escenarios? No parece quedar otra alternativa que la consistente en afirmar que, en tales casos, el juez constitucional *debe* prohibir, obstaculizar, impedir la reforma; al pivotar la misma sobre elementos intangibles que toda Constitución ha de respetar. Como expondré a continuación, correctamente entendidas las cosas, este rol que debería desempeñar el juez constitucional no sólo se justifica en base a nuestra conceptualización actual de lo que sea una Constitución, sino en base a las propias exigencias o fundamentos de toda forma de gobierno democrática. Ahora bien, descendamos al plano de la realidad, ¿cuál *puede ser de hecho* el papel que el juez constitucional puede desempeñar en estas situaciones de anormalidad política? Vuelvo a traer a colación, a modo de ejemplo, las exigencias formales preceptivas para cualquier reforma en materia ius-fundamental estipuladas en el sistema constitucional español: súper mayorías, cláusulas de enfriamiento y referéndum. Ahora, supongamos que se han cumplido tales (costosos, costosísimos) requisitos en pro de una reforma que pretende abolir, erradicar, derechos como los mencionados: la libertad religiosa o el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes<sup>487</sup>. ¿Cabe en algún modo pensar que un grupo de jueces podría actuar como dique frente a tan grande voluntad

---

<sup>487</sup> Aunque este escenario pareciera ser más bien un caso de “laboratorio”, pues, si el legislador democrático pretende “abolir” derechos y libertades fundamentales, estará subvirtiendo hasta tal punto el “espíritu” constitucional, que no parece tener mucho sentido pensar que tal legislador estará por la labor de cumplir con los cauces procedimentales que la propia Constitución establezca para su reforma. En tales casos de “anormalidad” política, de nuevo, no cabe sino ser realista con el papel que podría desempeñar el juez constitucional, el mismo tendría “nulo” poder para frenar tal voluntad política o para proteger el contenido esencial de la Constitución.

política? Responder afirmativamente a esto último, en mi opinión, sería tan ingenuo como pretender parar un tsunami oponiendo unos cuantos sacos de arena. Me temo, pues, que llegados a este punto no cabe sino volver a traer a colación las anteriormente expuestas reflexiones de Elster: el límite a la propia idea del precompromiso constitucional resulta ser que el mismo puede no permanecer inalterable para siempre.

Una vez expuesto lo anterior, y para concluir el presente capítulo, me ocuparé de dar cuenta del siguiente problema: con independencia de cuál deba ser el papel del juez constitucional – y de la justificación del mismo – en relación con el contenido esencial de cualquier Constitución contemporánea, ¿cómo hacer casar la propia idea de intangibilidad del mismo con los principios que operan como fundamentación a nuestras formas de gobierno democráticas? En otros términos, ¿Cómo congeniar las exigencias conceptuales que derivan de nuestros actuales usos lingüísticos asociados al término Constitución con las exigencias propias de una forma de gobierno democrática?

#### **4.2. Algunas posibles respuestas frente a las objeciones a la intangibilidad constitucional.**

Acabo de señalar como, con independencia de que nuestros textos constitucionales lo contemplen o no expresamente, existen, esencialmente por razones conceptuales, límites materiales al poder de reforma constitucional. Ahora bien, y en definitiva, si el ideal democrático del autogobierno colectivo exige que todos los temas, asuntos y cuestiones estén a disposición de la deliberación y decisión pública, ¿cómo podemos limitar la posibilidad de la reforma constitucional sin atentar al corazón mismo de ese ideal?

Ésta, como podrá apreciarse con facilidad, constituye una cuestión de no poca trascendencia práctica e importancia, que hace que la OCM frente al constitucionalismo rígido contemporáneo adquiera una especial dimensión. Es amplio el elenco de respuestas que se han dado a este interrogante. Aquí voy a ocuparme de la que, a mi juicio, viene a tener más visos de aceptabilidad: es la que consiste en resaltar el valor democrático de una genuina (según los usos lingüísticos actuales) Constitución. Esa respuesta se ha articulado de diferentes maneras. Creo que tales argumentaciones, sintetizando, pueden reconducirse a las dos siguientes<sup>488</sup>:

---

<sup>488</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 201 y ss.



En primer lugar, podría aducirse que en realidad el documento constitucional ha sido aprobado por un poder constituyente democrático: esto es, que el poder constituyente original alcanzó un consenso amplio en un momento histórico excepcional. Podría decirse que fue democrático si la asamblea constituyente nació de la elección de los ciudadanos y/o si el texto constitucional fue refrendado por la ciudadanía. Pero incluso, para algunos, puede afirmarse el origen democrático de la Constitución si, aunque no fuera aprobada por una asamblea constituyente legitimada mediante sufragio universal y/o refrendado su texto, el constituyente actuó respetando al consenso de la sociedad existente en relación con las materias que se constitucionalizaron en representación fiel del espíritu o voluntad general. Sin embargo, es un hecho notorio que, en propiedad, únicamente algunas de las Constituciones contemporáneas pueden presumir de “legitimidad democrática de origen”, sea el caso de la italiana o la española, por citar un par de ejemplos, que fueron aprobadas mediante *referéndum* o por asambleas constituyentes electas por los ciudadanos. Pero, este no es el caso, por ejemplo, de Constituciones vigentes como la alemana o la japonesa, que constituyen el producto directo de unos acuerdos realizados bajo la supervisión de potencias extranjeras<sup>489</sup>, o la estadounidense o mexicana, que son producto de revoluciones remotas y de las cuales casi nadie podría afirmar que nacieron en un contexto democrático, no, al menos, tal y como lo entendemos en la actualidad. Ello no viene a implicar sino que el argumento de que las Constituciones contemporáneas son producto o expresión de los acuerdos o consensos democráticos, en realidad, no resiste el test de la prueba fáctica si pretendemos universalizarlo<sup>490</sup>.

Pero, cabría advertir cómo, incluso en el caso de que nos encontremos con Constituciones que ostentan legitimidad democrática de origen, ello, en realidad, no es suficiente para escapar al problema planteado. En efecto, esa misma legitimidad democrática generada por el consenso en torno al texto constitucional podría reproducirse en otros momentos constituyentes o procesos de reforma constitucional. Luego, este argumento no nos permite excluir la posibilidad de llevar a cabo tal tarea en nombre, precisamente, del argumento democrático de la voluntad de la mayoría. Además, resultaría poco fructífero porque, como nos dice Laporta<sup>491</sup>, aquellos que enarbolan la

---

<sup>489</sup> FIORIVANTI, 2001: 160.

<sup>490</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 233.

<sup>491</sup> LAPORTA, 2007: 222. Aunque para Laporta esta tesis no resiste la prueba de la reducción al absurdo pues, llevada a sus últimas consecuencias, cada vez que un nuevo miembro se incorpore a la comunidad política sería necesario someter todas las reglas que rigen la vida de la misma a su consideración.

OCM bien podrían esperar unos años, una generación, y apelar a que el documento constitucional es una imposición externa, heterónoma o no democrática, en el sentido de que estaría en tensión con el ideal del autogobierno (democrático) de todos los ciudadanos del presente o, tal vez, si se comparte el enfoque de Marmor, ni tan sólo haría falta esperar unos años o una generación para enarbolar la OCM, puesto que: “incluso si la Constitución es nueva, esta pretende obligar a generaciones futuras. Es esta intención o razón de ser de las Constituciones, de imponer limitaciones constitucionales para el futuro lejano lo que es problemático, por lo que en realidad no importa la antigüedad de la Constitución<sup>492</sup>”.

Otro posible argumento, en segundo lugar, consiste en señalar que, independientemente de que ostente o no un origen democrático, el texto de una – genuina – Constitución contiene las normas que instituyen la democracia, o que resultan necesarias para el desarrollo democrático. Según este segundo argumento, pues, lo importante es que la Constitución crea o confecciona las bases necesarias para la propia democracia. Por ello mismo, la Constitución presenta un valor democrático. Así, según esta tesis, el propio proceso democrático es posible porque se encuentra jurídicamente delimitado por la Constitución, por ello, garantizando la vigencia de la Constitución estaremos garantizando la propia democracia. Paradójicamente, entonces, el valor democrático de la Constitución reside en que ésta constituye un límite para el proceso democrático que permite su desarrollo. El argumento, en consecuencia, puede sintetizarse del siguiente modo: a pesar de que los padres constituyentes pertenecen a una generación pasada (a la de los muertos), la Constitución sigue presentando un alto valor democrático porque deviene un instrumento para proteger a la democracia de la democracia misma (de las decisiones de la generación de los vivos)<sup>493</sup>.

Creo que puede apreciarse con cierta facilidad que esta segunda articulación del argumento que apela al valor democrático de una Constitución parece tener más visos de

---

<sup>492</sup> MARMOR, 2015: 46.

<sup>493</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 233 y ss. En este sentido, como señala MARTÍ, 2006: 288-289, uno de los argumentos que se han utilizado en favor de la rigidez constitucional, de manera principal desde el constitucionalismo liberal, es el de considerar que la Constitución establece cuál es el ámbito de decisión de los órganos legislativos y protege determinados elementos (formales, pero también materiales o sustantivos) que son necesarios para el propio funcionamiento de la democracia, de modo que por razones conceptuales ningún procedimiento democrático puede revisar tales elementos, lo cual justifica la rigidez constitucional de los mismos. En este sentido, por ejemplo, ver: RAWLS, 1993 y 199; TRIBE, 1980; DAHL, 1992; FREEMAN, 1990; SUNSTEIN, 1993; SCHAUER, 1994; FERRERES, 1997; MORESO, 2009; FERRAJOLI – entre otros – 2011 d.

aceptabilidad que el primero de los esbozados. De este modo, podría decirse, el establecimiento o contemplación de límites materiales al poder de reforma constitucional no únicamente vendría vinculado a la satisfacción de las exigencias conceptuales propias de nuestros usos lingüísticos contemporáneos acerca del correcto empleo del término Constitución, sino también, y de manera igualmente central, al mantenimiento mismo del ideal democrático, de una genuina forma de gobierno democrática. Esto es, la OCM erraría al entender como “anti-democrático” el respeto a los límites materiales relativos al poder de revisión constitucional. ¿Resulta esta una tesis plausible? Pues bien, a mi juicio, al menos parcialmente, sí. Trataré de exponer del modo más sintético posible el porqué.

#### **4.2.1. La protección de la democracia frente a la democracia.**

Para muchos, la democracia, en la medida en que “simplemente” constituye una de entre las tantas formas de gobierno posibles, sólo puede ser entendida como formal o procedimental<sup>494</sup>. Como indiqué al comienzo del trabajo, y por las razones entonces expuestas, ésta me parece la mejor manera de reconstruir lo que significa la democracia o la mejor manera de comprenderla. Ahora bien, el hecho de que deba ser calificada como formal o procedimental, no implica negar, a su vez, el hecho de que la democracia sólo es posible cuando determinados derechos fundamentales se encuentran garantizados. Es por ello que, si por ejemplo acudimos a Salazar Ugarte, podemos decir que “esta dimensión material del constitucionalismo (que reconoce tales derechos fundamentales) no debe interpretarse como una limitación de la autonomía política de los ciudadanos, sino como una precondition para que sea posible el ejercicio mismo de la autonomía política<sup>495</sup>”. Podemos concluir así que tomarse en serio a la democracia implica aceptar la posibilidad de restricciones a las decisiones democráticas, esto es, que sin tales limitaciones la democracia (formal) moderna sería imposible<sup>496</sup>.

Desde esta visión, este es el motivo por cual, si queremos conservar a la propia democracia, debemos reconocer la legitimidad de ciertos límites al poder de reforma constitucional; en tanto se entienda que tales límites pivotan en torno a las condiciones y preconditiones de la democracia, es decir, en torno a los prerequisites que hacen de tal

---

<sup>494</sup> Aunque, como indico en el cuerpo del texto y se expuso en el segundo capítulo, para que la misma tenga sentido y ostente algún valor o fundamento han de respetarse una serie (un decálogo) de condiciones tanto formales como sustanciales o materiales.

<sup>495</sup> Como señala SALAZAR UGARTE, 2006: 265

<sup>496</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 266-267

ideal democrático un ideal a respetar y viable. Así, el poder democrático, para poder seguir siendo democrático, deberá aceptar, como si se tratara de una autolimitación, siendo en este sentido de nuevo pertinente acudir a la idea del precompromiso o del vínculo preventivo, el respeto de los - de algunos - derechos y libertades fundamentales; derechos y libertades que deben ser observados como si, en términos de Garzón Valdés, de un coto vedado se tratara<sup>497</sup>, o, en términos de Ferrajoli, como si de una esfera de lo indecible estuviéramos hablando<sup>498</sup>. Ahora bien, ¿cuáles son tales derechos y libertades que vienen a constituirse en condiciones y precondiciones democráticas? Para tratar de responder a este interrogante volveré a caminar junto a Bovero, pues este autor ha sido el principal impulsor, en nuestros días y en nuestro ámbito (no anglosajón, si se lo quiere definir por exclusión), de mencionada visión de la democracia.

Así, tal y como se expuso en el anterior capítulo, toda forma de gobierno democrática exige de la satisfacción o respeto, en primer lugar, por determinadas condiciones que hacen posible la misma. Igualmente, se expuso con Bobbio un intento de estipulación de tales condiciones, que deben ser observadas como connotados de la forma de gobierno democrática que derivan de la interpretación correcta de su naturaleza, fundamento y de su función<sup>499</sup>. Tales connotados se traducen en forma de reglas: las reglas del juego democrático. Las mismas, son las siguientes: i) todos los ciudadanos sometidos al Ordenamiento Jurídico también deben contar con el derecho-poder de contribuir a la formación del propio Ordenamiento; ii) todos los votos deben tener igual peso; iii) debe existir el pluralismo en la información para que la opinión de los ciudadanos no pueda ser manipulada y/o distorsionada; iv) así como el pluralismo político en sentido estricto, otorgando al ciudadano la posibilidad de elegir entre una pluralidad real de alternativas; v) tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas debe valer la regla de la mayoría; vi) se prohíbe, en sentido estricto, cualquier decisión que atente contra las otras reglas del juego y, en sentido amplio, – entre otros extremos<sup>500</sup> - la violación de los derechos fundamentales que operan como precondiciones para dotar de sentido a las restantes reglas del juego democrático; esto es, se prohíbe que los mismos sean disponibles para el poder de la mayoría<sup>501</sup>.

---

<sup>497</sup> GRAZÓN VALDÉS, 2005: 112-113

<sup>498</sup> FERRAJOLI, 2011 a, 2011 b, 2011 c, 2011 d, 2012 a, 2012 b o 2014.

<sup>499</sup> BOVERO, 2006: 31-32. Ver también, BOVERO, 2011.

<sup>500</sup> BOVERO, 2008.

<sup>501</sup> BOBBIO, 1999: 381. Ver, BOVERO, 2011. Recordemos que para Bovero esta formulación general relativa a la sexta regla del juego democrático puede ser precisada estableciendo un elenco de cinco

Pues bien, si las reglas del juego democrático constituyen las condiciones mismas de toda forma de gobierno democrática, algunos derechos fundamentales vendrían a constituir sus precondiciones. Así, tales derechos vendrían a constituirse como el presupuesto necesario para el correcto funcionamiento de los mismos mecanismos procedimentales que caracterizan a un régimen democrático<sup>502</sup>. Ahora bien, como resulta fácilmente constatable, en modo alguno resulta sencillo establecer un elenco exhaustivo de cuáles deban ser en particular tales derechos, tales precondiciones, aunque puede plausiblemente pensarse que han de tener la naturaleza de derechos de libertad y de derechos sociales. No obstante estas dificultades, intentaré exponerlos a continuación.

En todo caso, resulta importante señalar que cabe entender por “Constitución democrática” aquella que satisfaga las condiciones de la democracia, esto es, que contemple como derechos constitucionales los derechos de participación política, tal y como están previstos en las dos primeras reglas del juego democrático, que garantice las condiciones del pluralismo político, para permitir de este modo un correcto ejercicio de los propios derechos políticos e, igualmente, las normas relativas a la esfera de aplicación del principio de la mayoría (tanto para las elecciones cuanto para la adopción de decisiones públicas). A su vez, como señala el propio Bovero, puede entenderse por “democracia constitucional”, en sentido estricto, a la forma de gobierno en la que los órganos de gobierno se encuentran sujetos o explícitamente vinculados al respeto por las reglas del juego democrático y, también, por la garantía de ciertos derechos fundamentales, básicamente, los derechos de libertad y a los derechos sociales<sup>503</sup>.

---

imperativos que vendrían a corresponderse con otras tantas condiciones sustanciales (esto es, no formales) de salvaguarda de la democracia. Las mismas son las siguientes: i) la prohibición de cualquier decisión orientada a abolir las otras reglas del juego, esto es, las condiciones formales de la democracia; ii) la prohibición de volver vanas (vacías o inútiles) las otras reglas del juego, limitando o aboliendo los derechos fundamentales de libertad individual, personal de opinión, de reunión o de asociación que constituyen las precondiciones liberales de la democracia; iii) la obligación de los poderes públicos de volver efectivo el goce universal de estas mismas libertades, a través de la garantía de algunos derechos fundamentales ulteriores que se constituyen en las precondiciones sociales de las precondiciones liberales de la democracia, puesto que las cuatro grandes libertades de los modernos, tal y como las rotuló Bobbio, estarían de facto reducidas a meros privilegios de algunos si no estuvieran garantizados para todos el derecho social a la educación pública gratuita y el derecho a la subsistencia; iv) la prohibición de violar las precondiciones constitucionales de la democracia, en específico, los principios de separación y equilibrio de los poderes del Estado, prohibición que se impone para asegurar las técnicas jurídicas idóneas para evitar o prevenir el despotismo; v) la prohibición de la concentración de los tres poderes sociales: el poder político, económico y el ideológico. Estos cinco imperativos pueden considerarse implícitos a la sexta regla del juego democrático. De esta manera, se delinea un decálogo de condiciones de la democracia, cinco formales y cinco sustanciales. Ahora, sin embargo, no me detendré a examinar la totalidad de este decálogo.

<sup>502</sup> BOBBIO, 1999: 400.

<sup>503</sup> BOVERO, 2006: 35-36.

Pues bien, en mi opinión, resulta bastante claro el hecho de que, desde un punto de vista conceptual, acorde a referidos usos lingüísticos actuales, no resulta problemático decir que no puede afirmarse la existencia de una Constitución si la misma no cumple los requisitos para caer bajo el rótulo de “Constitución democrática”, esto es, si la misma no garantiza, al menos, aquellos derechos fundamentales que reconocen y protegen los derechos básicos de participación política (junto a las condiciones para el pluralismo político y para la aplicación del principio de la mayoría). Del mismo modo, a mi parecer, y aunque esto sea menos pacífico, puede afirmarse que no resulta posible la existencia, subsistencia o perduración de una forma de gobierno democrática, que realmente en nuestros días merezca tal calificativo, si la misma se constituye en una democracia no constitucional. Por ello, debe reconocerse por *necesidad lógica* que la autonomía política de los ciudadanos, esto es, el ejercicio de su poder soberano, debe estar limitada por el reconocimiento de algunos derechos fundamentales<sup>504</sup>. Y es que, en efecto, desde el punto de vista conceptual, una democracia no constitucional equivale a un régimen en el que las condiciones de la democracia carecen de la protección jurídica que un Estado constitucional de Derecho otorga a las mismas; ausencia de protección que no podría impedir la posibilidad de que una eventual mayoría pueda volverse una mayoría “usurpadora”<sup>505</sup>. Del mismo modo, una democracia no constitucional carecería de toda garantía para sus precondiciones, es decir, para los derechos de libertad y los derechos sociales que deben ser respetados y/o satisfechos para “garantizar el desarrollo de un juego democrático no viciado de sentido”<sup>506</sup>. Es por ello que puede afirmarse que una democracia no constitucional, esto es, una democracia sin protecciones y garantías adecuadas para las condiciones y precondiciones de la misma: i) por un lado, resulta frágil, ya que nada impide que pueda convertirse o transformarse en una forma de *despotismo*; ii) y, por otro lado, resulta una *democracia aparente*, en tanto el juego político parece desarrollarse según las reglas del juego democrático, pero las mismas adolecen de los presupuestos (precondiciones) para su correcto funcionamiento, esto es, en tanto el juego político se desarrolla conforme a las cinco primeras reglas del juego democrático pero no conforme a la sexta (a la regla de clausura, a la metarregla), interpretada en un sentido amplio.

---

<sup>504</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 264.

<sup>505</sup> BOVERO, 2006: 36.

<sup>506</sup> BOVERO, 2006: 36,

En efecto, no puede obviarse lo siguiente. La sexta regla del juego democrático supone una condición de *salvaguardia* o de *supervivencia* de la democracia: la limitación de un hipotético poder omnipotente de la mayoría<sup>507</sup>. Por ello señalaba que, como puede apreciarse, esta regla no se asemeja a otras: no es una regla procedimental sino de contenido. Lo que impone esta última regla es, en definitiva, una genuina condición para que la democracia no acabe suicidándose: o se respeta esta regla del juego o no puede seguir jugándose al juego democrático. Por eso, ésta vendría a prohibir, en sentido estricto, cualquier decisión que atentase contra las otras reglas del juego. Así, si no se garantiza, esto es, si no se constitucionaliza esta regla (indirectamente a través de la protección de las restantes reglas del juego democrático, entre las que destacan, de manera principal, los propios derechos políticos) la democracia acaba siendo inevitablemente frágil. Pero esta metarregla del juego democrático también se hace extensible, en un sentido amplio y entre otros extremos, a la protección de los derechos que se constituyen como precondiciones de la democracia: si el poder democrático desatiende, vulnera o ignora los derechos que se desempeñan como tales precondiciones, igualmente, debemos entender que se ha empezado a jugar a juego distinto al de la democracia: nos encontraremos ante una democracia aparente<sup>508</sup>.

Adicionalmente, puede decirse que si la forma de gobierno democrática constituye un ideal moralmente valioso es inconsistente autorizar a la colectividad para que decida abandonarla<sup>509</sup>. Como señala el propio Salazar Ugarte<sup>510</sup>, la democracia entendida al modo de autores como Waldron, al defender la omnipotencia de la mayoría (aunque, en honor a Waldron, quepa decir que esta afirmación requeriría de más de una ulterior matización adicional), está infestada de un cáncer mortal: la colectividad podría decidir por mayoría abandonar el régimen democrático para abrazar un régimen autocrático. Pues, resulta teóricamente posible decretar el carácter democrático de una decisión política que lleva hacia la autocracia, es decir, podemos calificar como democrática una determinada decisión en base a la cual se produzca un genuino suicidio democrático. Por lo tanto, en realidad, si entendemos y nos adherimos al valor moral de la democracia, y deseamos preservarla, se debe aceptar que la legitimidad de las decisiones democráticas depende en parte del respeto por algunos derechos fundamentales (los derechos básicos de

---

<sup>507</sup> BOVERO, 2006: 32-35.

<sup>508</sup> BOVERO, 2006: 41.

<sup>509</sup> BAYÓN, 2010.

<sup>510</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 250.

participación política) y por el resto de reglas del juego democrático. A su vez, si queremos dotar de sentido al propio juego, la forma de gobierno democrática debe, necesariamente, también respetar algunos otros derechos fundamentales (derechos calificables como de libertad y/o sociales).

Ahora bien, y pongamos que se acepta pacíficamente el listado de las reglas del juego democrático elaborado por Bobbio, el principal problema que se reproduce aquí es el que ya se esbozó: ¿cuáles son en realidad los derechos fundamentales que operan como precondiciones para dotar de sentido al juego democrático? Dar una respuesta a esta pregunta no es, desde luego, una cuestión fácil. Cualquier definición de los mismos, en efecto, resulta problemática, en el sentido de que siempre existirá controversia acerca del hecho de que se consideren unos u otros derechos conformadores de tales precondiciones, se los entienda de un modo “más amplio” o “más restringido”, etc. Por ello, en todo caso, cabe apuntar que cualquier intento de acotar el perímetro de tales derechos (precondiciones) resultará, quizá, un intento de carácter estipulativo (que será más o menos aceptable en función de las asunciones de las que se parta para delinear dicho perímetro). Ahora bien, apuntado esto, creo que el propio Bovero (y también Salazar Ugarte) elaboran o defienden un listado convincente sobre este extremo. Así, según tales autores, podríamos entender que las precondiciones democráticas vendrían satisfechas con la salvaguarda de los siguientes derechos:

En primer lugar, lo que Bobbio entendió como las “cuatro grandes libertades de los modernos<sup>511</sup>”, esto es;

- i) la libertad personal, es decir, el derecho a no ser detenido de manera arbitraria y de ser juzgado de conformidad con las leyes penales y procesales previamente definidas.
- ii) La libertad de imprenta, de opinión y/o de pensamiento.
- iii) La libertad de reunión.
- iv) La libertad de asociación, producto de la cual nacen los partidos políticos (y los sindicatos) y gracias a ellos la posibilidad de expresión de una sociedad

---

<sup>511</sup> Puede verse un análisis de las mismas en BOVERO, 2002 b: 90 y ss.



pluralista sin la cual parece no ser posible la existencia misma de la democracia<sup>512</sup>.

Para Bobbio, tales libertades básicas se constituyen como auténticas precondiciones de toda forma de gobierno democrática, puesto que constituyen vínculos necesarios para la autonomía política de los ciudadanos, dado que de otra forma no sería posible su ejercicio<sup>513</sup>. Sin ellas, parece claro, el juego procedimental de la democracia aparece vacío de sentido. Son, pues, requisitos imprescindibles para poder asentar los cimientos democráticos (y no entrar en el terreno baldío de una democracia aparente).

A estas cuatro grandes libertades defendidas por Bobbio, Bovero añade otros dos elementos a considerar como precondiciones de la democracia, esto es, como requisitos estrechamente vinculados al funcionamiento correcto y no vaciado de sentido del propio juego democrático:

- v) El derecho a la educación (del ciudadano), puesto sin que su derecho a la instrucción se encuentre garantizado y satisfecho parece vano asegurar a los individuos las condiciones objetivas de una elección libre.
- vi) El derecho a la subsistencia, dado que sin su garantía nos enfrentamos directamente con el peligro de que el ciudadano “quiera vender su voto, y sabemos que alguien siempre está dispuesto a comprarlo<sup>514</sup>”.

Estos dos últimos derechos deberían ser entendidos como las precondiciones sociales de las precondiciones (liberales) de la democracia (es decir, como las precondiciones sociales para que el ejercicio de las cuatro grandes libertades de los modernos no acabe siendo patrimonio exclusivo de unos pocos privilegiados<sup>515</sup>).

Pues bien, si vuelve a traerse a colación la sexta regla del juego democrático, la metarregla o regla de clausura, y si la entendemos en un sentido amplio, debe considerarse

---

<sup>512</sup> BOBBIO, 1999: 400

<sup>513</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 266.

<sup>514</sup> BOVERO, 2006: 48.

<sup>515</sup> Tal y como se señala en BOVERO, 2002 b: 50, “(...) se puede sostener (...) que a la democracia debería relacionársela también (...) con el adjetivo “socialista” (o “social”), porque sin una distribución equitativa de los recursos esenciales (de los “bienes primarios”), es decir, sin la satisfacción de los *derechos sociales* fundamentales que han sido reivindicados por los movimientos socialistas, las libertades individuales quedan vacías, los derechos fundamentales de libertad se transforman, de hecho, en privilegios para unos pocos, y su garantía pierde de esta manera el valor de precondición de la democracia”.

que debe resultar prohibida cualquier decisión de la mayoría que contravenga no sólo las restantes reglas del juego democrático sino que, igualmente, contravenga o convierta en vanos a los derechos que se constituyen como sus precondiciones; y ello debe extender del poder el “coto vedado” o de la “esfera de lo indecible” a cualquier poder mayoritario, incluyendo al poder de revisión constitucional<sup>516</sup>.

Por supuesto, ese coto vedado o esfera de lo indecible únicamente se encuentra *democráticamente justificado* cuando el mismo contiene las condiciones (reglas del juego) y precondiciones (las cuatro grandes libertades de los modernos, el derecho a la instrucción y de subsistencia) de la democracia. Esto es, no extiende su justificación democrática a todo el conjunto de los derechos y libertades habitualmente consagrados en nuestras Constituciones. En otros términos, sólo respecto de algunos derechos y libertades, los que constituyen las aludidas condiciones y precondiciones de la democracia, existe justificación democrática para que los mismos sean declarados como invulnerables por cualquier mayoría, incluyendo al poder de revisión o reforma constitucional, pero, no todos los derechos constitucionales entran, como puede apreciarse, en dicho coto vedado - así entendido - y, por ende, no existe una justificación democrática en tal caso para excluirlos a todos del mencionado poder de revisión constitucional.

Ahora bien, y en el terreno estricto de las precondiciones, ¿por qué puede decirse que sólo existe justificación democrática para excluir de una posible revisión constitucional a algunos derechos, como el de la libertad de reunión o asociación, o el derecho a la educación o subsistencia, y no a otros, como el derecho a la salud? Pues bien, aquí resulta interesante reproducir algunas de las palabras escritas por el propio Salazar Ugarte:

“Reconozco que esa línea de argumentación puede ser objeto de matices significativos. Por ejemplo: alguien podría argumentar que la salud es una precondición para el ejercicio de las libertades y para la participación democrática. Ciertamente, pero mi argumento va en el sentido de precisar cuáles son los derechos fundamentales que son precondiciones lógico-jurídicas para la existencia de un sistema democrático y no cuáles son las circunstancias concretas

---

<sup>516</sup> BOVERO, 2006: 48.

que habilitan a una persona para el ejercicio de sus derechos de libertad y políticos<sup>517</sup>”.

Sin embargo, por lo que se refiere a los derechos sociales que se constituyen como precondiciones, debo de confesar, me produce cierta perplejidad (o no termino de comprender) el porqué Bovero y Salazar Ugarte entienden por los mismos al derecho a la educación y a la subsistencia, y no a otros como el derecho a la salud. Es decir, no termino de entender cuál es el parámetro o criterio a seguir para entender que algunos derechos sociales deben ser observados como “precondiciones lógico-jurídicas” para la existencia de un sistema democrático, y no otros.

Y es que, en efecto, parece claro que si no se garantiza el derecho a una educación pública y de carácter universal, parece absurdo asegurar a los ciudadanos los derechos de libertad expuestos (de opinión, expresión, reunión, asociación, etc.), así como las condiciones objetivas de una elección libre; y, sin las mismas, las reglas del juego democrático, puede concluirse, parecen viciadas de sentido alguno. Del mismo modo, parece claro que si no se garantiza a todos la posesión de un *quantum* mínimo, el efectivo ejercicio de las libertades que deben ser entendidas como precondiciones para dotar de sentido a las reglas del juego democrático acaba convirtiéndose en una suerte de privilegio a disfrutar por unos pocos (o la amenaza de “vender” el voto al mejor postor parece evidente). En otros términos, parece claro como estos dos derechos se constituyen como genuinas precondiciones sociales de las, a su vez, precondiciones (liberales) del juego democrático.

Ahora bien, no termino de entender cómo puede excluirse de su consideración como tal a derechos como el referido derecho a la salud. En esta dirección, permítaseme un ejemplo: independientemente de que el ciudadano haya gozado de una educación que, por ejemplo, le permita aprovechar la oportunidad objetiva de elección libre y cuente con un *quantum* imprescindible para que no se vea obligado a “vender” el goce efectivo de su libertad de opinión o expresión, de reunión o de asociación (o incluso de su propio voto), no entiendo cómo pueden entenderse satisfechas las precondiciones sociales al ejercicio de los derechos de libertad que se consideran, propiamente, como las precondiciones de la participación en el juego democrático, si ese mismo ciudadano se encuentra gravemente enfermo y no puede costear o recibir un tratamiento médico. Supongamos que ese

---

<sup>517</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 266, nota al pie nº 4.

ciudadano sufre un cáncer, ante esta situación, parece evidente, en caso de no recibir el pertinente tratamiento, de *facto*, puede encontrarse ante la imposibilidad misma del ejercicio de sus libertades “políticas”. Pero incluso, si observamos con propiedad, no llego a comprender como el derecho a la subsistencia, entendido en un sentido amplio, no llega a abarcar la posibilidad de que todo ciudadano llegue a contar con un *quantum* mínimo suficiente (en caso de que se entienda que el derecho a la salud no debe ser garantizado como un derecho de acceso a un sistema sanitario público y universal) para poder costear el pertinente tratamiento médico con el que poder, al menos intentar, salvar su propia existencia. Es más, si justificamos como precondition social, de las en rigor precondiciones (liberales), de la democracia el derecho a la subsistencia para asegurar que el ciudadano pueda de hecho ejercer su libertad de opinión, expresión, asociación, etc., y no se vea obligado a “vender”, a “enajenar” el goce efectivo de tales libertades, por ejemplo, quedando completamente maniatado a la voluntad de un cacique, sencillamente, no se me ocurre situación de mayor vulnerabilidad ante la posibilidad de “enajenar” el goce efectivo de sus libertades que la de una persona que necesite recibir el tratamiento médico para asegurar su propia vida y no tenga opción alguna más que acudir, pongamos por caso, a la “beneficencia” del cacique o valedor correspondiente: la sumisión a la voluntad del mismo no puede sino considerarse como total; el disfrute de las libertades del ciudadano enfermo queda absolutamente alienada a la voluntad de dicho valedor, pues, pongamos por caso, resulta inimaginable que dicho ciudadano pueda ejercer su libertad a asociarse a un partido político que tenga como ideario la denuncia de la situación de sumisión caciquil que existe para con los ciudadanos de la región R.

Y es que, en efecto, o consideramos que el derecho a la salud, por seguir con el ejemplo, resulta garantizado o, simplemente, no entiendo cómo puede afirmarse que, en caso de que otros derechos sociales como el de la educación o la subsistencia se encuentren garantizados, se encuentran satisfechas todas las precondiciones sociales a las precondiciones (liberales) del juego democrático.

Creo que en realidad puede escaparse a todo este problema del siguiente modo: considerando el derecho a la subsistencia como una suerte de cajón de sastre en el que tienen cabida la mayor parte de los derechos sociales habitualmente constitucionalizados. Y es que, si la justificación del mismo en su consideración de precondition es la de asegurar a todos los ciudadanos el goce de las condiciones materiales que vuelvan a todos los individuos, como tales, capaces de ser libres, de poder ejercer de hecho aquellas

libertades que vienen a ser propiamente las precondiciones de un correcto juego democrático, no se me ocurre que dicho derecho no ampare, a su vez, derechos como el derecho a un “trabajo digno” (por ejemplo, contemplado en el artículo 40.2 de la Constitución española), pues, si la gran masa de trabajadores estuviera desamparada ante la necesidad de aceptar jornadas maratonianas de trabajo (de 12, 14, 16 horas diarias, sin descanso semanal, etc.) para poder garantizar su propia subsistencia, no se me ocurre como podrían darse las condiciones objetivas para que estén en capacidad de poder ejercer o disfrutar de las libertades expuestas. Del mismo modo, reitero, si no se consagra el derecho a la salud (o, al menos, se garantiza a todos un *quantum* mínimo necesario para poder costearlo) no se me ocurre peor escenario para que el ciudadano no se encuentre en la obligación de alienar el disfrute de sus propias libertades a la voluntad de posibles benefactores, algo análogo podría acontecer con el derecho a una vivienda, etc.

Ahora bien, el hecho de que considere aquí que el derecho a la subsistencia, como precondición democrática, en realidad está dando amparo a otros tantos derechos sociales (a la mayor parte de los que habitualmente aparecen estipulados en nuestras Constituciones), no debe hacernos perder de vista el que, a mi parecer, esta justificación democrática a la existencia de límites de contenido o materiales a cualquier reforma constitucional no se extiende a la totalidad de los derechos que aparecen formulados en nuestras Constituciones. En efecto, existen multitud de derechos que no tienen cabida o que no pueden reconducirse a los derechos de participación política, los derechos de libertad personal, de opinión y expresión, de reunión y de asociación, ni los derechos sociales; derechos como, por ejemplo, el derecho a contraer matrimonio (artículo 32 de la Constitución española) o el derecho a la herencia (artículo 33 de la Constitución española). Sobre los derechos de este tipo (esto es, no reconducibles a la categoría de condiciones o precondiciones democráticas), simple y llanamente, no existe justificación democrática alguna que ofrezca argumentos convincentes para apartarlos del poder de revisión o reforma, es decir, para no considerarlos propios de la esfera de toma de decisiones dentro del proceso democrático por mayoría (parafraseando a Ferrajoli, para no considerarlos dentro del “ámbito de lo decidible”).

En definitiva, desde la perspectiva que aquí he tratado de exponer, los derechos que vendrían a constituirse como condiciones y precondiciones a la democracia no equivaldrían a la totalidad de los que suele entenderse que el constitucionalismo está

llamado a proteger<sup>518</sup>. Como ha señalado el propio Bovero, en realidad, desde esta postura todo lo que se está diciendo es que los derechos que deben quedar garantizados, protegidos, para que un sistema político pueda ser calificado como democrático son sólo una parte (aunque, quepa decirlo, una parte no poco importante) de los que debería respetar un sistema político *globalmente justo*, en otros términos: la democracia no es el único ingrediente de justicia política<sup>519</sup>. Y, por ello, como señala Bayón, esta perspectiva tiene al menos la inapreciable virtud de plantear los problemas con claridad: nos presenta a la democracia sólo como uno de nuestros ideales políticos, no la identifica sin más con la justicia y permite, por ello, afirmar que un sistema denominable democrático puede producir resultados profundamente injustos; la democracia no acaba convirtiéndose así en un agujero negro en que tienen cabida todas las virtudes políticas.

Creo que esto, en parte, explica el hecho de que, por ejemplo, Salazar Ugarte venga a entender – algo aproximado a - que determinados contenidos constitucionales deben ser intangibles frente a la posibilidad de reformas ulteriores<sup>520</sup>, contenidos que vendrían dados por los derechos que se articulan como las condiciones y precondiciones de la democracia; mientras que no deberían quedar excluidos de la posibilidad de dicha reforma los restantes derechos constitucionalmente estipulados<sup>521</sup>. Sin embargo, en mi opinión, sobre este punto Salazar Ugarte está llevando a cabo una reducción injustificada respecto de los argumentos que plausible o aceptablemente pueden tener cabida para

---

<sup>518</sup> BAYÓN, 2010: 302.

<sup>519</sup> BOVERO, 2008 b: 258 y 260, n. 22; citado por BAYÓN, 2010.

<sup>520</sup> Salazar Ugarte, en propiedad, no defiende la prohibición de la reforma constitucional en sí, sino el establecimiento de un “coto vedadísimo” para las precondiciones y condiciones democráticas, y grados más moderados para el resto de derechos constitucionales. Pero, en realidad, no defiende la prohibición de la reforma constitucional para los derechos políticos, las cuatro grandes libertades de los modernos, el derecho a la educación y a la subsistencia, simplemente, a mi juicio, porque incurre en una equivocación. En su opinión, citando a Guastini, la prohibición absoluta de reforma de la Constitución es insostenible en un sentido lógico-jurídico: las cláusulas constitucionales que limitan o prohíben la revisión no prohíben la reforma de sí mismas, sino la modificación de otras disposiciones constitucionales. Sin embargo, a esta aseveración se le pueden oponer dos objeciones: i) en primer lugar, no resulta imposible o inimaginable que exista una prohibición expresa de reforma de las propias cláusulas constitucionales que limitan o prohíben la revisión o modificación constitucional. Es decir, esto es un hecho absolutamente contingente; dependerá, en última instancia, de lo que se establezca sobre este extremo en cada texto constitucional; ii) en segundo lugar, creo que Salazar Ugarte olvida que no es necesario la existencia de cláusula constitucional (expresa) alguna para entender prohibida la modificación de ciertas partes de la Constitución (de las partes esenciales), pues, como se ha expuesto en el cuerpo del texto, puede entenderse que existen límites lógicos, intrínsecos, no contingentes a la propia reforma, estén o no expresamente contemplados, por razones conceptuales.

<sup>521</sup> Por ello entiende que “por lo que se refiere a los demás derechos fundamentales, podemos considerar que la tensión queda significativamente atenuada: los ciudadanos pueden ejercer su autonomía y deliberar acerca de la prioridad, controversias y la pertinencia de estos derechos a través de instituciones como el poder de revisión constitucional que ha sido confiado a sus representantes”. SALAZAR UGARTE, 2006: 267.

justificar la intangibilidad de un derecho o libertad fundamental. Su argumento podría reconstruirse con la siguientes premisas y conclusión: i) determinados derechos constitucionales (los derechos políticos, las cuatro grandes libertades de los modernos y algunos derechos sociales) se constituyen en condiciones o precondiciones del juego democrático, y ello porque son necesarios para que el mismo sea viable, para que pueda perdurar y/o tenga sentido; ii) no todos los derechos constitucionales pueden ser observados como condiciones o precondiciones democráticas; iii) no existe, por ende, justificación democrática para que todos los derechos y libertades constitucionales se consideren intangibles al poder de reforma constitucional; iv) luego, no existe justificación alguna para que los derechos y libertades constitucionales que no se engloben en las condiciones o precondiciones democráticas sean entendidos como intangibles al poder de reforma constitucional. Pues bien, a mi parecer, este argumento no resulta aceptable. En efecto, creo que Salazar Ugarte olvida lo arriba señalado: los derechos que deben quedar garantizados, protegidos, para que un sistema político pueda ser calificado como democrático son sólo una parte de los que debería respetar un sistema político *globalmente justo*. La democracia no se identifica, sin más, con la justicia. Si se acepta esto, entonces, cabe concluir: que no exista una justificación democrática para considerar intangibles al poder de revisión constitucional derechos como el derecho a contraer matrimonio, no significa, sin más, que no existan argumentos aceptables con los que poder justificar dicha pretensión de intangibilidad. La justificación democrática no es la única que debemos tomar en consideración a la hora de garantizar, frente a la mayoría, determinados derechos y libertades. Llegados a este punto, simplemente, debemos aceptar que la OCM acierta a señalar que no existe una justificación democrática a la intangibilidad de algunos derechos y libertades constitucionales, ahora bien, ello no excluye que puedan ofrecerse argumentos de otro tipo para justificar la misma, argumentos que, cabe decir, se presentan en tensión con el propio ideal democrático. Sin embargo, no está de más recordar que la justificación subyacente a nuestros actuales modelos constitucionales no proviene únicamente de los ideales democráticos, sino de un conjunto de ideales más complejo y menos compacto: el del liberalismo democrático; conjunto que presenta elementos en tensión entre sí, elementos que en ocasiones deben ser articulados con el sacrificio de alguno de ellos. No estoy aquí en condiciones de afirmar cuales sean los mejores argumentos existentes para entender que aún aquellos derechos que no se relacionan directamente con el ideal democrático deben permanecer intangibles frente al propio proceso democrático, simplemente, me limito a señalar algo

que, si se me permite, me parece obvio: los argumentos democráticos, aunque deben adquirir un peso esencial (central, cuasi determinante) no son los únicos que debemos tener presentes para diseñar nuestros modelos institucionales, y, creo que esto es algo que en no pocas ocasiones se olvida desde la trinchera de la OCM.

Tras las anteriores reflexiones, concluiré este capítulo rebatiendo otra tesis del propio Salazar Ugarte, que él entiende deriva de la expuesta visión acerca de la democracia que acabo de esbozar, y a la que me he adherido expresamente; tesis que, sin embargo, yo considero como inadecuada. Así, en relación a aquellos derechos y libertades constitucionales que vendrían a articularse como las condiciones y precondiciones de la democracia, Salazar Ugarte entiende que es legítimo imponer estos en forma de límites “precisos y acotados” al poder de reforma constitucional. Pues entiende que este poder, para poder seguir siendo considerable como democrático, debe aceptar (auto-limitarse) el respeto de los derechos fundamentales que integran el coto vedado que debe estar exclusivamente compuesto por las citadas condiciones y precondiciones democráticas. Pero, es más, continúa señalando: “para evitar un posible traslado del poder desde las manos de los ciudadanos (y/o sus representantes) hacia las manos de los jueces constitucionales, los derechos contenidos en la esfera de lo indecible deben ser pocos y definidos en *los términos más precisos posibles*. En este sentido resulta más oportuna (...) una Constitución en la que los derechos (...) sean el producto de un conjunto de *reglas* y no de una afirmación retórica de principios<sup>522</sup>”.

Como vemos, y en términos muy simplificados, Salazar Ugarte en realidad está defendiendo algo muy parecido a lo que defiende Ferrajoli: una Constitución de “detalle”. En realidad, entre la propuesta de Salazar Ugarte y la de Ferrajoli sólo existe una diferencia de grado: la mayor o menor extensión de los derechos que debieran recogerse en todo coto vedado, formulados mediante una semántica cerrada (precisa, taxativa) y enunciados mediante disposiciones que contengan reglas. Pues bien, aquí cabría reproducir lo analizado en el anterior capítulo, fundamentalmente, la idea de que dado el contexto en el que nacen muchas de nuestras Constituciones, dadas las dificultades con las que se encuentran nuestros constituyentes al hacer redacción de las mismas y dado que parecería, simplemente, intolerable, por propias razones democráticas, una Constitución que cerrara la deliberación respecto de su propio contenido, cabe desechar,

---

<sup>522</sup> SALAZAR UGARTE, 2006: 270.



hay buenos argumentos para ello, la propuesta de Salazar Ugarte sobre este extremo. Y es que, en conclusión, del mismo modo que la rigidez constitucional de las cláusulas (relativas a nuestros derechos y libertades básicas) que limitan materialmente al parlamento democrático sólo es compatible con la democracia, en principio, en la medida en que las mismas estén redactadas en términos relativamente abstractos (que sean vehículos de conceptos valorativos y de disposiciones que contengan principios), la intangibilidad que limita el poder de reforma sólo puede ser compatible con la democracia en tanto estas cláusulas estén concebidas y redactadas también desde un elevado grado de abstracción. De hecho, al ser la intangibilidad el grado extremo de la rigidez constitucional, las razones a favor de la abstracción de dichas cláusulas parecen ser todavía más poderosas<sup>523</sup>. Siendo así las cosas, no nos queda otro camino más que el de analizar ese hipotético traslado del poder a manos de los jueces constitucionales. De ello, pues, me ocuparé en el próximo capítulo.

---

<sup>523</sup> FERRERES, 1997: 237-238.

## CAPÍTULO IV.

### Un modelo de control fuerte frente a la objeción contra-mayoritaria.

#### 1. Introducción.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, en su artículo 1.1, viene a establecer que dicho tribunal es el intérprete supremo de la Constitución<sup>524</sup>. Esta es una realidad consolidada en buena parte de las democracias occidentales contemporáneas. Los jueces son, en efecto, los supremos intérpretes de nuestras Constituciones. De esa posición resulta una de las principales funciones de los mismos: controlar que las leyes aprobadas por el legislador democrático (o, en propiedad, cualquier norma infra-constitucional) respeten el contenido que la Constitución estipula<sup>525</sup>. Ahora bien, ¿quién debería tener la última palabra respecto de la interpretación de la Constitución en el seno de una democracia<sup>526</sup>?

En los capítulos precedentes he tratado de exponer algunos de los problemas que se presentan a partir de la primacía o supremacía de nuestras Constituciones “largas<sup>527</sup>”, centrándome en sus declaraciones de derechos y libertades fundamentales, en confrontación con el ideal del autogobierno colectivo; así como, dado que la primacía constitucional es difícil de obtener sin la propiedad de la rigidez constitucional<sup>528</sup> – y de

---

<sup>524</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

<sup>525</sup> Ello puede traducirse en los términos empleados por HAREL; KAHANA, 2015: 299, cuando señalan que el control judicial de la legislación consiste en los dos siguientes componentes: “(1) las Cortes tienen el poder para emitir decisiones vinculantes relacionadas con la validez constitucional de la legislación (...) y esas decisiones deben ser respetadas por las demás ramas del poder público. (2) Ninguna rama del poder público tiene el poder de inmunizar su operación del escrutinio judicial”. Así, como adecuadamente perciben, esto implica que las Cortes no son “partes iguales” en la empresa de la interpretación constitucional, sino que tienen un papel privilegiado en ella.

<sup>526</sup> HÜBNER MENDES, 2014.

<sup>527</sup> GUASTINI, 2016: 166.

<sup>528</sup> Tal y como señala MARMOR, 2015: 42, “la rigidez está estrechamente relacionada con el elemento de la longevidad. En parte porque las Constituciones pretenden tener una larga duración y están diseñadas para resultar difíciles de enmendar. La rigidez está también vinculada con la idea de supremacía. Cuanto más fácil sea enmendar la Constitución por el proceso democrático regular, su supremacía es menos relevante en términos prácticos”.

hecho esta propiedad está presente en la mayor parte de las Constituciones contemporáneas<sup>529</sup> -, algunos de los problemas de justificación democrática que derivan de la propia rigidez de nuestras Constituciones, de nuevo, en lo relativo sus declaraciones de derechos y libertades fundamentales (apuntándose como, básicamente por razones conceptuales, dicha rigidez acaba desembocando en una suerte de intangibilidad de los mismos<sup>530</sup>). Una vez expuestos tales problemas, a su vez, he tratado de ofrecer argumentos que tratan de acomodar, armonizar, en la medida de las posibilidades, aludida primacía y rigidez constitucional con aquellos principios que operan como fundamento de toda forma de gobierno que merezca el calificativo de democrática; tareas que he realizado a partir de algunos aspectos controvertidos de tales relaciones (primacía-rigidez constitucional y democracia) que son sacados a la luz desde la trinchera de la OCM. Ahora bien, debo admitir que dicha objeción, al menos en los últimos años, se ha planteado de manera primaria frente a un aspecto más concreto o particular que los expuestos en los capítulos precedentes: ¿quién debe tener la última palabra en materia de interpretación constitucional? Pese a ello, considero que lo escrito en los anteriores capítulos no ha resultado una tarea estéril, pues, en rigor, tratar de dar respuesta a expresado interrogante requiere, para poder ser contextualizada de un modo adecuado, no perder de vista lo hasta ahora expuesto<sup>531</sup>. Pues bien, tras todo lo anterior, precisamente en las páginas que restan de este trabajo, trataré ofrecer una respuesta sobre este extremo. En línea de continuidad con lo hasta aquí desarrollado, en particular, circunscribiré mi respuesta en relación al contenido constitucional mediante el cual se consagran nuestros derechos y libertades fundamentales.

Lo primero a lo que cabe hacer mención es a cómo el mundo hispano-americano (o latino), a partir de la década de los 90 del siglo pasado, ha sido receptor de un debate

---

<sup>529</sup> Contraponiéndose las mismas a las Constituciones flexibles. Como se apuntó, esta distinción se debe a James Bryce, *Flexible and Rigid Constitutions*, se trata de un trabajo de 1905 recogido en BRYCE, 1980: 3-94.

<sup>530</sup> Intangibilidad que debe ser observada como el grado máximo de rigidez constitucional, observada esta como una propiedad gradual.

<sup>531</sup> Así, como por ejemplo plantea MARMOR, 2015: 42-43, desde el punto de vista de la legitimidad, las objeciones frente al constitucionalismo se presentan esencialmente frente a regímenes constitucionales “robustos”, y debemos comprender como la “robustez” constitucional se presenta, por así decirlo, en un “paquete”, caracterizado por las tres notas aludidas: i) la supremacía constitucional sobre las otras fuentes jurídicas; ii) la rigidez constitucional, que convierta en difícil o muy difícil enmendar la Constitución; iii) el control judicial de constitucionalidad, lo que implica el que los jueces ostenten un considerable poder (jurídico y/o político) para determinar el contenido de la Constitución. Habitualmente estas tres notas configuran el referido “paquete” de robustez del régimen constitucional que tomamos como referencia, por ello, la crítica frente alguno de estos caracteres no suele realizarse de manera individualizada, en algún sentido, entre tales caracteres o rasgos existe alguna suerte de vinculación.

que en un origen permaneció sensiblemente asilado al mismo. Este se refiere a la problemática acerca del que parece un complejo y reñido matrimonio entre la justicia constitucional y el propio proceso democrático. En efecto, son varios de “nuestros” autores los que han abordado en los últimos años aludido problema<sup>532</sup>. Sin embargo, la gestación y el desarrollo de la reflexión intelectual en torno a esta cuestión ha estado bien presente de manera previa en otros contextos diferentes al nuestro. En todo caso, por todos resulta ya conocida la etiqueta acuñada por Bickel<sup>533</sup>, la tan renombrada OCM. En sus propios términos:

“La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema (...) cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora (...) El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático<sup>534</sup>”.

El porqué de la recepción de este debate, puede comprenderse no perdiendo de vista el hecho de que la segunda mitad del siglo XX dio a la luz la generalización, a lo largo de todo el mundo, de Constituciones que confieren un lugar central a la consecución, defensa y garantía de una larga lista de derechos fundamentales – así como a tratar de implementar toda una serie de declaraciones de objetivos o directrices de interés público -<sup>535</sup>, en

---

<sup>532</sup> Entre otros, y a título de ejemplo: AHUMADA RUÍZ, 2002; ALTEIRO, 2016; BAYÓN, 2000 y 2010; CARBONELL, 2001; CARRIÓ, 1991; FERRERES, 1997, 2000, 2010 y 2011; FIORIVANTI, 2001; GARGARELLA, 1996, 2006 o 2013; GASCÓN, 2016; GUASTINI, 2011; HIERRO, 2016; HÜBNER MENDES, 214; LINARES, 2008 a, 2008 b y 2013; MARTÍ, 2006; MORESO, 2009; NINO, 1997; NIEMBRO, 2013; ORUNESU, 2012 a y 2012 b; POU, 2011; PRIETO SANCHÍS, 2001; RUÍZ MIGUEL, 2004; SALAZAR UGARTE, 2006; SPECTOR, 2013; VÁZQUEZ, 2010 a, 2010b y 2015.

<sup>533</sup> Aunque no puede perderse de vista como la reflexión y debate intelectual sobre este problema ha estado presente mucho antes a citado autor. Para una aproximación de detalle a los orígenes o gestación del problema ver GARGARELLA, 1996 o KRAMER, 2005. Del mismo modo puede acudir a un buen número de artículos de FRIEDMAN, en los que documenta con exhaustividad la historia de referido debate. Cabe señalar, en todo caso, como con cierta habitualidad se toma como referencia un artículo publicado por THAYER, J.B., en *Harvard Law Review* – 1893 - a la hora de señalar la tensión existente en toda democracia constitucional dada la atribución a un órgano no democrático del poder de decisión final sobre que cabe o no decidir acorde a la Constitución (véase HIERRO, 2016: 199). Algunos de los puntos esgrimidos acerca de este debate son recogidos en ELY, 2001: Capítulo III. Puede decirse que este debate alcanzó su máximo auge en Estados Unidos en las primeras décadas del siglo XX, fundamentalmente en la década de los 30, con ocasión de la puesta en práctica de las medidas del *New Deal*; véase, por ejemplo, AHUMADA RUÍZ, 2002, o KRAMER, 2005: 268 y ss. En la actualidad el principal exponente de la objeción es Waldron, sobre todo a partir de WALDRON, 1999 y 2005.

<sup>534</sup> BICKEL, 1962: 16.

<sup>535</sup> Aunque las primeras Constituciones de este tipo fueron previas, como la Constitución mexicana de 1917 o la Constitución alemana de 1919.

muchos casos, como respuesta frente a los abusos perpetrados por regímenes aparentemente “democráticos”. Es, precisamente, este escenario el que a su vez nos permite contextualizar otro hecho, en particular, cómo la justicia constitucional pasó de ser un fenómeno excepcional y exclusivamente norteamericano<sup>536</sup>, durante más de cien años, para extenderse por toda Europa, el resto de América y varios territorios de África y Asia<sup>537</sup>, en una expansión imparable al menos desde la “tercera ola de democratización<sup>538</sup>”; siendo así que el desempeño de los jueces, en materia de garantía de los derechos y libertades fundamentales, “ha ido ganando el centro de lo que se considera el ideal del gobierno limitado – el ideal definitorio del constitucionalismo – tras el arrinconamiento definitivo del paradigma de la soberanía parlamentaria<sup>539</sup>”. Para entender el motivo de aludida expansión, debemos igualmente entender que ha supuesto la opinión mayoritaria aquella que ha venido a comprender cómo sin la existencia de órganos de control la pretendida normatividad – y rigidez constitucional – resultaría sumamente difícil o estéril, sería algo así como proclamada pero no garantizada, pues habría que confiar ciegamente en la capacidad de autocontrol y/o adecuación a su contenido de la mayoría<sup>540</sup>. Es en esta línea por lo que muchos consideran que la

---

<sup>536</sup> Como se apuntó en el primer capítulo, el control judicial de constitucionalidad nace en Estados Unidos como producto de la propia decisión de los magistrados de la Corte Suprema en el caso *Marbury vs Madison*; y teniendo en cuenta que se encontraba ya por entonces extendida la idea de la supremacía de la Constitución sobre los actos de cualquier poder federal o estatal, incluyendo al legislador, pues, como señala GARGARELLA, 1996: 44 – 45, existen una serie de antecedentes al famoso fallo del juez Marshall en *Marbury vs Madison* que dan constancia del asentamiento de esta idea. Así, y teniendo en cuenta la discusión política e intelectual existente sobre la materia, deben destacarse previos conflictos judiciales en los que se suscitó la cuestión de la constitucionalidad de las leyes, tales como el caso *Hajburn*, el caso *Vanhorne’s Lessee vs Dorrande*, el caso *Hylton vs Estados Unidos* o el *Ware Administrator vs Hylton*, en todos ellos se enfatiza la primacía de la Constitución. Del mismo modo, tal y como puede apreciarse en los debates que contextualizaron la convención constituyente de 1787 y las diferentes convenciones de ratificación por parte de los diversos Estados, la cuestión de cómo asegurar la supremacía constitucional, así como de hacerlo a través del poder judicial, fue discutida con anterioridad. Ver BAYLIN, 1993: 820 y ss, 877 y ss; ORUNESU, 2012 a: 185.

<sup>537</sup> Así, también se han instaurado Tribunales Constitucionales en países como Corea del Sur, Indonesia, Tailandia, Sudáfrica, Egipto o Turquía – referencia extraída de FERRERES, 2011: 28 -.

<sup>538</sup> AHUMADA RUÍZ, 2002; LINARES, 2008; VÁZQUEZ, 2010 a. Con la tercera ola de democratización asistimos al asentamiento de referida institución, por medio de la creación de Tribunales o Cortes Constitucionales, en multitud de países: Portugal (1976), España (1978), Perú (1979), Chile (1980), Bélgica (1980), Polonia (1982), Guatemala (1985), Hungría (1989), Croacia (1990), Colombia, Rumanía, Bulgaria y Eslovenia (1991), Albania, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Macedonia, República Checa y Bielorrusia (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1996 y 1998) etc. Igualmente, en algunos países se han instituido Salas Constitucionales dentro de las Cortes Supremas: Coste Rica (1989), El Salvador (1991), Paraguay (1992), Nicaragua (1995), Venezuela (1999), Honduras (2000), etc. Por su parte, algunos países, que no instituyeron Tribunales o Salas Constitucionales, han atribuido al pleno de la Corte o Tribunal Supremo la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales: Panamá (1982), Brasil (1988), México, República Dominicana (1994), etc. Ver LINARES, 2008: nota núm. 1, pp. 17 y pp. 167-168.

<sup>539</sup> POU, 2011.

<sup>540</sup> GUASTINI, 2003 y 2016.

existencia de contenidos que operan como límites constitucionales parece requerir de hecho la existencia de jueces<sup>541</sup>, porque de lo contrario la regla de decisión colectiva tendría que formularse del siguiente modo: “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que la mayoría entiende que constituye el contenido de los derechos constitucionales”, en cuyo caso, en realidad, no podríamos predicar la existencia de límite constitucional alguno frente a la mayoría, es decir, de Constitución alguna<sup>542</sup>. En definitiva, por las razones que se han venido dando, parecen existir poderosos argumentos para entender como para Constituciones normativas o regulativas, como las contemporáneas, resulta necesario el establecimiento de controles destinados a constatar las violaciones de sus normas y a sancionar las mismas<sup>543</sup>.

Creo que estos dos factores señalados, como sean el gran éxito, difusión y consolidación de la institución del control judicial de constitucionalidad y, desde una perspectiva dominante, la intuición básica de que parece resultar necesario algún órgano de control en post de la realización y garantía de una mínima supremacía o normatividad constitucional, es decir, de nuestros derechos y libertades básicos<sup>544</sup>, logran hacernos ver parcialmente porqué el debate actual acerca de la justicia constitucional ya no constituye

---

<sup>541</sup> Tal y como identifica, obviamente en un sentido crítico, WALDRON, 2015: 163: “aunque las defensas filosóficas de la práctica – de control judicial de constitucionalidad – son comúnmente formuladas en términos de la particular destreza de la judicatura al lidiar con proposiciones acerca de derechos, en realidad ese argumento es subordinado a una defensa del rol estructural que los tribunales deben realizar en mantener las normas de la Constitución”.

<sup>542</sup> CARACCILO, 2016.

<sup>543</sup> TROPER, 1999. Véase también WALDRON, 2016: 41, quién, del mismo modo, escribe cómo, si no queremos convertir a nuestras Constituciones en simples trozos de papel, sin relevancia práctica alguna, debemos pensar en alguna forma para que la fuerza de su contenido impere sobre la actividad política ordinaria. Ahora bien, como por todos es sabido, para Waldron de ello no deriva la necesaria adhesión hacia sistemas de control constitucional judicial, sino que bien podría pensarse en alternativas distintas tales como fomentar un espíritu de respeto hacia la Constitución por parte de nuestros actores políticos, para que el sentido de las obligaciones constitucionales se acabe convirtiendo en punto de referencia para todas las decisiones que adopten. Respecto de esto último, cabría decir, en el capítulo I, al analizar las condiciones que deben darse para entender como “constitucionalizado” un sistema jurídico-político – GUASTINI, 2016 – , una de ellas venía dada por la propia influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas y, adicionalmente se dijo, de hecho resulta patente como en nuestras realidades actuales los actores políticos hacen uso de las normas constitucionales, de los principios y valores constitucionales, para tratar de amprar o justificar sus decisiones o medidas políticas; por lo que podría concluirse que puede predicarse el espíritu de respeto hacia la Constitución por parte de nuestros actores políticos – en la mayor parte de escenarios -. Ahora bien, mi fuente de discrepancia con Waldron sobre este extremo es que, a mi parecer, en primer lugar, ambas alternativas no son mutuamente excluyentes y, sobre todo, en segundo lugar, la alternativa señalada por Waldron, a mi parecer, es insuficiente para materializar o garantizar de *facto*, siempre, la normatividad de nuestras Constituciones (y/o, en tercer lugar, quizá cabría añadir cómo parece que la propia existencia de órganos de control sobre nuestros actores políticos supone una condición contribuyente – y, digo más, en algunos escenarios, una condición necesaria - a fomentar en ellos un espíritu de respeto hacia la Constitución).

<sup>544</sup> En este sentido, el propio Waldron considera que el apoyo o defensa hacia el control judicial de constitucionalidad supone una parte integrante del – de la ideología del - constitucionalismo contemporáneo. Por ejemplo, WALDRON, 2016: 41.

un debate en abstracto sobre la legitimación “de principio” de los jueces constitucionales (un debate sobre si “jueces sí o jueces no”), sino un debate sobre la justificación normativa de la justicia constitucional en el marco de un sistema democrático<sup>545</sup>. En particular, teniéndose por no prescindible la existencia del juez constitucional (o como imposible por el momento el erradicar de raíz esta institución), en un debate por optar entre lo que Thusnet ha denominado como el modelo de “revisión judicial fuerte” o el modelo de “revisión judicial débil”<sup>546</sup>; debate que, dicho en los términos más básicos, puede quedar sintetizado en la siguiente idea: si, asumiendo la necesaria (o por el momento no prescindible o eliminable) presencia de algún órgano de control en relación a la garantía constitucional, y asumiendo que el mismo debe tener naturaleza jurisdiccional o semi-jurisdiccional<sup>547</sup>, debe o no, a la par, contar con la última palabra en la interpretación de la Constitución, o si, por el contrario, esta última palabra debe radicar en manos de nuestros representantes democráticos o en el global de la ciudadanía. En esta dirección, puede decirse, “la teoría normativa ha hecho una apoteosis de la última palabra: duelos imaginarios entre un juez heroico y un pérfido legislador o, por el contrario, entre un juez que disimula su compromiso ideológico y un legislador que representa el espíritu público<sup>548</sup>”.

---

<sup>545</sup> POU, 2011.

<sup>546</sup> TUSHNET, 2008 o 2013. Por su parte, WALDRON, 2015: 159-160, matiza que la distinción entre el *control judicial fuerte y débil* es distinta de la cuestión de la *supremacía judicial*. En particular, considera que por control judicial fuerte debemos entender aquel en el que “los tribunales tienen la autoridad de rehusarse a aplicar una ley a un caso particular (aun cuando la legislación es sus propios términos se aplique claramente al caso) o modificar el efecto de una ley para hacer su aplicación conforme a derechos individuales (en formas que la ley no prevé). Además, los tribunales en este sistema tienen la autoridad de establecer como cuestión de derecho que una disposición legislativa dada no será aplicada, de manera que, como resultado del *stare decisis* y el principio de cosa juzgada, una ley que han objetado aplicar se torna, en efecto, en letra muerta. Un modo de control judicial más fuerte daría poder a los tribunales de derogar completamente una parte de la legislación. Algunos tribunales europeos tienen esta autoridad. Pareciera que los tribunales estadounidenses no la tuvieran, pero el efecto real de su autoridad no es lejano de ella”. Por su parte, sintetiza el modelo de control judicial débil del siguiente modo: “los tribunales pueden escrutar la legislación respecto de su conformidad con los derechos individuales, aunque ellos no podrían abstenerse de aplicarla (o moderar su aplicación)”. Por último, de manera específica, en su opinión la cuestión de la supremacía judicial se refiere a aquella situación en la cual: i) los tribunales resuelven asuntos importantes para la totalidad del sistema político; ii) estas resoluciones son tratadas como absolutamente vinculantes sobre todos los actores del sistema político; iii) los tribunales no difieren las proposiciones asumidas sobre estos asuntos a otras ramas de gobierno. Por ende, considera cómo no debe tratarse al modo de sinónimos la institución del control judicial fuerte con la cuestión de la supremacía judicial. En contra de la distinción de Waldron, véase: BELLO HUTT, 2017.

<sup>547</sup> KELSEN, 1988 a.

<sup>548</sup> HÜBNER MENDES, 2014. En el contexto de esta tensión quizá no está demás observar las siguientes palabras de WALDRON, 2015: 187, cuando señala que “los oponentes al control judicial de constitucionalidad usualmente son acusados de adoptar una visión ingenuamente optimista del legislativo. Pero a veces hacemos esto deliberadamente, al enfrentar una imagen optimista a otra, frente a la negativa de los defensores de los tribunales de dar una explicación realista de lo que sucede ahí”.

En particular, aunque se han venido barajando multitud de alternativas<sup>549</sup>, el debate aludido, al menos desde Hogg en adelante<sup>550</sup>, y fundamentalmente a partir de la nueva realidad canadiense, en los últimos años se ha venido a mover de manera primaria entre la adhesión hacia un sistema de revisión constitucional fuerte, o hacia un sistema de revisión constitucional “dialógico”. Este último, observado desde uno de sus múltiples primas, es sintetizado por el propio Tushnet cuando lo entiende como un modelo que propone un control débil, que se caracterizaría porque: i) la legislatura tiene el poder de repudiar las especificaciones (*specification*) –de principios constitucionales abstractos– que hacen los tribunales; y ii) el proceso interactivo de especificación y revisión –que se da entre los tribunales y la legislatura – debe hacerse a través del diálogo, pudiendo o debiendo ocurrir este en un período de tiempo relativamente corto<sup>551</sup>.

Sin entrar por el momento en su análisis más detallado, me interesa en este instante destacar el dato de que algunos ven en este “nuevo” constitucionalismo dialógico una ruptura con la “apoteosis de la última palabra”; viendo, por ello, una posibilidad interesante en este tipo de arreglo institucional. Sin embargo, bajo mi consideración, la adscripción a un modelo dialógico de revisión constitucional no implica negar la existencia de una última palabra<sup>552</sup>, entendida la misma como la decisión autoritativa en

---

<sup>549</sup> A título de ejemplo, BELLO HUTT, 2017, expone algunas de las alternativas que se han venido pensando frente a los sistemas de revisión judicial fuerte, como sean: los consejos ciudadanos, la reconsideración pública de decisiones judiciales o el “veto popular”, jurados constitucionales, iniciativas legislativas populares, consejos consultivos ciudadanos, encuestas deliberativas y *mini-públicos* en general.

<sup>550</sup> A título de ejemplo: HOGG; BUSHELL, 2013.

<sup>551</sup> TUSHNET, 2003. – Cita extraída de ALTEIRO, 2016 -.

<sup>552</sup> En mi opinión, aquellos que afirman que con el constitucionalismo dialógico se está dando fin a la última palabra incurren en una confusión de planos. Si por última palabra queremos afirmar el “cierre” o la “finalización” del debate ético-político que subyace frente a determinado conflicto y/o materia constitucional, en efecto, la misma no existe: siempre podrá seguir debatiéndose acerca del contenido, alcance, etc., de la Constitución y/o de la hipotética mejor solución en términos ético-políticos o morales a un conflicto real o imaginario de relevancia constitucional. Ahora bien, bajo mi opinión, esto no es lo relevante a la hora de proponer un determinado diseño institucional tendente a determinar quién debe tener el poder de decisión final en materia de interpretación constitucional. Y es que, si entendemos que el Derecho, también el Derecho constitucional, debe servir también a determinados fines y/o valores como el de dirimir y/o solucionar conflictos con un mínimo de certeza o seguridad jurídicas, convertir a la práctica jurídica en una práctica que persiga un mínimo grado de estabilización social, en hacerla eficaz para lograr la finalidad de poder actuar colectivamente, etc., necesariamente, debemos atribuirle a un órgano o procedimiento determinado la capacidad de tomar la última decisión a efectos jurídicos; de lo contrario, si pudiéramos postergar indefinidamente la decisión autoritativa, sencillamente, no se me ocurre como podríamos dotar de un mínimo de eficacia al sistema jurídico. Puede ser que lo que sostengan aquellos que afirman que el constitucionalismo dialógico acaba con la polémica atribución de una última palabra es, simplemente, que ninguna decisión puede petrificarse o convertirse en inmutable, en inmune frente a otras decisiones que se adopten en el futuro y que hagan cambiar el signo de la misma. Si lo que se afirma es esto último, sin más, me parece que esto supone una afirmación banal: en efecto, ninguna decisión (como tampoco ningún procedimiento de adopción de decisiones, ni institución que adopte decisiones) es inmutable, todas son, entendidas en un sentido lato, transitorias o temporales. Esta última afirmación, a lo



materia de interpretación constitucional, sino que supone, de hecho, en la mayor parte de las ocasiones o posiciones englobables bajo el mismo, aceptar o bregar por el traslado de ésta a manos de nuestros representantes democráticos o del conjunto de la ciudadanía<sup>553</sup>; aunque, visto de un modo caritativo, y suponiendo que es posible encasillar las distintas manifestaciones del constitucionalismo dialógico bajo un solo parámetro – cuestión harto compleja dada la heterogeneidad de prácticas que se encasillan bajo sus términos -, sí, al menos, supone tratar de disminuir la tensión del clásico antagonismo entre las distintas ramas de gobierno (o entre las distintas ramas de gobierno y la ciudadanía) en post de alcanzar la misma y, en todo caso, supone tratar de fomentar una suerte de diálogo institucional, producto del cual, se alcance una decisión que pueda ser vista como instancia final de un proceso – sea cual fuera este – al que se le puedan imputar ciertas bondades deliberativas. En todo caso, debe comprenderse como la defensa a algún modelo dialógico tiene entre sus objetivos últimos tratar de mitigar, reducir a su mínima expresión, la propia OCM frente a la existencia y actividad que pueda venir a desempeñar el juez constitucional. Por ello, la propuesta o adhesión a modelos dialógicos debe encuadrarse en el trasfondo de un debate sobre la justificación normativa de la justicia constitucional (y de la propia supremacía constitucional) en el marco de un sistema democrático.

Así, conviene recordar, en lo que se lleva del trabajo se ha esbozado como la supremacía constitucional únicamente parece posible si se respetan dos elementos de manera simultánea: i) la presencia de una Constitución rígida; ii) la garantía de la misma llevada a cabo por algún órgano de control que, asumimos, debe tener naturaleza jurisdiccional o semi-jurisdiccional<sup>554</sup>. De ser esto cierto, ambas condiciones,

---

sumo, debe hacernos reformular la afirmación de que necesariamente deben existir decisiones últimas, autoritativas y/o órganos que las adopten: debe haber procedimientos y órganos que adopten decisiones últimas o autoritativas, entendidas éstas como las decisiones que dan fin al conflicto, al menos, para un determinado lapso temporal. En este sentido resulta pertinente atender a la visión de ALEXANDER; SCHAUER, 2000 – citado por HAREL; KAHANA, 2015 -, pues según la misma: “una de las principales funciones del derecho en general, y del derecho constitucional en particular, es proporcionar un grado de solución coordinada por el hecho mismo de que la solución es necesaria para establecer que debe hacerse. En un mundo de desacuerdo político y moral, el derecho a menudo puede proporcionar solución a esos desacuerdos, una solución que no es final ni concluyente, pero que sin embargo es autoritativa, y así proporciona a aquellos que están en un desacuerdo de primer nivel una solución de segundo nivel para tal desacuerdo, que permitirá que se hagan decisiones, se coordinen acciones y que continúe la vida”.

<sup>553</sup> Salvo en caso de adscripción a una suerte de modelo dialógico “vertical”; ver POU, 2011.

<sup>554</sup> Véase KELSEN, 1988 a. Como señala HIERRO, 2016: 198, la defensa de estos instrumentos observados como instrumentos necesarios en favor de la supremacía constitucional descansa sobre “argumentos instrumentales”. Así, en sus propias palabras (al describir los mismos): “puesto que algún grado de rigidez es (...) una condición necesaria para que podamos hablar de supremacía y puesto que algún modo de control judicial de constitucionalidad de las leyes ordinarias es (...) la consecuencia de la supremacía, nos

presentándose juntas, constituirían condiciones necesarias y suficientes para materializar dicha supremacía<sup>555</sup>. Pues bien, son precisamente tales condiciones o caracteres algunos de los que deben verificarse para que se dé a luz a la OCM; por ello, ambas condiciones, presentándose juntas, también se constituyen en condiciones necesarias y básicas para contextualizar la OCM<sup>556</sup>.

Ahora bien, deben introducirse matices a dicha objeción. Y es que, si por ejemplo acudimos a Waldron, uno de los grandes artífices contemporáneos de la misma, cabe tener muy presente una reflexión que él mismo ha expresado, pero que en no pocas ocasiones resulta olvidada. En efecto, Waldron se constituye en uno de los más firmes valedores de la OCM frente a nuestros jueces constitucionales, sin embargo, como expresamente señala, sostiene dicha objeción siempre y cuando se den ciertas condiciones que vendrían dadas por la existencia de unas: “instituciones democráticas” y “judiciales” que funcionen “en una forma razonablemente buena” y la existencia de “un compromiso por parte de la mayoría de los miembros de la sociedad y de los funcionarios de respetar los derechos individuales y los derechos de las minorías”<sup>557</sup>. En otros términos, la objeción que plantea no resulta universalizable a toda sociedad. – En principio - únicamente sostiene la misma si previamente existen determinadas condiciones que la conviertan en aceptable, básicamente, determinadas por la existencia de una cultura política de respeto hacia los derechos y libertades fundamentales<sup>558</sup>. Por ello, quizá, resulta enormemente “pernicioso

---

encontramos con que la rigidez y el control son sencilla y respectivamente una condición necesaria y una consecuencia necesaria de la existencia de textos constitucionales con fuerza normativa”.

<sup>555</sup> GUASTINI, 2016: 165 y ss, 175 y ss; CARACCILO, 2016; PRIETO SANCHÍS, 2001.

<sup>556</sup> LINARES, 2008: 20. Siempre y cuando, en lo relativo al control judicial de constitucionalidad, se contemple la posibilidad de que nuestros jueces puedan invalidar (o, dejar sin efecto) una ley emanada de nuestros representantes democráticos, esto es, que estemos hablando de un control judicial de constitucionalidad “robusto”; repitiendo los términos de TUSHNET 2008 o 2013, de lo que se ha denominado la “revisión judicial fuerte”.

<sup>557</sup> WALDRON, 2006: 1360. La cuarta condición necesaria para sostener la OCM, piensa Waldron, es que se dé la existencia de desacuerdos persistentes, razonables, sustanciales y de buena fe sobre cuales sean nuestros derechos entre los integrantes de la sociedad, y éstos estén, a su vez, comprometidos con los mismos.

<sup>558</sup> En todo caso, no pueden dejar de destacarse algunas de las peculiaridades del enfoque de Waldron, pues, tal y como ha señalado De Lora, una de las peculiaridades de la obra de Waldron, y, valga decirlo, de sus méritos, es haber tratado de dar cuenta de la tensión entre democracia y Constitución desde la adhesión a los mismos postulados a los que suelen adherirse los defensores del control judicial de constitucionalidad. De este modo, Waldron no ha caído “en las invectivas de antaño articuladas exclusivamente sobre la creencia en el valor supremo e incontestable de la opinión de la mayoría, o sobre el escepticismo radical en la existencia de tales derechos (...)”. DE LORA, 1998: 55. Ver ALEMANY GARCÍA: 2009; MARTÍ, 2005 b: XXI - XXII. Lo que sostiene Waldron (ver capítulo 2) es que, dado el desacuerdo existente en nuestras sociedades respecto de los mismos, lo que en realidad demandan nuestros derechos es que los individuos tengan la oportunidad de participar en la discusión sobre sus límites y el contenido esencial, y sean ellos quienes decidan en última instancia por medio de la regla de la mayoría. Ver WALDRON, 2005: 277 y ss.

hacer valer el argumento contramayoritario en países en procesos de democratización<sup>559</sup> o en países no contextualizables en las condiciones ideales conceptualizadas por autores como Waldron<sup>560</sup>.

Sin entrar a polemizar en lo recién señalado, situémonos por el momento en el trasfondo de aquellas sociedades en las que, en términos generales, puede predicarse una cultura política básica de respeto hacia nuestros derechos y libertades constitucionales (y el legislador y el poder judicial funcionan de una manera relativamente correcta, etc.<sup>561</sup>). Contextualicemos así dicha objeción en referido trasfondo<sup>562</sup>. Si así lo hacemos, puede afirmarse que las circunstancias específicas producto de las cuales aparece formulada la OCM pueden sintetizarse en las tres siguientes<sup>563</sup>:

- i. La *menor legitimidad democrática* del juez constitucional. La ley que el juez constitucional debe enjuiciar proviene de un Congreso elegido periódicamente por el electorado mediante sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, no es elegido por esta vía. Así, según señala Waldron<sup>564</sup>, con independencia de que los jueces constitucionales hayan sido designados por instituciones democráticas – es decir, con independencia de que ostenten legitimidad democrática de segundo grado –, tal y como sucede en la mayor

---

<sup>559</sup> VÁZQUEZ, 2015: 131.

<sup>560</sup> Sin querer entrar de un modo directo en esta cuestión, pienso que supone un error descontextualizar el hecho de que cuando autores como Waldron plantean la OCM enarbolan la misma pensando en ciertas condiciones propias de sociedades como la neozelandesa o la británica – por citar un par de ejemplos –; condiciones que, salvo que queramos asumir acríticamente los presupuestos de la OCM, debiera analizarse con severa minucia si se dan en algún grado en contextos ajenos. Creo, sin embargo, que hay cierta tendencia a querer “universalizar” los reclamos de la OCM mientras se olvida que tal objeción, fundamentalmente elaborada en un cierto contexto anglosajón, exige de una suerte de condiciones previas que operen como los fundamentos de su “legitimación”.

<sup>561</sup> No menciono en el cuerpo del texto la cuarta condición esbozada por WALDRON, 2006, relativa a la exigencia de que exista un contexto de desacuerdo general de buena fe entre los ciudadanos en relación a la determinación de nuestros derechos, porque, en mi opinión, en realidad, en la mayor parte de nuestras sociedades, tal desacuerdo opera en el marco de determinadas concretizaciones acerca de nuestros derechos; no opera en un sentido general en torno a cuáles sean los mismos. Como apunté en el capítulo segundo, a mi entender, el desacuerdo en la materia no presenta el alcance que algunos de los que plantean la OCM le imputan.

<sup>562</sup> Aunque para algunos autores, la objeción cobra sentido independientemente del trasfondo en el que la situemos, es decir, la misma sobrevive de manera no contextual, aún en el caso que nos encontremos ante sociedades “fracturadas”, esto es, ante sociedades atravesadas por conflictos entre grupos étnicos, culturales, lingüísticos o religiosos que no se comunican entre sí ni comparten ningún interés común; o ante democracias nuevas e inestables; o ante sociedades marcadas por la desigualdad, la pobreza y la exclusión. Básicamente, lo que se vendría a sostener desde esta posición, es que en contextos tales tampoco podemos confiar en la posibilidad o existencia de “jueces redentores”. Ver LINARES, 2008: 87-98 (en sentido contrario, ver POU, 2011).

<sup>563</sup> FERRERES, 1997. 42-45; BAYON, 2010.

<sup>564</sup> WALDRON, 2006.

parte de los países, si comparamos a los mismos en relación con el legislador, debemos entender que, desde un punto de vista democrático y tomando en consideración el principio de la igual dignidad y autonomía de todos los ciudadanos, dado que los jueces no son elegidos directamente por los ciudadanos, dado que no rinden cuentas de su gestión<sup>565</sup>, y dado que son nombrados por períodos muy amplios – o incluso de por vida –, debemos concluir que la legitimidad democrática del legislador es claramente superior<sup>566</sup>.

- ii. La *rigidez* de la Constitución. El legislador democrático no puede neutralizar fácilmente la decisión del juez constitucional que declara inválida una ley, pues la Constitución sólo podrá ser reformada, en caso de que pueda, por medio de procedimientos gravosos (o enormemente gravosos)<sup>567</sup>.

---

<sup>565</sup> Esto es lo que sostiene WALDRON, 2006, sin embargo, en mi opinión, ello supone una constatación errónea o sesgada. Sin ir más lejos, el Tribunal Constitucional español elabora con periodicidad anual una memoria o informe respecto de su actividad, con claros tintes justificativos y/o en un contexto de rendición de cuentas por sus labores. Plantear que los jueces constitucionales no están “preocupados” sobre este extremo, claramente, supone una distorsión de lo que acontece en la realidad. Puede que lo que Waldron quiere sostener es simplemente que la actuación de los jueces no se encuentra sometida a una ratificación por vía electoral (en este sentido, véase por ejemplo KRAMER, 2005: 274), pero ello dista mucho de afirmar que los jueces constitucionales no se encuentran sometidos al escrutinio y/o rendición de cuentas respecto de la opinión pública. Sin embargo, me parece importante señalar las siguientes palabras de KRAMER, 2005: 304; “Las naciones de la Europa moderna (por extensión, aquellas que instauraron Tribunales o Cortes constitucionales) encontraron formas más sensatas para manejar este problema (...). A partir del reconocimiento de que hacer cumplir las normas constitucionales no es, ni será jamás, como la interpretación jurídica ordinaria, las Constituciones de la Europa de la posguerra establecieron tribunales especiales, que no integran el sistema jurídico ordinario, cuya función es revisar las cuestiones de constitucionalidad. Dada la elevada posición política de estos tribunales, se incorporaron garantías adicionales para asegurar un nivel adecuado de responsabilidad política sin condicionar innecesariamente la independencia judicial. La designación como magistrados de esos tribunales requiere típicamente una supermayoría en una o dos de las cámaras del Parlamento, garantizando así que los tribunales ejercen un mandato limitado y alterno para asegurar el recambio con regularidad. Además, las Constituciones mismas son reformables con mayor facilidad que la nuestra (- la estadounidense -; obvia decir, en todo caso, como esto supone una generalización de Kramer basada en un error o desconocimiento de la realidad). El efecto combinado de estas innovaciones libera la presión que genera la doctrina de la supremacía mediante la reducción de las posibilidades de desacuerdos serios entre el Tribunal Constitucional y los otros poderes de gobierno, y facilita la implementación de correctivos políticos cuando se dan estos desacuerdos”. Los contenidos entre paréntesis son añadidos míos.

<sup>566</sup> Pueden señalarse otros autores al respecto, a título de ejemplo: ELY, 2001; HOGG; BUSHELL, 2013; MARTÍ, 2006: 291 y ss.; NINO, 1997: 258 y ss.; entre muchos.

<sup>567</sup> Ver RUIZ MIGUEL, 2004, CURCÓ COBOS, 2016, o en palabras de HIERRO, 2011, téngase en cuenta que: “la cuestión es que la democracia constitucional, a diferencia del llamado modelo de *Westminster*, implica la posibilidad de que los tribunales declaren la invalidez de una disposición legal por ser contraria a la Constitución (...) con lo que la mayoría parlamentaria queda, por así decirlo, maniatada por el carácter normativo de la Constitución. El problema es que este carácter normativo, así garantizado, se traduce, en realidad, no sólo y no tanto por estar limitado por lo que la Constitución dice, sino también en estar limitado por lo que los jueces interpretan que la Constitución dice, y, al mismo tiempo, por la dificultad de reformar la Constitución, reforma que se hace inevitable no sólo en el supuesto de que la mayoría parlamentaria no

- iii. La *controvertibilidad interpretativa* de la Constitución. La interpretación del texto constitucional, sostienen los valedores de la OCM, al menos en materia de derechos y libertades, resulta problemática (no pacífica, difícil) dada la indeterminación de su contenido (lo que produce lo que muchos han entendido como una “brecha interpretativa”<sup>568</sup>).

A partir de estos tres elementos pueden reconstruirse o dotarse de sentido las demandas expuestas por citada objeción. A su vez, estos tres elementos nos han de servir para poder medir la intensidad con la que se puede presentar la OCM. Centrándome por el momento en los dos primeros, puede decirse, la OCM podrá plantearse con mayor o menor fuerza en función del grado de rigidez constitucional ante el que nos encontremos<sup>569</sup> y de los mecanismos de selección de jueces<sup>570</sup> (así como según la duración del mandato de los mismos). Adicionalmente, dicha intensidad debe graduarse en función a toda otra serie de factores concurrentes, pues el peso de la misma variará en función de si el control judicial de constitucionalidad versa sobre leyes contemporáneas o no contemporáneas<sup>571</sup>, de cuales sean los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, de quiénes sean los sujetos legitimados para presentar argumentos en favor de la ley

---

esté de acuerdo con lo que la Constitución dice, sino en el supuesto de que simplemente no esté de acuerdo con lo que los jueces interpretan que la Constitución dice”. En esta dirección, sostiene MARMOR, 2015: 42 que “entre más abstractamente formuladas y generales sean las disposiciones – constitucionales -, y más numerosos los derechos que enlista, mayor es el poder que los jueces tienen para determinar el contenido real de la Constitución. Y por supuesto, el alcance del control de constitucionalidad está determinado considerablemente por la rigidez de la Constitución. Cuanto más difícil sea de enmendar la Constitución, más duradero es el poder de los jueces para determinar su contenido”. Frente a ello, algunos autores han sostenido que, en realidad, lo que el legislador debe hacer si está en desacuerdo con una decisión judicial, “simplemente”, es proceder con la reforma de la Constitución. Pero lo cierto es que, tal y como se vio en el capítulo III, es ciertamente complejo proceder con una reforma constitucional en buena parte de nuestros países – cuestión contingente y relacionada con el grado de rigidez efectivo de cada Constitución -, por no entrar ahora a valorar de nuevo los límites materiales, implícitos o explícitos, a cualquier poder de reforma constitucional.

<sup>568</sup> En nuestro ámbito ver por ejemplo GARGARELLA, 1996: 59 y ss. y 2004: 76 y ss; BAYON, 2000 o MARTÍ 2005. Ver también, por ejemplo, WALDRON, 2016: 42 y ss.

<sup>569</sup> LAPORTA, 2007: 224 y ss; FERRERES, 2000; LINARES, 2008: 244-248. Ver capítulo III.

<sup>570</sup> Por ejemplo, LINARES, 2008: 252-274. FERRERES, 1997: 42-46, también expone “grados de intensidad” de la OCM en función de esta variante.

<sup>571</sup> LINARES, 2008: 148 y ss., considera que existen cuatro supuestos en los que la revisión judicial se emplea para vetar leyes antiguas en consonancia con las preferencias de la coalición política dominante, supuestos en los cuales la revisión judicial de constitucionalidad “rinde pleitesía” a las mayorías políticas contemporáneas – y, por ello, la OCM se atenúa en un grado importante -: i) cuando el gobierno quiere reducir los costos políticos de la toma de decisiones que dividen transversalmente a la sociedad; ii) cuando la revisión judicial se ejerce para reformar el *statu quo* en consonancia con la voluntad de una mayoría democrática, per una mayoría que encuentra serias dificultades para avanzar sus preferencias debido a la existencia de “puntos de veto” minoritarios en el sistema; iii) cuando la revisión judicial confirma el *statu quo* apoyado por una mayoría democrática invalidando leyes que han caído en desuso; iv) cuando aparecen nuevos fenómenos sociales que presentan singularidades que no han sido debatidas por el Legislador democrático – este último supuesto será abordado expresamente al final del capítulo -.

impugnada, de las vías de acceso a la justicia constitucional, etc.<sup>572</sup> Respecto del último de los elementos, la controvertibilidad interpretativa que se asocia a las partes sustantivas de nuestras Constituciones, para algunos, esto es motivo suficiente para afirmar un igual *valor instrumental* de las decisiones en materia de interpretación constitucional llevadas a cabo tanto por nuestros jueces cuanto por nuestros legisladores<sup>573</sup>; pues, dado que nuestras Constituciones – al menos en cuanto al reconocimiento de derechos y libertades fundamentales – suponen, en realidad, entidades *indeterminadas*, debemos comprender cómo ambos órganos tienen las mismas posibilidades de equivocarse y vulnerar nuestros derechos y libertades<sup>574</sup>. Afirmando, igualmente, la potencial indeterminación de nuestras Constituciones en materia ius-fundamental, otros, sin embargo, dan un paso más allá, y defienden un mayor valor instrumental de la interpretación constitucional llevada a cabo por el legislador democrático, sobre el entendimiento de que aquellos procesos de decisión adoptados por nuestros representantes democráticos ostentan un mayor *valor epistémico*<sup>575</sup>, mayores credenciales de acierto, que las decisiones sobre la materia adoptadas por nuestros jueces constitucionales “en la soledad de sus despachos<sup>576</sup>”. En todo caso, lo que todos aciertan

---

<sup>572</sup> LINARES, 2008: 20-21.

<sup>573</sup> Como por ejemplo suscribe WALDRON 2005 o 2006, la tesis de fondo que parece subyacer a este planteamiento es la que afirma que, a su vez, la determinación del contenido, alcance, jerarquía o relaciones de prevalencia entre nuestros derechos deviene un asunto *radicalmente* controvertido que da lugar a constantes y persistentes desacuerdos entre los miembros de sociedades plurales como las nuestras.

<sup>574</sup> Lo que equivale a afirmar que ambos procedimientos o instituciones presentan un igual valor instrumental. Ver TUSHNET, 1999. Pero, con independencia de su igual valor instrumental, como por ejemplo expone WALDRON, 2005: 351, debe observarse que en caso de que nuestros representantes democráticos tomen una decisión “equivocada”, y en tanto los mismos son electos y responsables de sus actos ante la ciudadanía, en primer lugar, los ciudadanos pueden “aliviarse” al entender que, pese a la equivocación de la decisión, en algún sentido la misma les pertenece y no ha sido impuesta “desde arriba”, y, en segundo lugar, es en algún sentido reversible, dado que precisamente tales representantes han sido elegidos y son responsables ante la ciudadanía, por lo que el error sólo es “temporal”. Estos caracteres, piensa Waldron, parecen no acompañar a los “errores judiciales”.

<sup>575</sup> NINO, 1992 o 1997. Así, el teórico argentino entiende que el control judicial de constitucionalidad supone un caso de elitismo epistémico, por lo que únicamente resulta justificado en caso de que la institución intervenga para el aseguramiento del ideal deliberativo que permita que el proceso democrático desarrolle todo su potencial epistémico, para la defensa de la autonomía personal, invalidando las leyes y/o el resto de actuaciones de las autoridades públicas que impongan una moral privada perfeccionista, o para la garantía de la propia viabilidad de la práctica constitucional.

<sup>576</sup> Este argumento, sin embargo, resulta cuestionable en la manera en que viene a presentar la actividad o la forma en que los jueces constitucionales alcanzan o toman su decisión en materia de interpretación constitucional. Como FERRERES, 1997: 173-174, señala, esta visión acerca de los jueces deliberando en la soledad de sus despachos, no capta el grado de proximidad que habitualmente existe entre la deliberación pública, el debate parlamentario y la deliberación del tribunal. Es más, como se ha encargado de mostrar FISS, 1979 – citado por FERRERES, 1997 -, véase también HAREL, 2014, 192, quizá puede decirse que los jueces están en mejor posición para alcanzar decisiones correctas, respecto de la posición que ocupa el legislador, dado que ejercitan su poder en un contexto institucional en el que tan sólo pueden decidir tras haber participado en un diálogo caracterizado por los siguientes elementos: los jueces están obligados a dar respuesta a todas las demandas que se les presentan, es decir, no pueden controlar su agenda; los jueces no

a señalar es cómo, con independencia de cuál sea su valor instrumental, el procedimiento de adopción de decisiones sustanciado mediante nuestros representantes ostenta comparativamente un mayor *valor intrínseco*<sup>577</sup>, pues logra preservar, en el mayor grado posible, el valor de la *igual dignidad* política de todos los ciudadanos (en definitiva, el ideal del *autogobierno colectivo*).

Este núcleo de argumentos (aunque vienen a sostenerse desde diferentes combinaciones) sirven para sostener las demandas de la OCM en torno a un reclamo muy particular: resulta *ilegítimo* que nuestros jueces tengan la última palabra en relación a la Constitución. Ello, por cierto, no implica que la OCM, sobre este extremo, deba necesariamente acompañarse con la defensa de modelos institucionales tipo *Westminster*, pues, no puede perderse de vista como también puede sostenerse mencionada objeción y, a la par, defender la adhesión hacia marcos institucionales tendentes a ofrecer o posibilitar una suerte de diálogo institucional, entre nuestros jueces constitucionales y nuestros representantes democráticos, para fijar esa “última palabra<sup>578</sup>” en materia de interpretación constitucional, es decir, hacia marcos de revisión constitucional dialógicos, ya sea afirmando que tales marcos suponen el óptimo a perseguir de manera dependiente<sup>579</sup> o independiente<sup>580</sup> a la situación contextual de cada sociedad. En síntesis, concluiré por ahora, lo que plantea la adhesión a la OCM es una abierta ofensiva frente a lo que se considera una defensa cerrada de alguna suerte de “elitismo judicial” o de “híper-judicialismo” implícito al “neoconstitucionalismo<sup>581</sup>”, sea lo que fuera lo que denota esta última etiqueta<sup>582</sup>; para decirlo en términos más precisos, frente al papel central y decisivo que se ha atribuido al juez constitucional en nuestros sistemas de constitucionalismo fuerte o robusto.

Tras esta sucinta presentación, adelanto cuál será el objetivo del capítulo. Siendo consciente de la impopularidad que pueda conllevar en nuestros días, el objetivo será el de defender la legitimidad que puede predicarse respecto de la existencia de nuestros

---

pueden controlar totalmente el ámbito de personas a las que están obligados a escuchar, dada la existencia de reglas procesales que les obligan a escuchar a determinadas personas; los jueces deben justificar sus decisiones, esto es, su deber es aducir razones que trasciendan sus propias preferencias personales, pues, no pueden dar respuesta o solución a un conflicto argumentado “prefiero que..”.

<sup>577</sup> BAYON, 2010.

<sup>578</sup> Siempre y cuando la última palabra no quede en manos del juez constitucional.

<sup>579</sup> Por ejemplo, BAYON, 2010. Ésta parece ser la tesis de WALDRON 2005 o 2006.

<sup>580</sup> Por ejemplo, LINARES, 2008.

<sup>581</sup> Por ejemplo: ALTERIO, 2016 o NIEMBRO, 2013.

<sup>582</sup> A título de ejemplo, ATIENZA, 2014 ofrece un esclarecedor análisis y/o alegato en contra de la utilización del – confuso y/o erróneo – término “neo-constitucionalismo”.

jueces constitucionales y respecto del hecho de que tengan la última palabra en lo tocante a la interpretación de nuestras Constituciones, al menos, en lo referente a sus partes dogmáticas o sustantivas, particularmente, a nuestras declaraciones de derechos y libertades fundamentales. Como tendré ocasión de exponer, citado objetivo, no obstante, deberá ser modulado mediante varios matices. Por ahora, y muy sintéticamente, puedo señalar, de un modo desordenado, los motivos que me llevan a defender lo recién señalado.

En primer lugar, parto de la consideración de que buena parte de las decisiones que adoptan nuestros jueces en relación a la Constitución no deben ser entendidas como contramayoritarias, sino como complementarias a las decisiones de nuestros representantes democráticos<sup>583</sup>. De hecho, algunos de los que sostienen la OCM contra nuestros jueces constitucionales parecen reconocer, de un modo más o menos expreso, este hecho, y sostener que la objeción que mantienen sólo se hace extensible respecto de la posibilidad de que los mismos puedan invalidar una ley emanada del Parlamento<sup>584</sup>, simplificando, y por decirlo en términos kelsenianos, sólo respecto de la posibilidad de que el juez constitucional pueda actuar como “legislador negativo<sup>585</sup>”.

En segundo lugar, trataré de demostrar como la tesis de la indeterminación – radical - de nuestras Constituciones (la tesis de la controvertibilidad interpretativa<sup>586</sup>) en lo relativo sus catálogos de derechos y libertades fundamentales, el principal motivo que lleva a la mayor parte de autores a sostener la OCM frente a los jueces constitucionales o frente al hecho de que detenten la última palabra<sup>587</sup>, es falsable. En consecuencia, que

---

<sup>583</sup> MORESO, 2009: 144; PRIETO SANCHÍS, 2001. Según la memoria del Tribunal Constitucional español correspondiente al año 2015, se presentaron 42 recursos de inconstitucionalidad y 113 cuestiones de inconstitucionalidad, en total, se dictaron 127 sentencias en procesos de constitucionalidad que tenían por objeto 36 normas estatales con rango de ley. En referidas sentencias, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad, total o parcial, de 25 preceptos legales estatales y estableció la interpretación conforme con la Constitución de otros tres. A lo largo del mismo año, se contabilizaron un total de 7.023 recursos de amparo, siendo admitidos un total de 84. Cabe, en todo caso, señalar el bajo porcentaje de admisiones de los recursos de amparo presentados. Sobre este hecho, no obstante, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, a través de la Sentencia de 20 de enero de 2015 (asunto *Arribas Antón c. España*), refrendó el requisito de especial trascendencia constitucional que se exige desde 2007 a los recursos de amparo, considerando que la inadmisión de las demandas por falta de justificación de esta exigencia no resulta lesiva del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque indicando que, en los casos admitidos, el Tribunal Constitucional ha de expresar la aplicación del criterio de apreciación de dicho requisito. Ver Memoria Anual del Tribunal Constitucional español del año 2015 – el último disponible -.

<sup>584</sup> LINARES, 2008.

<sup>585</sup> KELSEN, 1988 a.

<sup>586</sup> Una de las circunstancias específicas en base a la cual se formula la OCM, junto con las otras dos aludidas – la menor legitimidad democrática del juez constitucional y la rigidez constitucional -.

<sup>587</sup> Si se observa con atención los elementos o circunstancias que llevan a muchos a plantear la OCM, vemos como la crítica frente a la menor (o ausente) legitimidad democrática del juez constitucional se encuentra



lejos de lo que muchos parecen sostener, no siempre que hacen uso de la Constitución nuestros jueces de desempeñan como genuinos actores políticos, como una “magistratura despótica” que acaba imponiendo su voluntad sobre la voluntad de nuestros representantes o de millones de ciudadanos, sino que, en la mayor parte de las ocasiones, los mismos se desempeñan como genuinos órganos aplicadores, en una función calificable como estrictamente jurisprudencial. En esta dirección, mi esfuerzo residirá en tratar de ofrecer argumentos que traten de desmotar el renombrado eslogan “la Constitución es lo que nuestros jueces dicen que la Constitución dice<sup>588</sup>”, para sostener que, pese a su apertura, en la mayor parte de los casos de impacto constitucional que han de afrontar, no existe espacio suficiente para la imposición de la voluntad de nuestros jueces cuando los mismos interpretan o aplican la Constitución. Mi intuición al respecto es, en resumidas cuentas, que resulta equivocado el enfoque, diagnosticado por Prieto Sanchís, cuando nos dice que: “en las críticas al constitucionalismo la tesis de la discrecionalidad suele presentar una fuerte tendencia a desembocar en un realismo extremo, de manera que la Constitución viene a ser poco más que un trozo de papel sin significado, una norma vacía, un dúctil instrumento que sirve para casi todo (...)”<sup>589</sup>. Por ello, desechando esta visión, creo que contamos con sólidos argumentos para sostener que nuestras Constituciones no son “trozos de papel sin significado<sup>590</sup>”, que es posible la determinación de su contenido, de las respuestas que nos ofrece, para no pocos escenarios posibles. En consecuencia, creo que aquellos que plantean la OCM frente a nuestros

---

estrechamente vinculada, es plenamente dependiente, de que se entienda o comparta la tesis de la indeterminación – radical o parcial - de nuestras Constituciones. Y es que, con independencia de cuál sea el modo en el que se designa a nuestros jueces constitucionales, si se entendiese que éstos aplican “mecánicamente”, “fiel y rectamente”, la Constitución, no habría nada que criticar respecto de los mismos; sin embargo, se parte de una consideración distinta, como sea la de considerar que los jueces, dada su potencial interminación, no aplican Constitución alguna sino que la “crean”, esto es, que no desempeñan una genuina actividad cognoscitiva y/o aplicativa, sino creadora, de ahí que se cuestione que con dicha actividad puedan sustituir a la “voluntad popular”. Así, como por ejemplo señala ORUNESU, 2012 b: “el argumento de la dictadura de los jueces postula que el control judicial de constitucionalidad sería incompatible con los ideales democráticos porque a través de la tarea interpretativa serían los jueces los que establecerían el contenido y alcance de los derechos. (...) este argumento parece presuponer que los jueces deciden discrecionalmente si una norma es o no compatible con la Constitución, y que las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, por su formulación en términos considerablemente vagos, abstractos y con fuerte carga valorativa, no establecen por sí ninguna respuesta clara respecto de la constitucionalidad de una norma o acto, sino que en todos los casos ello dependería de la decisión discrecional de los jueces. (...) esta afirmación parece comprometerse con la tesis de la indeterminación radical”. En este sentido, ver también PRIETO SANCHÍS, 2001 o BAYÓN 2010.

<sup>588</sup> Esta renombrada cita fue dicha de manera original por el gobernador Hughes, de New York, quién con posterioridad se convirtió en presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos - HOGG; BUSHELL, 2013 - . En Este sentido, a título de ejemplo: WALDRON, 1994 a, 1994 b, 1999 y 2005; BAYON, 2000; GARGARELLA, 1996: 59.

<sup>589</sup> PRIETO SANCHÍS, 2001.

<sup>590</sup> En este sentido, por ejemplo: IGLESIAS, 2000.

jueces constitucionales, en última instancia, no están tanto cuestionando la existencia de los mismos, ni el hecho de que estos ostenten la última palabra en relación a la determinación del contenido constitucional<sup>591</sup>, cuanto la propia existencia de una Constitución, es decir, de un conjunto de derechos y libertades que se superponen a la esfera de actuación del legislador democrático (o de la propia ciudadanía). En este sentido, considero, la OCM no debería plantearse exclusivamente frente a nuestros jueces constitucionales, sino que, en rigor, lo que debiera formular es la negativa frente a la existencia de una Constitución y, sólo al modo de corolarios asociados, frente a cualquier tipo de rigidez y justicia constitucional. Sin ir más lejos, ésta última parece ser la postura que adopta Waldron cuando crítica abiertamente la tesis “constitucionalista” de que todo

---

<sup>591</sup> Creo, no obstante, que aún podría sostenerse la OCM, frente al hecho de que los jueces constitucionales detenten la última palabra en materia de interpretación constitucional, en los siguientes términos: aun asumiendo la existencia de casos (muchos o pocos) en los cuales no hay espacio suficiente para que el juez acabe imponiendo su propia voluntad al proceder con la determinación del contenido constitucional, esto es, aun asumiendo que existen supuestos en los que las exigencias constitucionales no aparecen absolutamente indeterminadas, del mismo modo, debe admitirse que existen otros casos – los llamaré difíciles – para los cuales los jueces disfrutan, o padecen, de un amplio margen de discrecionalidad, porque existen varias respuestas “constitucionalmente admisibles”. Todos conocemos los ejemplos que sobre esto último suele manejar la literatura: el aborto, la eutanasia, el matrimonio homosexual, si la libertad de expresión ampara actos como el de la quema de banderas, etc. Pues bien, una posible respuesta para seguir planteando la OCM pese a reconocer que la Constitución no está radicalmente indeterminada, puede ser la de sostener que son precisamente los casos difíciles los que plantean tensiones políticas relevantes. En otros términos, que aun asumiendo que existan casos fáciles, e incluso que estos sean los más, a la hora de interpretar la Constitución, los mismos no generan tensiones políticas respecto de quién deba tener la última palabra, porque precisamente los mismos pivotan sobre acuerdos compartidos por todos, incluyendo a nuestros representantes democráticos y que, por ende, son precisamente tales casos respecto de los cuales no es usual esperar transgresiones constitucionales por parte del poder político, ni disputa alguna en cuanto a la interpretación constitucional. Sólo serían los casos difíciles aquellos que plantearían tensiones políticas, en el marco de las cuales, resulta intolerable pensar que las asunciones valorativas de los jueces constitucionales puedan imponerse frente a la voluntad popular. Sin embargo, este no me parece un argumento aceptable; simplemente un ejemplo: resulta meridiano determinar que en la Constitución española se contempla el *habeas corpus*. Resultaría un caso fácil, por lo tanto, determinar la inconstitucionalidad de una disposición normativa que estableciera que el *habeas corpus* queda suspendido o inhabilitado para los detenidos que sean considerados como presuntos miembros de una organización terrorista. Sin embargo, no por ello resulta inimaginable pensar que el legislador español, en el marco de una lucha en materia antiterrorista cada vez más agresiva, aprobase una disposición legal en esa dirección. Sería, por lo tanto, un caso fácil en materia de interpretación constitucional, sin embargo, no sería descabellado pensar en una posible transgresión del mismo por parte de la mayoría política. Así, en mi opinión, es importante no perder de vista cómo, en materia de interpretación constitucional, los casos fáciles, aquellos en los que la determinación de las exigencias constitucionales no ha lugar a la posible imposición de la voluntad de los jueces, pueden generar tensiones políticas evidentes; no quedando las mismas únicamente supeditadas a los casos difíciles. En tales casos, los que plantean la OCM debieran, en coherencia, cuestionar la existencia misma de una Constitución y no tanto de un órgano aplicador de la misma. Del mismo modo, el hecho de que para un caso particular las exigencias constitucionales sean meridianamente claras, no obsta la posibilidad de que la mayoría parlamentaria intente transgredirlas, en consecuencia, también para los casos fáciles parece necesario – aunque supongan situaciones excepcionales – órganos de control frente al poder político.

gobierno debe estar sujeto a límites<sup>592</sup>, y en este sentido es, al menos, una tesis franca que no da lugar a la discusión sobre matices.

Por último, aduciré que, pese a que no podamos negar la existencia de casos fuertemente controvertidos en materia de interpretación o aplicación constitucional, aún en los mismos, la actuación de nuestros jueces constitucionales puede ser un elemento esencial en la salvaguarda de los propios principios que operan como fundamentación de toda forma de gobierno genuinamente democrática, siempre y cuando escapemos de la equiparación simplista entre democracia e irrestricto mayoritarismo.

En consecuencia, en las páginas que siguen, mi objetivo radicará en exponer del modo más ordenado posible algunas de las ideas en las que me baso en sostener la tesis de que una jurisdicción constitucional “fuerte” o “robusta”, pese a las imperfecciones propias de todo diseño institucional mundano, sigue suponiendo un instrumento del cual no podemos ni debemos prescindir.

## **2. La relevancia de la OCM y su gradación.**

Salta a la vista como, al menos en principio, la institución del control judicial de constitucionalidad parece plantear delicados problemas de justificación para todo aquel que acepte que el principio mayoritario, aun no identificándose sin más con la democracia, como mínimo, supone uno de sus ingredientes<sup>593</sup>. Ésta, de hecho, constituye una tesis que he defendido expresamente en lo que se lleva del trabajo<sup>594</sup>, sosteniendo, adicionalmente, que existen argumentos que nos permiten predicar la fundamentación axiológica de la regla de la mayoría como instrumento para la adopción de decisiones colectivas<sup>595</sup>. Es por ello que, soslayada esta tensión, muchos se han lamentado de que la

---

<sup>592</sup> WALDRON, 2016: 23.

<sup>593</sup> BAYON, 2010: 291.

<sup>594</sup> En particular, tuve ocasión de adscribirme a la formulación de las reglas del juego democrático formuladas por BOBBIO, 1999: 381, la cuarta de las cuales establece que: tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere elegido al candidato o se considere válida la decisión que obtenga el mayor número de votos.

<sup>595</sup> Vuelvo a traer a colación algo de lo dicho en el capítulo II. Así, si comprendemos a la regla de la mayoría como un instrumento cuya justificación última descansa en argumentos técnicos, no se me ocurre manera de entender porqué debe estar más justificada que otros instrumentos que permitirían adoptar una decisión colectiva en escenarios en los que la unanimidad no es posible; instrumentos tales como lanzar una moneda al aire para ver qué decisión se toma – instrumentos que quizá sean más efectivos para agilizar la propia toma de decisiones u otros objetivos -. En este sentido, considero, la única manera que tenemos para justificar, como un instrumento “mejor” o “más adecuado”, a la regla de la mayoría frente a otros instrumentos de decisión, no puede descansar sino en una fundamentación axiológica. En esta dirección se pronunciaba Kelsen, 1934, para quién la regla de la mayoría consiste en la mejor aproximación posible a un régimen de perfecta autonomía. Así, según la visión de Kelsen, si reivindicamos el valor de la autonomía política, pero a la par reconocemos que la autodeterminación extrema es incompatible con el

garantía de la Constitución sea llevada a cabo a través de los jueces y/o tribunales. De entre ellos, algunos lo han hecho bajo la consideración de que es perfectamente viable o posible una Constitución, y su correlativa supremacía, sin la necesidad de la justicia constitucional<sup>596</sup>. Oros tantos, sin embargo, se han ocupado en tratar de sostener que la garantía judicial de nuestros derechos y libertades fundamentales y, por ende, la fiscalización de la ley, no supone un elemento accesorio del que podamos prescindir si realmente queremos asegurar la garantía de los mismos, esto es, de la Constitución. Entre estos, por último, hay algunos que, de plano, han tratado de demostrar el desenfoco o equivocación, en definitiva, la irrelevancia de la OCM, si se plantean de un modo adecuado los elementos relevantes en la discusión. Muchos son los autores encuadrables en cada uno de estos diversos enfoques esbozados. Sin embargo, por el momento, me limitaré a traer a colación algunos de los argumentos sostenidos por algunos de los autores que vienen a defender la posible irrelevancia de la OCM. De entre estos autores, tradicionalmente, se ha señalado como uno de los paradigmáticos a Dworkin, aún en la actualidad. Sin embargo, a mi parecer, aquellos que a día de hoy lo siguen haciendo sólo pueden hacerlo a partir de una lectura - profunda y sistemática, no lo dudo - de sus escritos de etapas “anteriores”, pero ignoran, de un modo más o menos deliberado, al Dworkin de su “última etapa”. En este sentido, creo que en *Justice for hedgehogs* esgrime argumentos suficientes como para entender como muy matizada su defensa al control judicial de constitucionalidad; trataré de exponer de un modo sintético tales argumentos en post de observar si sigue siendo válido acogerse a Dworkin con el objetivo de ofrecer una defensa, digámoslo así, incondicionada del control judicial de constitucionalidad, tal

---

ordenamiento social, puesto que si todos nos autogobernásemos plenamente llegaríamos a una situación anárquica, debemos aceptar que la autonomía o libertad política se limite mediante la regla de la mayoría. Por ello, para Kelsen, esta regla tiene el -difícil- objetivo de lograr limitar la autodeterminación individual (para no llegar a la anarquía) pero asegurando el mayor grado de libertad política posible. Por citar otro autor que ofrece una justificación axiológica a la regla de la mayoría, aunque enfatizando el valor de la igualdad política – y no tanto, como en Kelsen, el valor de la máxima autonomía alcanzable - puede traerse a colación la visión de WALDRON, 2006 o 2015: 197, cuando señala que “mejor que cualquier otra regla, la decisión mayoritaria es neutral entre los resultados disputados, trata a los participantes por igual, y otorga a cada opinión expresada el mayor peso posible compatible con el dar igual peso a todas las opiniones. Cuando discrepamos acerca del resultado deseado, cuando no queremos parcializar el asunto, y cuando cada uno de los participantes tiene la demanda moral a ser tratado como igual en el proceso, entonces la decisión mayoritaria – o algo similar – es el principio a utilizar”. En líneas parecidas, LAPORTA, 2007: 224 y ss. nos recuerda como la regla de la mayoría tiene dos implicaciones importantes en todo procedimiento de decisión democrática: a) todos los votantes son tratados como iguales por medio de la atribución del igual valor de los votos; b) todas las opciones que se someten al procedimiento de decisión se someten en pie de igualdad a la consideración de los votantes; por lo tanto, estas implicaciones parecen justificar atribuir una fundamentación axiológica a aludida regla de la mayoría.

<sup>596</sup> Al menos, sin la necesidad de que los jueces constitucionales ostenten la última palabra a la hora de determinar el contenido y/o exigencias constitucionales.

y como se ha venido haciendo. Con independencia de la posición del autor norteamericano, en todo caso, vale advertir como en nuestro ámbito, no anglosajón, uno de los autores que sin lugar a dudas más han contribuido, de un modo más o menos deliberado, a tratar de mitigar o plantear el desenfoque de la OCM frente a aludida institución ha sido y es Ferrajoli. Por ello, también trataré de pasar revista a sus alegatos sobre este extremo. El objetivo último en el análisis de citados autores no será otro que el de tratar de calibrar cual es, a fin de cuentas, el calado real, la relevancia práctica, de la OCM sobre este extremo. Veámoslo.

## **2.1. Ronald Dworkin: la democracia asociativa y el control judicial de constitucionalidad.**

Dworkin plantea el siguiente punto:

“El concepto de democracia es un concepto interpretativo<sup>597</sup> y muy discutido. (...) ¿Es la práctica de la revisión judicial, la cual permite a jueces elegidos de por vida<sup>598</sup> declarar inconstitucionales actos del ejecutivo y del legislativo, ilegítima por ser antidemocrática? ¿O es esta práctica por el contrario un necesario y deseable correctivo a la democracia? ¿O –una tercera posibilidad- es la práctica en verdad esencial para crear una genuina democracia? Cada una de estas posiciones es ampliamente defendida y no podemos escoger entre ellas sin escoger entre concepciones de la democracia y defender nuestra elección<sup>599</sup>”

Por lo tanto, en consideración de Dworkin, la pregunta acerca de la legitimidad o ilegitimidad de la institución del control judicial de constitucionalidad - fuerte o robusto, cabe matizar - se encuentra directamente relacionada con la concepción de democracia que abracemos<sup>600</sup>. En particular, expone Dworkin, cabe hacer referencia a dos grandes concepciones acerca de la democracia: la concepción de la *democracia asociativa*<sup>601</sup> y la

---

<sup>597</sup> Sobre la teorización de Dworkin acerca de los conceptos interpretativos, véase DWORKIN, 2007: 244 y ss. Dworkin teoriza acerca de tal tipo de conceptos en base a una inspiración directa (aunque no expresamente reconocida) de la conceptualización que GALLIE, 1956 dio sobre los “conceptos esencialmente controvertidos”. Para un análisis de éstos últimos, puede acudirse igualmente a WALDRON, 1994 b o a IGLESIAS, 2000.

<sup>598</sup> Obviamente, Dworkin piensa en los jueces “constitucionales” estadounidenses – en los magistrados de la Corte Suprema -.

<sup>599</sup> DWORKIN, 1996: Capítulo I y 2014: Capítulo XVIII.

<sup>600</sup> En términos similares GUASTINI, 2011.

<sup>601</sup> En DWORKIN, 1996 hace referencia a la concepción asociativa con la terminología “democracia constitucional”.

concepción de la *democracia procedimental* o *mayoritarista*<sup>602</sup>. Pues bien, procederé con un examen sintético y no crítico de la caracterización que Dworkin brinda sobre estas dos concepciones acerca de la democracia, con el objetivo único de contextualizar su posición acerca del control judicial de constitucionalidad.

Respecto de la concepción procedimental o mayoritarista, entiende Dworkin, supone adherirse a la idea de que los procedimientos políticos deben ser diseñados para que, al menos para las cuestiones importantes, la decisión alcanzada sea la resolución que una mayoría o pluralidad de ciudadanos favorece, o favorecería si tuviera información adecuada y el tiempo suficiente para la reflexión<sup>603</sup>. Esto suena bastante razonable, por ello, mucha gente considera que la premisa mayoritaria proporciona la verdadera esencia de la democracia. Esta premisa, por otra parte, no tiene porqué negar que los individuos tengan derechos que la mayoría debe respetar, pues no está necesariamente ligada a alguna suerte de teoría colectivista o utilitarista en base a la cual se consideren irrelevantes tales derechos<sup>604</sup>. Sin embargo, aceptar esta premisa, implica adherirse a la tesis de que debe ser la mayoría la que decida acerca de cuáles o qué son estos derechos individuales, y cómo pueden ser respetados y aplicados de mejor forma<sup>605</sup>.

---

<sup>602</sup> DWORKIN, 1996 y 2014. Ambas concepciones, cabe señalar, se contextualizan en el marco del problema filosófico más general acerca de la legitimidad de las decisiones políticas. Para una exposición magistral, en lengua española, acerca de este problema puede acudir a LINARES, 2008: 29 y ss. o MARTÍ, 2006: 136 y ss.

<sup>603</sup> DWORKIN 1996: Capítulo I; 2014: Capítulo XVIII.

<sup>604</sup> Sin ir más lejos, como se ha indicado, Waldron es un claro exponente de esta concepción acerca de la democracia (o, más bien, cabría matizar, de una concepción procedimentalista “débil” de la democracia), manteniendo esta concepción de manera conjunta con un firme – y *sui generis* – compromiso hacia el reconocimiento de los derechos individuales y/o de las minorías.

<sup>605</sup> DWORKIN, 1996: Introducción. La adhesión a esta premisa, pues, entiende Dworkin, supone considerarla como la justificación última de la democracia, no obstante, en ocasiones, se acepta de manera más o menos pacífica que la voluntad de la mayoría no debe gobernar. Esto es, aún aquellos que la aceptan pueden considerar que la mayoría no debe ser siempre el juez final, puesto que su propio poder puede o debe ser limitado para proteger derechos individuales. En este sentido, por ejemplo, en comunidades políticas como la estadounidense, aún aquellos que comparten y defienden la premisa mayoritaria, consideran que algunas decisiones de Corte Suprema, que invalidaron leyes emanadas de los representantes democráticos, fueron correctas. En efecto, la premisa mayoritaria no descarta excepciones de esta clase, pero insiste en que en tales casos, aun cuando la invalidación de una ley emanada de nuestros representantes democráticos pueda ser considerada como justificada, algo lamentable ha sucedido, un coste moral ha sido pagado, pues, esta premisa implica considerar que siempre es *injusto* que no se le permita a la mayoría política “hacer las cosas a su manera”, así que, aun cuando hay razones contrarias suficientemente fuertes para justificar la intervención de los jueces, la injusticia permanece -en este sentido, por ejemplo: LINARES, 2013 -. Sin embargo, esta última caracterización no resulta de aceptación pacífica, así, como por ejemplo señalara ESTLUND, 2000, cabe enfatizar que Waldron construyó su teoría de la legitimidad democrática desde la propia convicción liberal de que hay derechos individuales y de las minorías que las decisiones políticas no deben violar, siendo por ello límites al uso justo de los poderes de la mayoría (referencia extraída de MAURINO, 20015). Del mismo modo, BELLO HUTT, 2017, señala cómo cuando Dworkin manifiesta que para los autores “mayoritaristas” es “injusto” que no se le permita a la mayoría hacer las “cosas a su manera”, no se apoya en referencia a ningún autor adscribible a esta concepción de la

Dworkin, sin embargo, rechaza recién señalada premisa. Por ello, aporta la que a su juicio supone una mejor explicación de lo que supone el valor de la democracia, una mejor caracterización de la misma: la concepción asociativa de la democracia. Así, según esta segunda concepción, la democracia significa el “gobierno no de la mayoría en el ejercicio de la autoridad sobre todo el mundo, sino del pueblo en su conjunto en carácter de socios<sup>606</sup>”. Y, una comunidad política sólo puede ser una “asociación” si sus miembros aceptan que en política deben actuar con igual respeto y consideración por todos los demás “socios”. Es decir, puede ser una asociación si cada uno acepta la obligación permanente no sólo de obedecer la ley de la comunidad, “sino de tratar que esa ley sea coherente con su comprensión de buena fe acerca de lo que exige la dignidad de todos los ciudadanos<sup>607</sup>”.

Según la exposición de Dworkin, esta breve descripción nos sirve para poner sobre la mesa la diferencia más importante entre las dos concepciones de democracia. Así, según su criterio, la concepción mayoritarista define esta última sólo de manera procedimental<sup>608</sup>. Por su parte, la concepción asociativa la liga a las restricciones sustantivas de *legitimidad*<sup>609</sup>. Y a su juicio la segunda concepción es la correcta, en tanto

---

democracia, referencias en base a las cuales debiera sostener esta afirmación. En mi opinión, pues, no es que los autores mayoritaristas sostenengan que la mayoría debe hacer siempre las cosas “a su manera” – sin respeto alguno por nada más que la propia voluntad política –, sino más bien, que la mayoría, en todo caso, debe siempre respetar los derechos individuales y de la minorías, ahora bien, dado que “no contamos con procedimientos y agentes epistémicos infalibles (o más confiables que otros) para el acceso a las respuestas correctas (o más probablemente correctas que otras)” – MAURINO, 2015 –, no existe justificación alguna para que un procedimiento u órgano diferente al democrático o a los representantes democráticos acabe determinando cuando una decisión política respeta o no esos derechos que operan como límites, sino que debe ser la propia mayoría la que acabe determinando – también – este extremo; ver WALDRON, 2005: capítulos 5 y 11 y 2006 o 2015.

<sup>606</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>607</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>608</sup> Esto, sin embargo, exigiría de muchos ulteriores matices. Así, la práctica totalidad de los defensores de la premisa mayoritaria justifican la misma en base a una serie de valores sustantivos subyacentes, valores que permiten predicar la fundamentación axiológica de la misma, y que pueden sintetizarse en el reconocimiento de la igual dignidad política, de la igual capacidad para desarrollar y defender un sentido de la justicia, de todos los miembros que integran el cuerpo político. En este sentido, la mayor parte de autores encasillables bajo la defensa de una democracia mayoritarista, serían, por así decirlo, “procedimentalistas débiles”, en tanto justificarían su adhesión a tal concepción no sólo sobre la defensa de valores de corte procedimental, sino también sobre la defensa de los valores sustantivos implícitos a los primeros. En este sentido, a título de ejemplo, véase CURCÓ COBOS, 2016.

<sup>609</sup> Aunue, una concepción procedimentalista coherente – no sinónima al irrestricto mayoritarismo – con los valores sustantivos implícitos y/o asociables a una forma de gobierno genuinamente democrática, también debe admitir ligar o vehicular toda forma de gobierno democrática a ciertas restricciones sustantivas de legitimidad. Ya se ha expuesto como, en nuestro ámbito, la construcción teórica de Bovero es el mejor exponente de ello. Así, en su consideración, por razones conceptuales no cabe sino admitir que la democracia es formal, procedimental, por definición, en tanto consiste en una serie de reglas para decidir; pero, si se quiere obrar en consonancia con los valores que le otorgan justificación o un valor como una forma de gobierno superior a otras, si se quiere actuar de conformidad a los principios que operan en su

la concepción mayoritarista “no describe nada que los integrantes de una minoría política (...) puedan considerar autogobierno<sup>610</sup>”.

A lo que aquí interesa, y como el propio Dworkin manifiesta, el profundo contraste entre las dos concepciones tiene una llamativa ilustración en el debate acerca de la compatibilidad de la democracia y el control judicial de constitucionalidad. Y es que, pese a que la concepción mayoritarista no excluye automáticamente un ordenamiento político que dé a los jueces el poder de hacer cumplir la Constitución, declarando la nulidad de una ley<sup>611</sup>, en términos generales, esta concepción recela del control judicial de constitucionalidad, y quienes la sostienen rechazan la facultad judicial de derogar leyes claramente apoyadas por una mayoría “firme e informada”. Y es que, en su consideración, autorizar a un pequeño grupo de juristas, que no pueden ser desplazados en ninguna elección general<sup>612</sup>, a decidir sobre cuestiones fundamentales para la gobernanza de la comunidad, es contrario al sentido o justificación misma de la democracia. Desde esta perspectiva, en consecuencia, se entiende que “el control – judicial – de constitucionalidad niega la libertad positiva – el autogobierno – que requiere la dignidad de todos los ciudadanos comunes y corrientes<sup>613</sup>”.

Sin embargo, para una concepción asociativa acerca de la democracia lo recién dicho supone un argumento circular, por lo siguiente. Supone que la mayoría política tiene autoridad moral para decidir en nombre de todos los ciudadanos sobre todos los asuntos, pero, para esta concepción, una mayoría no tiene autoridad moral para decidir nada a menos que las instituciones a través de las cuales gobierna tengan *legitimidad suficiente*. En este sentido, el control judicial de constitucionalidad es una posible (aunque como el propio Dworkin destaca, sólo una posible<sup>614</sup>) estrategia para mejorar la legitimidad de un

---

fundamento y/o que la dotan de sentido en el plano ideal, deben admitirse o exigirse restricciones sustantivas – y también formales – a las decisiones de la mayoría.

<sup>610</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>611</sup> Así, algunos autores han sostenido que el control judicial de constitucionalidad, adecuadamente perfilado, puede ser útil a una concepción mayoritarista de la democracia al aumentar la probabilidad de que la legislación refleje la visión arraigada de la mayoría de la ciudadanía. A título de ejemplo, como sabemos, ELY, 2001 sostuvo que los jueces deben proteger el poder del pueblo mediante la salvaguarda de la libertad de expresión e información y las propias reglas del juego democrático; por lo que, en su consideración, sobre este extremo, la intervención de los mismos resultará justificada. Véase DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>612</sup> WALDRON, 2006.

<sup>613</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>614</sup> DWORKIN, 1996: Capítulo I y 2014: Capítulo XVIII.



gobierno (gracias, por ejemplo, a la protección de la independencia ética de una minoría) y, de ese modo, garantizar el derecho moral de una mayoría a imponer su voluntad.

Sin embargo, advierte Dworkin, cabe destacar como aquellos que se adhieren a la concepción mayoritarista consideran que la regla de la mayoría es el único método equitativo para gobernar una comunidad política. Por ello, proponen un principio general de equidad procedimental que dé un trato igual a todos los ciudadanos y a cada opinión manifestada. Sin embargo, en opinión del autor anglosajón, no debemos olvidar que el principio cuantitativo mayoritario no es un principio fundamental de equidad. Dworkin nos presenta el siguiente ejemplo para ilustrar este punto: “cuando un bote salvavidas está atestado y es preciso arrojar a un pasajero al agua para evitar que todos mueran, no sería equitativo hacer una votación, de manera tal que se ahogara el menos popular de ellos. Sería mucho más equitativo echarlo a suertes<sup>615</sup>”. En este sentido, estima, la razón evidente por la cual un voto mayoritario sería inequitativo en el caso del bote salvavidas también es válida, al menos, para algunas decisiones políticas: “así como las parcialidades y las aversiones personales de una mayoría no deben influir a la hora de decidir a qué pasajero se tirará por la borda, tampoco son relevantes cuando la comunidad política decide sobre los derechos de una minoría identificada y repudiada<sup>616</sup>”.

Constatado el anterior fracaso, sin embargo, aquellos que se adhieren a la concepción procedimentalista o mayoritarista nos podrán decir, tal y como nos recuerda Dworkin, que la misma es la que garantiza en mayor medida la *igualdad política*<sup>617</sup>. A lo que el teórico estadounidense nos responde: esto está directamente relacionado con la concepción que mantengamos acerca de lo que sea la igualdad política. Así, nos dice, podríamos considerar, en primer lugar, que la misma supone que el poder político debe estar repartido de tal forma que todos los ciudadanos deban tener *igual influencia* sobre las decisiones políticas. O, en segundo lugar, podríamos considerar que exige que todos los ciudadanos deben tener *igual impacto* sobre el proceso político<sup>618</sup>. Por último, en tercer lugar, podríamos estimar que la igualdad política significa que ningún ciudadano

---

<sup>615</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>616</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>617</sup> Este es, de hecho, el principal argumento de WALDRON, 2006 para predicar la fundamentación axiológica de la regla de la mayoría como instrumento para la adopción de decisiones colectivas.

<sup>618</sup> Dworkin diferencia entre la igualdad de influencia e impacto de la siguiente manera: “la influencia de una persona incluye su poder de persuadir o inducir a otras a alienarse con ella; su impacto se limita a lo que puede lograr gracias a su opinión, con prescindencia de lo que otros crean”. DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

“tiene menos impacto político que ningún otro por razones que comprometen su dignidad; razones que prestan a su vida menor consideración o juzgan sus opiniones menos merecedoras de respeto<sup>619</sup>”. Así, las dos primeras consideraciones entienden que la igualdad política es una suerte de ideal matemático: presuponen una métrica del poder político y, en consecuencia, demandan, al menos como ideal, que el poder de todos los ciudadanos, así medido, sea igual. Por su parte, la tercera concepción “ve a la igualdad política como una cuestión de actitud, no de matemática. Exige que la comunidad divida al poder político (...) de una manera que trate a las personas como iguales<sup>620</sup>”.

Considerar que el principio de igualdad política demanda una igual influencia de todos los ciudadanos, sostiene Dworkin, no sólo es poco realista sino también poco atractivo: es cierto que lamentamos la especial influencia de algunos multimillonarios porque entendemos que el hecho de ser rico no debería importar en política, pero, sin embargo, no lamentamos la influencia especial de otras personas, como en su día la tuvo Martin Luther King; al contrario, estamos orgullosos de su poder. Entonces, si queremos ofrecer una lectura “matemática” de la igualdad política, debemos inclinarnos por la idea de que la misma exige la igualdad de impacto de todos los ciudadanos. Sin embargo, piensa Dworkin, esto último sigue siendo poco convincente. Y es que, lo cierto es que la igualdad de impacto no presenta ninguna utilidad práctica individual para los ciudadanos, sea cuales fueran las dimensiones de su comunidad<sup>621</sup>. Así, la medida de control político positivo que un ciudadano tiene respecto de su comunidad es tan pequeña que sólo podemos redondearla a cero. La decisión de un ciudadano de votar de una manera u otra no mejorará en un grado estadísticamente significativo las probabilidades de que triunfe su preferencia; en consecuencia, se pregunta Dworkin, “si el impacto político de un ciudadano común y corriente con un voto igual a los demás es infinitesimal, ¿por qué habría de importar si el impacto infinitesimal que cada uno tiene lo es en igual medida para todos?<sup>622</sup>” Para dar respuesta a tal interrogante, estima, no cabe sino aceptar que la igualdad política no es un asunto de poder político sino de posición política. En este sentido, considera, la democracia es la única forma gubernativa que confirma esa igualdad de consideración y respeto en su constitución más fundamental: “si la ley sólo permitiera

---

<sup>619</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>620</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>621</sup> A no ser, obvia decirlo, que se trate de una comunidad extremadamente pequeña en términos poblacionales; tipo de comunidad que, sin embargo, no parece equiparable a las de los Estados contemporáneos.

<sup>622</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

votar a aristócratas, o sacerdotes, o varones, o ciudadanos cristianos o blancos, (...) la implicación de una menor consideración o respeto sería innegable<sup>623</sup>”. Pero en todo caso, nos recuerda en *Justice for hedgehogs*, resulta crucial no olvidar que algunos ordenamientos electorales que permiten un impacto político desigual no implican, en modo alguno, una falta de respeto o rechazo de la dignidad de todos los ciudadanos. Por ejemplo, habida cuenta la injusticia racial pasada y su legado contemporáneo en sociedades como la estadounidense, la promulgación de medidas especiales para aumentar la cantidad de representantes negros bien podría tener importantes ventajas para toda la sociedad. Supongamos así que ese objetivo puede lograrse por medio de una reorganización de las circunscripciones electorales, que haga más probable la elección de representantes negros, y que la manera más eficaz de acometer tal tarea haga que, para elegir a un representante, sea necesario en una circunscripción un número algo menor de sufragios que en otra. Sea como fuera, piensa Dworkin, por este hecho no cabría deducir que hay una ciudadanía disminuida o de segunda (respecto de aquellas circunscripciones que requieran de más sufragios). Y es que, en esas circunstancias, “sería tonto insistir en la mayor igualdad posible del impacto por el impacto mismo<sup>624</sup>”.

Por todo lo anterior, como el mismo Dworkin recapitula, cabe entender que:

“La igualdad política exige que la distribución del poder político implique una confirmación de la igualdad de consideración y respeto que la comunidad política tiene por todos sus miembros. Reservar el poder a alguna persona o grupo en función del nacimiento, (...) o una aristocracia de talento, o negar los emblemas de la ciudadanía a algún adulto (...) es inaceptable. Pero la igualdad aritmética de influencia no es posible ni deseable, y la igualdad aritmética de impacto sólo es esencial en la medida en que la desviación signifique un insulto. Por lo tanto, la igualdad aritmética de la concepción mayoritarista no tiene en sí misma ningún valor. La regla de la mayoría no es un procedimiento de decisión intrínsecamente equitativo (...). Si la legitimidad de un ordenamiento político puede mejorarse por medio de medidas constitucionales que generen cierta desigualdad de impacto pero no acarreen ninguna mancha o peligro de indignidad, sería perverso excluir esas medidas. Esa es la fatal debilidad de la concepción mayoritarista. Esta acierta a destacar el valor del igual impacto, pero malinterpreta la naturaleza y, por ende, los límites de ese valor;

---

<sup>623</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>624</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

compromete el verdadero valor en juego, que es la libertad positiva, al convertir la igualdad de impacto en un peligroso fetiche. (...) La concepción asociativa no exige automáticamente un igual impacto político de los votos de todos los ciudadanos. Pero a veces sí lo exige. ¿Cuándo y por qué?<sup>625</sup>”.

Pues bien, respecto de este último interrogante, Dworkin plantea una “carga argumental”. Así, considera, la exigencia de legitimidad suficiente requiere una distribución del poder político que refleje la igual consideración y respeto que la comunidad debe tener por todos y cada uno de los ciudadanos. Esta exigencia establece un estándar por defecto: cualquier diferencia significativa en el impacto político de los votos de distintos ciudadanos es antidemocrática e incorrecta, a menos que cumpla dos condiciones: i) “no debe señalar ni presuponer que algunas personas nacen para gobernar a otras”; ii) “debe ser plausible suponer que el ordenamiento constitucional que crea la diferencia de impacto mejora la legitimidad de la comunidad<sup>626</sup>”.

Tras todo este camino, Dworkin finalmente se pregunta: “¿deberían jueces no electivos tener la facultad de negar a la mayoría lo que esta auténticamente quiere y sus representantes, elegidos como es debido, han sancionado? (...) La concepción mayoritarista declara: no. La concepción asociativa replica: *no necesariamente*<sup>627</sup>”.

En este sentido, sostiene Dworkin, no hay lugar a dudas respecto del hecho de que control sustantivo de constitucionalidad llevado a cabo por nuestros jueces crea una disparidad de impacto político<sup>628</sup>. Así, por ejemplo, en Estados Unidos apenas son necesarios cinco magistrados de la Corte Suprema para deshacer lo que los representantes de millones de ciudadanos han hecho. Pese a ello, considera, la primera exigencia expuesta o demandada por la concepción asociativa se cumple: “esa diferencia de impacto político rige entre los jueces y todos los demás: no tercia ninguna discriminación de nacimiento o de riqueza<sup>629</sup>”; esto es, la desigualdad de impacto apuntada no señala ni presupone “que algunas personas nacen para gobernar a otras”. En consecuencia, la

---

<sup>625</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>626</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>627</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>628</sup> En este sentido, por ejemplo, según sostiene SPECTOR, 2013: “podemos considerar al control judicial de constitucionalidad como un modo de restringir el poder de las mayorías al darles a las minorías el poder de impedir o demorar un cambio legislativo, o como una violación al principio una persona-un voto (es decir, igual libertad política) al darles a los miembros de una corte o tribunal constitucional un voto súper calificado para resolver cuestiones constitucionales”.

<sup>629</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

segunda condición es la verdaderamente relevante: “¿es plausible que el control – judicial – de constitucionalidad mejore la legitimidad democrática en general?<sup>630</sup>”

Pues bien, en este punto, como por ejemplo nos recuerda Gaviria<sup>631</sup>, esperaríamos encontrar una defensa directa por parte de Dworkin de la capacidad de los jueces para razonar conforme a principios, de leer “correctamente” la Constitución, etc., en consonancia con el punto de vista o la principal tesis aducida a este respecto con anterioridad. Así, cabe recalcar, pese a ser cierto que, por ejemplo, en *Freedom’s Law* – 1996 – el tratamiento de Dworkin acerca de la cuestión del control judicial de constitucionalidad era, en principio, también sensiblemente cauteloso, afirmando igualmente que “la democracia no insiste en que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco insiste en que no la tengan<sup>632</sup>”, como por ejemplo nos recuerda Linares<sup>633</sup>, lo cierto es que de los postulados teóricos dworkinianos acababa derivando una suerte de defensa cerrada y con tintes universalistas acerca de la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. Así, siguiendo con *Freedom’s Law*, cabe señalar como en referida obra contraponía de igual modo una concepción mayoritarista contra una concepción asociativa – constitucional - de la democracia, y defendía, también, a la segunda concepción. En este sentido, nos decía Dworkin, la democracia debe ser entendida como el gobierno sujeto a las condiciones (que, según él, podríamos rotular como “condiciones democráticas”) que garantizan el *igual estatus* de todos los ciudadanos, y éstas, como el propio Dworkin indicaba, pueden ser entendidas como las condiciones de membresía moral en una comunidad política<sup>634</sup>. Por ello, cuando las instituciones mayoritarias proporcionan y respetan las condiciones democráticas, entonces, las decisiones adoptadas por las mismas deberán ser respetadas por esta misma razón. Pero, cuando no proporcionan o respetan tales condiciones, no puede haber objeción, en el nombre de la propia democracia, a otros procedimientos que las protegen y respetan en mejor modo<sup>635</sup>. Y es en este punto en el que Dworkin, de manera más o

---

<sup>630</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>631</sup> GAVIRIA, 2014.

<sup>632</sup> DWORKIN, 1996: Capítulo I.

<sup>633</sup> LINARES, 2008: 62 y ss.

<sup>634</sup> DWORKIN, 1990.

<sup>635</sup> DWORKIN, 1996: Introducción. En definitiva, lo que esta concepción de la democracia estará exigiendo es que “las decisiones colectivas se tomen a través de instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad -como individuos- con igual consideración y respeto. El principio de igual consideración y respeto, que puede ser traducido en términos más habituales al principio de dignidad, puede ser descompuesto en dos (sub)principios: el (sub)principio de igual consideración – principio de igualdad -, según el cual cada vida humana tiene el mismo valor intrínseco, y

menos clara, insertaba una suerte de defensa no condicionada del control judicial de constitucionalidad, por lo siguiente. Como sabemos, señalaba Dworkin, la mayor parte de nuestras Constituciones actuales consagran derechos y libertades a través de un lenguaje muy amplio y abstracto, siendo por lo tanto necesario, a su parecer, la lectura moral de las mismas, lo cual lleva a la moralidad política dentro del corazón del derecho constitucional<sup>636</sup>; siendo ésta necesaria en tanto nuestras Constituciones (en sus partes sustantivas) no vendrían sino a reconocer genuinos principios morales cuya aplicabilidad, en consecuencia, requeriría de juicios morales. En particular, sostenía Dworkin, debemos interpretar tales cláusulas constitucionales como portadoras de principios morales dado que esta supone la mejor manera que tenemos de captar que es lo que los constituyentes pretendieron decir al establecer las mismas, esto es, de razonar “acerca de lo que los constituyentes presumiblemente intentaron decir cuando usaron las palabras que utilizaron<sup>637</sup>”, y la historia resulta crucial para sostener tal afirmación, y nos demuestra como nuestros constituyentes quisieron redactar tales partes constitucionales por medio de principios generales. Ahora bien, dada la abstracción de los mismos, surge inevitablemente el siguiente interrogante ante la interpretación de cada una de estas cláusulas que contienen aludidos principios: ¿Cuál es – en concreto – el principio general que pretendieron promulgar? Para contestar a tal interrogante, cada vez que procedemos con la lectura o interpretación de nuestra Constitución, en opinión de Dworkin, no cabe sino responder, a través de la elaboración y/o argumentación pertinente, mediante principios de moralidad política que determinen que es exactamente lo que la Constitución preceptúa, debiéndose señalar, en todo caso, como la interpretación constitucional debe constreñirse y tomar en consideración “las prácticas jurídicas y políticas del pasado así como lo que los constituyentes por sí mismos intentaron decir<sup>638</sup>”. Del mismo modo, según acertaba a señalar, nuestros jueces constitucionales se encuentran necesariamente vinculados con el valor de la integridad constitucional, por ello, escribía:

---

el (sub)principio de responsabilidad – principio de libertad -, en base al cual debe garantizarse que cada individuo sea autónomo a la hora de materializar su propio plan de vida

<sup>636</sup> DWORKIN, 1996: Capítulo I.

<sup>637</sup> Sin embargo, piensa Dworkin, que esto no nos debe abrazar al “originalismo”, puesto que: “(únicamente) Volvemos a la historia para responder a la pregunta acerca de lo que ellos intentaron decir, no la pregunta diferente de qué otras intenciones ellos tenían. No tenemos necesidad de decidir qué suponían que iba a ocurrir, o que esperaban que podría suceder, en consecuencia de haber dicho lo que dijeron, por ejemplo; su propósito, en ese sentido, no es parte de nuestro estudio. Esta es una distinción crucial (...)”.

<sup>638</sup> DWORKIN, 1996: Capítulo I.

“Los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las abstractas cláusulas morales como expresando un juicio moral particular, sin importar qué tanto esa opinión les pueda atraer, salvo que la encuentren consistente en principio con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y además con las líneas dominantes de la interpretación constitucional del pasado de otros. Deben considerarse a sí mismos como socios de otros oficiales (otras autoridades), pasados y futuros, quienes conjuntamente elaboran una moralidad constitucional coherente, y deben cuidar de ver qué aquello que contribuyen encuadre (*fits*) con el resto. (He dicho en otra parte que los jueces son como los autores que conjuntamente crean una novela en serie en la cual cada uno escribe un capítulo que tiene sentido como parte de una historia como un todo.)<sup>639</sup>”.

Aludido ideal de la integridad constitucional, según exponía en *Freedom's Law*, restringe así la lectura moral que se deba hacer de la Constitución: los jueces no pueden leer la misma basándose únicamente en sus propias concepciones éticas, morales, etc., si las mismas no se adecuan de un modo coherente a la “estructura constitucional” vigente vista como un todo construido a través del tiempo.

Pues bien, junto a estas consideraciones, expresamente contempladas en referido trabajo, podría traerse a colación una suerte de reconstrucción de su teoría acerca del razonamiento judicial presente en otras tantas obras<sup>640</sup>. En esta dirección, nos insistía Dworkin, los jueces no sólo no pueden imponer sus personales preferencias valorativas a la hora de interpretar la Constitución – dado referido necesario constreñimiento a la integridad constitucional -, lo cual ya nos debe hacer reusar a las críticas que se plantean ante una posible “magistratura despótica”, sino que, además, se encentrarían en una mejor posición, respecto de la del legislador democrático, a la hora de razonar conforme a principios. Sin embargo, y sin ser este el lugar oportuno para reconstruir el pensamiento dworkiniano al respecto, cabe señalar como en *Justice for hedgehogs* no hace referencia alguna en este sentido; pues, saca a la luz argumentos de otra índole para tratar de analizar la posible legitimidad de la institución del control judicial de constitucionalidad, nada, en conclusión, nos dice acerca de la mejor posición de los jueces a la hora de razonar conforme a principios o de interpretar la Constitución acorde a las exigencias de la

---

<sup>639</sup> DWORKIN, 1996: Capítulo I.

<sup>640</sup> Por ejemplo, DWORKIN, 1977 a, 1977 b, 1986 o 2007.

integridad constitucional. En particular, pone sobre la mesa los tres siguientes argumentos:

En primer lugar, Dworkin alega al hecho de que al momento de elegir a un magistrado de la Corte Suprema la ciudadanía estadounidense tiene un mayor peso en relación al que pueda tener al momento, por ejemplo, de la elección “de un senador de un estado pequeño que luego accede a la presidencia de una comisión (...) o sobre el nombramiento de un funcionario no electivo como secretario de defensa o presidente de la Reserva Federal, cargos desde los que puede ejercerse un gran poder para bien o para mal<sup>641</sup>”. Este argumento, sin embargo, es en realidad un argumento muy débil. Aunque el impacto del ciudadano medio en la designación de un magistrado de la Corte Suprema (léase, donde sea preceptivo, de la Corte o Tribunal Constitucional) sea mayor que el de ese mismo ciudadano en la designación de algunos de nuestros representantes democráticos (cuestión que no deja de ser plenamente contingente<sup>642</sup>), en todo caso, el impacto del mismo en ambos supuestos no deja de ser infinitesimal, no existe una diferencia apreciable desde el punto de vista estrictamente “estadístico” o “matemático”, pero hay una diferencia crucial entre ambos tipos de elecciones, la de un magistrado no es plenamente dependiente (al menos, en la mayor parte de Ordenamientos constitucionales), como así sucede con la de los representantes democráticos, de unas elecciones basadas en el sufragio universal<sup>643</sup>. En segundo lugar, en relación al mayor peso o impacto del ciudadano medio en el nombramiento de un magistrado que de un presidente de la Reserva Federal o un Secretario de Defensa, parece que Dworkin está planteando algo así como una incoherencia en aquellos que se adhieren a la concepción procedimental o mayoritarista de la democracia, al no cuestionar el nombramiento y/o actividad de los segundos y sí de los magistrados de la Corte Suprema. Pero, vistas con propiedad las cosas, en realidad, con ello, está planteando un enemigo inexistente, pues pareciera que, pensando consecuentemente, aquellos que defienden una concepción procedimental también debieran criticar por igual la forma “no democrática” de nombrar (o de hacerles rendir cuentas) a ciertos cargos institucionales que vienen a desempeñar funciones tan vitales para cualquier comunidad política.

---

<sup>641</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>642</sup> Por ejemplo, difícilmente se puede predicar esto respecto de la designación de los magistrados que componen el Tribunal Constitucional español.

<sup>643</sup> WALDRON, 2006.



El segundo argumento que expone Dworkin, en favor de una posible legitimidad de la actuación de los jueces constitucionales, viene de la mano de comparar el poder que detentan los mismos con el poder de “presidentes, primeros ministros y gobernadores”, entendiéndolo que los jueces no tienen igual facultad que estos últimos para desafiar la “voluntad del pueblo”. Del mismo modo, nos dice, aunque admitamos que los jueces pueden cometer “errores muy graves”, “presidentes, primeros ministros y legisladores veteranos que encabezan comisiones importantes pueden hacer, cada uno por su lado, más daño del que los jueces pueden hacer colectivamente”, por ello, “un índice de independencia que tomara nota de que los jueces no son electos, pero también tomara en consideración todos los otros factores relevantes y las dimensiones del poder y rendición de cuentas, no podría calificar de manera fidedigna el control de constitucionalidad (...) de más nocivo para la igualdad política que varios otros rasgos del gobierno representativo complejo<sup>644</sup>”. Este segundo argumento, salta a la vista, no deja de ser de manera igual sorprendentemente débil, pues parece poco plausible medir el grado de legitimidad de una institución a través del simple ejercicio comparativo con otras instituciones que puedan ser calificadas como potencialmente “más dañinas” o “menos legítimas”. Este segundo argumento parece, en definitiva, conducir a pocas conclusiones al respecto.

El propio Dworkin es consciente de la debilidad o problemática de los argumentos recién señalados, y remarca como, en todo caso, la principal cuestión a la que cabe dar respuesta para referir la posible legitimidad de esta institución, como ya se ha indicado, es si la misma contribuye a mejorar la propia legitimidad del gobierno de la comunidad política<sup>645</sup>. Y aquí, en una respuesta que parece matizar considerablemente posiciones anteriormente defendidas por él mismo, nos dice cómo ello deviene un hecho contingente, pues: “dependerá, como es obvio, de una multitud de factores que varían de lugar en lugar. Entre ellos se incluyen la fortaleza del Estado de Derecho, la independencia del Poder Judicial y el carácter de la Constitución que los jueces tienen la tarea de hacer cumplir. El control de constitucionalidad bien puede ser menos necesario en naciones donde las

---

<sup>644</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>645</sup> Siguiendo el esquema de HAREL; KAHANA, 2015: 304, podemos decir que la teoría de Dworkin, tendente a justificar el control de la legislación, es de tipo instrumentalista – véase igualmente BELLO HUTT, 2017 -, y está basada en la conjunción de dos afirmaciones: i) la Constitución está diseñada para realizar ciertos objetivos, en particular, según Dworkin, centralmente para proteger derechos y/o mejorar y/o posibilitar la democracia; ii) el control judicial de la legislación es deseable o justificable, legítimo, sólo en la medida en que sea exitoso en la realización de las metas constitucionales.

mayorías estables tienen un sólido historial de protección de la legitimidad de su gobierno mediante la identificación y el respeto adecuado de los derechos de individuos y minorías<sup>646</sup>. Por desdicha, la historia saca a la luz pocas naciones así, aun entre las democracias maduras. Por ejemplo, las reacciones recientes tanto de Estados Unidos como del Reino Unido ante las amenazas terroristas ilustran un fracaso del temple y el honor de estas dos culturas políticas un tanto diferentes<sup>647</sup>”. Pero, en todo caso, subraya: “*nada garantiza* de antemano que el control de constitucionalidad hará o no hará de una comunidad mayoritaria una comunidad *más legítima* y democrática. Pueden imaginarse *otras estrategias*, que acaso demuestren ser *superiores*, para supervisar y corregir las políticas mayoritarias<sup>648</sup>”. En conclusión, sostiene Dworkin: “niego lo que muchos abogados y politólogos afirman: que el control de constitucionalidad es de manera inevitable y automática un defecto en la democracia. De ello no se deduce, empero, que existan democracias que se hayan beneficiado efectivamente con esta institución. Que la Corte Suprema estadounidense haya mejorado en los hechos la democracia en Estados Unidos depende de un juicio que usted y yo tal vez hagamos de diferente manera<sup>649</sup>”.

Creo que la exposición recién hecha acerca de cómo Dworkin plantea la legitimidad del control judicial de constitucionalidad en *Justice for hedgehogs*, matiza, por los motivos que se han ido señalando, considerablemente su postura al respecto en obras precedentes. En síntesis, puede decirse, para el último Dworkin la legitimidad de esta institución dependerá en última instancia de que la misma sirva al objetivo de mejorar la propia legitimidad del gobierno de la comunidad política y, si sirve o no a tal objetivo, es una respuesta que depende del contexto de cada comunidad, de factores contextuales y/o contingentes. En todo caso, afirma de modo expreso, pese a que podamos imaginar

---

<sup>646</sup> Que es, cabe señalar, el escenario en el que Waldron plantea la ilegitimidad del control judicial de constitucionalidad. WALDRON, 2006: 1360.

<sup>647</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

<sup>648</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII, las cursivas son añadidas mías. Creo que en este punto pueden traerse igualmente a colación las reflexiones de NINO, 1995: 227-229 y 1997 acerca del control judicial de constitucionalidad. Como por ejemplo sintetiza ORUNESU, 2012 a: 189, según Nino, puede acontecer que la Constitución prohíba al legislador ordinario promulgar ciertas leyes, aunque no exista un cuerpo que esté autorizado a anular las leyes dictadas en violación de dicha prohibición. Y, a lo que aquí interesa, aun cuando se admitiera que cualquier obligación implica algún tipo de sanción o remedio, este no necesariamente tendría que ser el control judicial de constitucionalidad; esto es, el control judicial de constitucionalidad no sería una consecuencia lógica de asumir la supremacía de la Constitución, sino que, en todo caso, sería una característica contingente de diseño constitucional que adopte una determinada comunidad: la supremacía de la Constitución, en consecuencia, según Nino, es compatible con diversos sistemas de control, los cuales no necesariamente tienen que tener naturaleza jurisdiccional.

<sup>649</sup> DWORKIN, 2014: Capítulo XVIII.

sociedades en las cuales las mayorías cuentan con un sólido historial de protección hacia las condiciones que convierten en legítimo su gobierno, mediante el preceptivo respeto y garantía por los derechos individuales y de las minorías, la historia nos demuestra que esta es una realidad frágil, aun en las democracias más consolidadas, como podemos observar con las nuevas medidas anti-terroristas adoptadas, en perjuicio de un buen número de derechos individuales, por los gobiernos estadounidense o británico. Parece, pues, que Dworkin otorga sentido en toda sociedad mundana a referida institución; ahora bien, de nuevo matiza, pues asume, en primer lugar, que pueden imaginarse otras estrategias – diseños institucionales – que tal vez sean más propicias para mejorar la legitimidad y democraticidad del gobierno de una comunidad y, en segundo lugar, que nada garantiza que con el control judicial de constitucionalidad, *de facto*, mejoren o se garanticen tales condiciones de legitimidad. Por ello, manifiesta su negativa a la hora de entender que dicha institución sea, automáticamente, un defecto o antítesis de la democracia, mientras que, a la par, deja abierta la posibilidad de que, de hecho, la misma sirva para mejorar o no a un sistema democrático dado; esto último, vuelvo a remarcar, para *el último* Dworkin no deja de ser una cuestión contingente y, en todo caso, no descarta la existencia de otras alternativas mejores a la propia institución con la finalidad de lograr los objetivos referidos.

Creo, por lo tanto, que muchas de las afirmaciones o catalogaciones contemporáneas que sitúan a Dworkin como un firme e *incondicional* defensor del control judicial de constitucionalidad debieran, a colación de lo dicho, ser sensiblemente matizadas. En este sentido, y espero que no de un modo equivocadamente forzado<sup>650</sup>, considero que su posición en *Justice for hedgehogs*, pese a ser cierto que quizá el capítulo específico en el que desarrolla la cuestión parece finalizar de un modo un tanto abrupto, no lo hace *radicalmente* incompatible con la posibilidad de justificar – en determinados contextos – algún tipo de diseño institucional que tienda a establecer una suerte de diálogo entre los jueces y nuestros representantes democráticos<sup>651</sup> (incluso, aunque esto quizá ya sea forzar

---

<sup>650</sup> En sentido contrario véase GAVIRIA, 2014.

<sup>651</sup> Aunque es cierto que, como por ejemplo nos recuerda BELLO HUTT, 2017, en el global de la construcción teórica dworkiniana no encontramos desarrollo ninguno de formas institucionales compatibles con su premisa de la “lectura moral” de la Constitución y que no impliquen privilegiar a los poderes interpretativos de la judicatura. No obstante, según la hipótesis que he planteado, ello tendría su razón de ser en que la “opción real” que Dworkin ofrece de poder llegar a admitir diseños o prácticas institucionales alternativas al control judicial de constitucionalidad, para mejorar las condiciones de legitimidad política de la comunidad, sólo es no frontalmente rechazada en el Dworkin de la “última etapa”; por lo que, simplemente, podría decirse, no llegó a culminar este aspecto de su obra (o, también podría llegar a

mucho las cosas dentro del aparato conceptual y/o justificativo dworkiniano, quitando la última palabra de la mano de los jueces), a la hora de concretar, proteger o garantizar nuestros derechos y libertades fundamentales, tal y como han sostenido tantos autores (aunque no de un modo homogéneo)<sup>652</sup> con el ya identificado “constitucionalismo dialógico”, al cual, y según sostienen ya implícita ya explícitamente algunos de ellos, subyace una suerte de adhesión a algún tipo de *ideal deliberativo*<sup>653</sup>.

### 2.1.1. Modelos de control dialógicos: presentación y algunos interrogantes.

Por lo dicho, me tomo el permiso de concretar con algo más de detalle y de un modo muy breve en que viene a consistir este “nuevo constitucionalismo” y, porqué no, en expresar de un modo también esquemático algunas de las dudas que en lo personal me abordan sobre el mismo.

Lo primero que cabe reseñar, tal y como nos ilustra Gargarella<sup>654</sup>, es cómo en los últimos años han ido confeccionándose toda una serie de diseños institucionales o prácticas – muy heterogéneas - que vienen siendo consideradas como respuestas acordes con el ideal del *diálogo constitucional*; algunas de las mismas son las siguientes:

- En 1982, la adopción de la *Canadian Charter of Rights*, en particular, el establecimiento de la *notwithstanding clause* – cláusula “no obstante” -. Así, en sus secciones 1 y 33, la Carta establece que los derechos establecidos en la misma se encuentran sujetos a “las limitaciones que resulten demostrablemente justificadas en una sociedad libre y democrática<sup>655</sup>”, y, sobre todo, que el Poder

---

pensarse, el último Dworkin albergaba dudas sobre estos extremos, en confrontación de la “seguridad” o “certeza” que exhibió con anterioridad al defender la institución del control judicial de constitucionalidad).

<sup>652</sup> A título de ejemplo: BAYÓN, 2010; ROACH, 2004; NIEMBRO, 2012 o 213; RUÍZ MIGUEL, 2004; MARMOR, 2015; a su manera, FRIEDMAN, 1993 o 2003 (para una crítica respecto de Friedman, ver SOLIMINE; WALKER, 1994-1995, GARGARELLA, 2015 o 2013 o NIEMBRO, 2013); o, también a su manera, FERRERES, 1997 y 2000 (que da “carta de legitimidad” a las respuestas legislativas frente a las decisiones constitucionales adoptadas por nuestros jueces y que, en tal sentido, puede observarse como una suerte de vía de naturaleza dialéctica para fomentar el diálogo entre nuestros jueces y legisladores – ver LINARES, 2013 o NIEMBRO, 2012 -).

Para un estudio acerca de una suerte de “estado de la cuestión”, en lengua española, puede acudir a la Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14, núm. 2, donde pueden encontrarse los siguientes artículos: GARGARELLA, 2013; LINARES, 2013, SPECTOR, 2013, HOGG y BUSHELL, 2013; TUSHNET, 2013 (entre otros).

<sup>653</sup> Sobre dicha concepción acerca de la democracia, en lengua española, algunas de las obras referentes son NINO, 1997 o MARTÍ, 2006. En todo caso, resulta indispensable acudir a HABERMARS, 1998.

<sup>654</sup> GARGARELLA, 2013; o también BAYON, 2000 o 2010; o TUSHNET, 2013.

<sup>655</sup> Como nos recuerdan HOGG; BUSHELL, 2013, en principio, todos los derechos garantizados por la Carta canadiense, y desde luego todos los formulados en términos incondicionales, pueden ser limitados por una ley que cumpla con los estándares judiciales establecidos para la justificación del artículo 1, que fueron determinados en 1986 en “*R.c.Oakes*”, y son: 1. La ley debe perseguir un objetivo importante; 2. La

Legislativo puede extender la vigencia de una norma por períodos renovables de cinco años, “no obstante” las tensiones que la misma pueda tener con la Carta de Derechos<sup>656</sup>.

- Más allá del caso canadiense, puede señalarse el llamado “nuevo modelo constitucional del *Commonwealth*”. Este nuevo modelo hace referencia a las reformas que se extendieron en diversos países de citada tradición, la propia Canadá (1982), Nueva Zelanda (1990), Reino Unido (1998), Australia (2004) y el Estado de Victoria (2006). Este “tercer” modelo se diferenciaría del “primero” (el de Estados Unidos) y el “segundo” (el viejo modelo *Commonwealth*, de supremacía legislativa y sin un *Bilff of Rights* codificado<sup>657</sup>). Lo novedoso de este nuevo modelo, en palabras del propio Gargarella, es que “combina elementos

---

ley debe estar racionalmente conectada con el objetivo; 3. La ley debe afectar el derecho no más de lo necesario para alcanzar ese objetivo; 4. La ley no debe tener un efecto desproporcionadamente severo en las personas que se aplican. Como veremos, bajo mi consideración, esta doctrina judicial canadiense no dista mucho de la doctrina del “principio de proporcionalidad” aplicada en el contexto de otras Cortes constitucionales. No obstante, la misma no es de aplicación en los supuestos en que los derechos contemplados por la Carta se encuentren redactados en términos tan específicos que no den lugar u ofrezcan posibilidad a la imposición de límites razonables sobre ellos o cuando un juez declare que el objetivo de la legislación impugnada es abiertamente inconstitucional – por lo que el primer requisito enunciado debería, en propiedad, leerse como la exigencia de que la ley examinada persiga un objetivo importante y no abiertamente inconstitucional-.

<sup>656</sup> En particular, en relación a los derechos contenidos en los artículos 2 y 7-15 de la Carta (por lo que existen algunos derechos constitucionales, como el derecho al voto, por ejemplo, inmunes frente a la posibilidad de revisión legislativa). Respecto de la cláusula canadiense “no obstante”, como señalan ORUNESU, 2012 b o LINARES 2008 o 2013, no propicia un genuino diálogo institucional, pues permite a la legislatura, cuando echa mano de la misma, prescindir de los argumentos de derechos a la hora de imponer sus preferencias. Sin embargo, cabe señalar, como lo hacen HOGG; BUSHELL, 2013, que en la práctica el artículo 33 se ha vuelto bastante poco importante dado el desarrollo de un clima político de resistencia a su uso; lo cual no obsta para calificarla como propia de un incorrecto diseño institucional, aún para los – mejor dicho, algunos - defensores del constitucionalismo dialógico. Sin embargo, nos recuerda Linares, 2013, debe tomarse en consideración que lo que suele verse es una especie de diálogo entre tribunales y Congreso por medio de otros canales. Así, lo habitual es que después de una declaración judicial de inconstitucionalidad el Congreso vuelva a insistir y apruebe una ley que, aunque no sea plenamente igual a la declarada inválida, reintroduzca algunos de sus puntos. En esta segunda lectura judicial, los jueces constitucionales canadienses suelen deferir a la voluntad legislativa, por miedo a que el legislador, en un último movimiento, eche mano de la cláusula “no obstante” – pese a la realidad de una cultura política muy poco proclive a su utilización, hasta el punto que WALDRON, 2006 o 2015, considera que el sistema de control judicial canadiense, en la práctica, sigue siendo calificable como “fuerte” -.

<sup>657</sup> Como nos recuerda LINARES, 2008: 212 y ss., el modelo de *Westminster*, originario de Inglaterra, fue adoptado de forma predominante, pero no exclusiva, por países pertenecientes a la *Commonwealth*. La primacía del Parlamento en este modelo excluía tres notas características: la rigidez constitucional, la mayor jerarquía de los textos constitucionales frente a las leyes, y la supremacía judicial. En los sistemas encuadrables en este modelo, la Constitución estaba conformada por numerosas leyes y convenciones no escritas, que tenían formalmente la misma jerarquía que las leyes ordinarias, y podían ser reformadas por mayoría absoluta. Por ello, en este esquema, los jueces no tenían la autoridad para invalidar las leyes. Así, en este modelo siempre se entendió que los derechos individuales quedaban bien protegidos asegurando el derecho de participación en pie de igualdad en la elaboración de las leyes; y los mismos se protegían de manera cotidiana a través de la invertebrada práctica judicial basada en los precedentes, y si surgía alguna situación controvertida sobre los derechos, era el Parlamento quién ostentaba la última palabra.

tradicionales en el *common law* del *Commonwealth*, con novedosas declaraciones de derechos”. Así, deben destacarse dos novedades importantes en la protección de derechos: un primer mecanismo está relacionado con el involucramiento que se requiere a los poderes legislativos en la revisión de la constitucionalidad de las normas antes de que se conviertan en leyes vigentes (una suerte de “revisión política de constitucionalidad”); mientras que un segundo mecanismo está relacionado con formas “débiles” de control judicial; formas que implican técnicas de revisión constitucional que no dan a los jueces la “última palabra”<sup>658</sup>.

- Como tercer fenómeno de estas nuevas prácticas dialógicas, cabe hacer referencia al “derecho de consulta”, en el marco de los derechos indígenas. Así, el mismo está destinado a asegurar que las comunidades indígenas, afectadas por muy heterogéneas y/o novedosas formas de explotación económica, deban ser consultadas mediante procedimientos apropiados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; consultas que deben efectuarse “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un *acuerdo* o lograr el *consentimiento* acerca de las medidas propuestas”, según el tenor literal del artículo seis de la Convención 169 de la OIT, de 1989<sup>659</sup>.

---

<sup>658</sup> A título de ejemplo puede verse el actual sistema británico. Así, en el mismo, tras la aprobación parlamentaria de la *Human Rights Act*, el Parlamento inglés no consagró ni una carta rígida de derechos, ni un modelo robusto de revisión judicial. Puede decirse que el Parlamento sancionó un modelo intermedio. Así, la Carta de Derechos puede ser enmendada por el mismo procedimiento de sanción de las leyes comunes. Del mismo modo, existe una cláusula que obliga a los ministros del gabinete a justificar la consistencia de cada propuesta de ley con la Carta de Derechos. Por último, los jueces no tienen autoridad para invalidar las leyes sancionadas por el Parlamento, aunque si están habilitados para pronunciar declaraciones de incompatibilidad de las normas. Como señala LINARES, 2008: 213 y ss., el rol de la judicatura en este nuevo sistema emana de dos artículos principales de la Carta. El primero es el artículo 3, que exhorta a los jueces a que “en la medida en que sea posible, la legislación primaria y la legislación subordinada debe ser leída y aplicada de un modo compatible con los derechos de la Convención”. Este requisito es complementado con el artículo 4, que señala que, ante la imposibilidad de interpretar la legislación de un modo compatible con la Convención, el juez está facultado para hacer una “declaración de incompatibilidad” de la disposición legislativa con la Carta de Derechos; una declaración que, cabe señalar, no afecta a la validez de la ley declarada incompatible ni obsta a que ésta produzca efectos. Por ello, piensan muchos, esta nueva fórmula británica abre la puerta a una suerte de diálogo interorgánico compuesto de tres fases: sanción de la ley (opinión), declaración de incompatibilidad (respuesta judicial), y reexamen parlamentario de la ley (réplica del parlamento). Es por ésta razón que la fórmula británica ha despertado grandes expectativas o adhesiones, de hecho, el propio WALDRON, 2006, que estaba firmemente en contra de la incorporación de una Carta de Derechos rígida, ha moderado sus críticas y ha sostenido que un sistema de declaraciones de incompatibilidad respecta los principios básicos de la democracia y elude la OCM – en tanto sigue siendo un modelo de supremacía parlamentaria, aunque “atenuada” -.

<sup>659</sup> Como recoge el mismo GARGARELLA, 2013: “Años más tarde, se sumaría a la Convención la Declaración de la ONU, de 2007, también referida a los derechos de los pueblos indígenas; y algunas

- En cuarto lugar, puede señalarse una novedosa y cada vez más frecuente práctica de diálogo impulsada principalmente por algunos tribunales superiores, destacando los latinoamericanos<sup>660</sup> – Argentina, Brasil y Colombia -, en el contexto de los denominados *litigios estructurales*; que involucran problemas públicos de gran importancia y/o graves y masivas violaciones de derechos. En el marco de tales litigios, los tribunales han realizado convocatorias de audiencias públicas, en las cuales no sólo han participado las partes involucradas sino también representantes de la sociedad civil. Por medio de tales audiencias, como sintetiza Gargarella: “los tribunales i) han dejado de lado una tradicional actitud de auto-restricción y deferencia hacia el legislativo; ii) se han comprometido frente a violaciones masivas y graves de derechos, que antes dejaban virtualmente desatendidas; iii) han tendido a destrabar, impulsar y poner en foco público discusiones difíciles y de primera importancia, acerca de cómo resolver esas violaciones de derechos; iv) y han hecho todo esto sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político, y por tanto sin arrogarse una legitimidad o poderes de los que carecen”.

Pues bien, el mismo Gargarella nos expone lo siguiente. La posibilidad de desarrollar prácticas dialógicas, a partir de diseños institucionales y/o fenómenos como los arriba mencionados, ha resultado una idea muy atractiva para un buen número de autores. En lo que aquí nos atañe:

“la propuesta de que los distintos poderes de gobierno alcancen acuerdos “conversacionales” ahuyenta los temores y críticas relacionadas con la “imposición” de soluciones “desde arriba”, que a veces se ha asociado con el control judicial de constitucionalidad. Más precisamente, las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial, basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o los riesgos de que al “imponer la última palabra”, se afecte al sentido y objeto de la democracia constitucional (en

---

decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que el proceso de consulta constituye ya un “principio general del Derecho Internacional”.

<sup>660</sup> También en otros contextos diferentes al latinoamericano, como en Sudáfrica (entre otros países), donde encontramos algunas decisiones en las que la Corte Constitucional, en el marco de litigios estructurales, ha hecho recientemente uso de estrategias dialógicas, como los famosos casos *Grootboom*, en el año 2000, y *Olivia Road*, en 2008. Puede acudir a DIXON, 2014, BERGALLO, 2014; RODRÍGUEZ GARAVITO, 2014, etc.

donde las mayorías deben mantenerse en el centro de la discusión normativa). Las soluciones dialógicas, en tal sentido, eluden las críticas a la “última palabra” judicial; y pueden ayudar a que la política vuelva a ocupar un lugar prominente – antes que relegado – en el proceso de toma de decisiones<sup>661</sup>”.

Por el momento, sin detenerme en este instante en formular una crítica acerca de la conveniencia de agrupar fenómenos tan heterogéneos, como los contemplados por Gargarella, en una misma categoría, y efectuando una considerable simplificación, puede decirse que la fundamentación que se asienta bajo la mayor parte de concepciones de un diseño institucional o práctica dialógica parece encontrarse en tensión considerable respecto del hecho de que los jueces ostenten la última palabra en cuanto a la determinación del contenido constitucional<sup>662</sup>. En este sentido, por ejemplo, Tushnet<sup>663</sup> entiende que los sistemas dialógicos traen a primer plano la inevitable tensión que existe dentro del constitucionalismo democrático entre su compromiso con el autogobierno popular y su compromiso con el establecimiento de limitaciones sobre las mayorías populares, y lo que sus defensores aducen es que éstos la resuelven del modo más óptimo posible. A diferencia de ello, no dirían sus detractores, los sistemas de revisión judicial tipo el estadounidense, sistemas de revisión judicial fuerte<sup>664</sup>, resuelven esta tensión reforzando de modo significativo el componente de la “limitación al poder popular”, postulando así la OCM, pues tales autores consideran que sistemas de este tipo no resuelven satisfactoriamente la tensión apuntada, al no lograr un balance adecuado entre los elementos en liza<sup>665</sup>. El problema de fondo que existe en el contexto de esta tensión,

---

<sup>661</sup> GARGARELLA, 2013. Ver TUSHNET, 2008.

<sup>662</sup> GARGARELLA, 2013; TUSHNET, 2008; KRAMER, 2005.

<sup>663</sup> TUSHNET, 2013.

<sup>664</sup> TUSHNET, 2008.

<sup>665</sup> Sin embargo, como nos señala LINARES, 2008: 203, en el modelo de revisión judicial fuerte aún puede quedar un espacio para poder canalizar el diálogo interorgánico, entre jueces y legislador, cuando el Tribunal o Corte constitucional elude las declaraciones de inconstitucionalidad y opta por sentencias “interpretativas” – ver AJA Y GONZÁLEZ BEILFUSS, 1998: 274 – 287 (citado pro LINARES, 2008) –, “aditivas”, “sustitutivas” o “exhortativas”. Así, por sentencias sustitutivas cabe entender aquellas que se caracterizan por declarar la inconstitucionalidad de un precepto y sustituirla con un precepto nuevo de creación judicial; las sentencias aditivas son aquellas que declaran la inconstitucionalidad de una disposición en cuanto omiten mencionar algo necesario conforme a la Constitución, como señala el propia Linares, puede decirse que son sentencias de inconstitucionalidad por omisión legislativa, que no invalidan el precepto legal sino que agrega contenidos sustantivos que no se contenían en el texto; por su parte, las sentencias exhortativas son aquellas en base a las cuales, pese advertir una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado precepto legal, el Tribunal sólo declara su mera incompatibilidad con la Constitución y exhorta al legislador para que en un plazo razonable introduzca aquello que es necesario para hacer desaparecer aludida incompatibilidad; por último, las sentencias interpretativas son aquellas en las cuales los tribunales disponen que un precepto legal debe interpretarse de una determinada manera si quiere salvarse su validez. Pues bien, teóricamente todas estas sentencias posibilitan una suerte de diálogo entre jueces y legislador, en el sentido de que los contenidos positivos “legislados” por el



afirma Tushnet, “yace en descifrar qué diseño institucional funciona mejor dada la existencia de *desacuerdos* razonables sobre el verdadero significado de las disposiciones constitucionales que restringen el autogobierno democrático<sup>666</sup>”. Por ello, considera, la revisión judicial dialógica es una posibilidad interesante, pues, la idea básica que la subyace es alentar interacciones – diálogos – entre las distintas ramas del gobierno acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las disposiciones constitucionales debe adoptarse.

Por lo anterior, me atrevo a afirmar como la tesis de fondo que parece animar buena parte de las adhesiones hacia sistemas y/o prácticas dialógicas, en gran medida, se encuentra interrelacionada con la tesis de la presunta indeterminación – la controvertibilidad interpretativa - de nuestras Constituciones<sup>667</sup>. Dicho de un modo un tanto simplista, lo que nos podrían decir sus partidarios es que, dado que no pueden extraerse respuestas “correctas” de nuestras Constituciones, conviene alentar diseños institucionales en los cuales la mayoría tenga algo que decir a la hora de concretar lo que la Constitución dice; para, de este modo, escapar de los problemas de justificación democrática que derivan de los sistemas de control constitucionalidad que otorgan la última palabra a los jueces, en los cuales, dada esta visión, la Constitución no será más que lo que los jueces dicen que la Constitución dice. Dada esta realidad, nos alegrarían los defensores del constitucionalismo dialógico, hay que abrazar nuevos diseños institucionales que otorguen un peso central y garantizado a la mayoría, dada la *actividad política*<sup>668</sup> de determinación del contenido constitucional. En última instancia, pues, aquello que da lugar tanto a la OCM cuanto a la adhesión a sistemas dialógicos no es sino la citada tesis de que se abriría una “brecha interpretativa” entre el texto constitucional y las decisiones que lo aplican<sup>669</sup>. Por ello, hay que evitar que los jueces terminen ocupando el lugar que le correspondería a la voluntad general; esto es, que la democracia

---

Tribunal constitucional – en una actividad que sobrepasa su rol de mero legislador negativo – pueden ser rechazados por el Congreso mediante la promulgación de una ley posterior; posibilidad que abre la vía para una posible contra-réplica del propio Tribunal – siendo, pues, un diálogo en el que el juez constitucional ostenta la última palabra -.

<sup>666</sup> TUSHNET, 2013.

<sup>667</sup> Al menos tal y como lo plantea WALDRON, 2005; en el sentido de que el reconocimiento del desacuerdo en torno al contenido de nuestras Constituciones no se compromete con negar la existencia de una verdad material de derechos y principios constitucionales, pero sí, al menos, con que no somos capaces – desde un punto de vista epistémico – de descubrir esa verdad de un modo incontestable.

<sup>668</sup> Como por ejemplo expone ALTEIRO, 2011: “la disputa entre las distintas interpretaciones sobre el contenido constitucional es una disputa política”; esta suele ser, así, la perspectiva mayoritaria desde la que se sostiene la OCM.

<sup>669</sup> GARGARELLA, 2004: 76

constitucional se convierta “en lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entienden (discrecionalmente<sup>670</sup>) que constituye el contenido de los derechos básicos<sup>671</sup>”.

Partiendo de las asunciones anteriores, a mi parecer, se abren dos posibilidades en cuanto a la justificación o contextualización del papel que les corresponde a los jueces en el marco de un escenario dialógico. En este sentido, una primera postura derivaría de la adhesión a la idea de que la presencia y el rol – no definitivo, pero si central – que puede o debe desempeñar el juez constitucional se encuentra *normativamente justificado* siempre y cuando, en principio, no ostente la última palabra. Esta justificación del rol que puede desempeñar el juez constitucional, en el marco de un diseño o práctica institucional dialógica, se asocia al cumplimiento de un doble objetivo: i) “obligar” a nuestros legisladores y/o administración a razonar, a argumentar, en el escenario de un diálogo interórgánico, cualquier medida adoptada en lo tocante a una posible afectación de derechos y libertades constitucionales, para evitar el “costo político” que produciría un pronunciamiento jurisdiccional en el cual se dictamine la trasgresión del contenido o exigencias constitucionales con la ley o medida de referencia; ii) no impedir que, en caso de disenso o disputa acerca de la determinación de las exigencias constitucionales, corresponda a la propia voluntad democrática, a la mayoría, acabar teniendo la última palabra, la decisión autoritativa, acerca de cuál es en particular el contenido, exigencias, los derechos o los límites que la Constitución preceptúa. Esta postura, por ejemplo, es la que defenderían autores como Hogg y Bushell. Creo que la misma aparece reflejada en el siguiente extracto:

“Cuando una decisión judicial que invalida una ley con fundamento en la Carta (constitucional canadiense) puede ser revocada, modificada o anulada por una nueva ley, cualquier preocupación acerca de la legitimidad de la revisión judicial se reduce en gran medida. Sin duda, la Corte podría haber forzado un tema que el órgano legislativo habría preferido no tratar en su agenda. Y, por supuesto, los términos precisos de cualquier ley nueva se verían poderosamente influenciados por la decisión de la Corte. El cuerpo legislativo habría sido obligado a darle mayor peso a los valores de la Carta identificados por la Corte (...) o en cierta medida podría haber sido obligado a modificar sus objetivos para dar cabida a las preocupaciones de la corte.

---

<sup>670</sup> El contenido entre paréntesis es añadido mío.

<sup>671</sup> BAYÓN, 2000.

Sin duda, estos son límites al proceso democrático, pero la decisión final es la democrática<sup>672</sup>”.

Sin embargo, una segunda postura vendría a consistir, en términos muy rudos, en aceptar el *hecho* de que, a día de hoy, dado el peso gravitacional que aún poseen los diseños institucionales contramayoritarios heredados del pasado, no podemos más que entender como una posibilidad cuasi utópica el acabar con el sistema de frenos y contrapesos, con instituciones “intrínsecamente” contramayoritarias como la de los jueces constitucionales, etc. Dado este escenario, que parece inamovible, y aun debiendo mantener como ideal regulativo la tesis de que deben ser los ciudadanos, sus representantes democráticos, los que librados de todas las ataduras contramayoritarias o puntos de veto<sup>673</sup> puedan decidir sobre todas las cuestiones, incluyendo las más fundamentales, sin ningún tipo de cortapisas, no queda sino tratar de atenuar el protagonismo, la posición de “poder político”, que ostentan los jueces constitucionales, mediante la adhesión o el fomento de cualquier tipo de reforma institucional y/o fenómeno práctico que refuerce o materialice, en la medida de las posibilidades actuales, el valor del diálogo constitucional. El juez constitucional, salvo para determinadas cuestiones<sup>674</sup>, es visto, pues, como un escollo o un obstáculo hacia la consecución o materialización de alguna suerte de ideal deliberativo, pero, dado que aún no es posible apartarlo por completo, al menos, debemos atenuar en el mayor grado posible su poder para empezar a reforzar en el mayor grado posible el poder de la voluntad popular, del autogobierno colectivo, en lo tocante a cualquier cuestión constitucional.

Hecha esta presentación esquemática acerca de lo que más concretamente podemos entender por el constitucionalismo dialógico, debo confesar que me he encontrado con graves dificultades a la hora de poder brindar una suerte de bosquejo general, con cierta pretensión de homogeneidad, sobre cuáles son las demandas, las posturas y las tesis de fondo que animan la adhesión a este tipo de diseños institucionales o fenómenos que recientemente vienen siendo rotulados como dialógicos. Me tranquilizo, no obstante, a la par que me alarmo, en el entendimiento de que esta dificultad no ha radicado simplemente

---

<sup>672</sup> HOGG; BUSHELL, 2013

<sup>673</sup> Esto es, tal y como lo describe WALDRON, 2016: 35, lo que “para los constitucionalistas” sería – o defienden como – “puntos de posible resistencia contra una legislación “opresiva”” (la necesidad de consentimiento por parte del ejecutivo para la aprobación de una ley, la presencia de Cortes constitucionales, etc. - o podría decirse, en definitiva, el sistema de frenos y contrapesos, en este sentido ver GARGARELLA, 2013 -).

<sup>674</sup> Como, por ejemplo, los supuestos en los que el mismo intervenga para resolver recursos de amparo.

en una deficiente comprensión personal acerca de lo que supone este nuevo constitucionalismo; más bien, como reconoce el mismo Gargarella, estas dificultades se encuentran intrínsecamente unidas a evidentes problemas definicionales en torno a estas “nuevas” tesis. En sus palabras: sigue existiendo “la dificultad (...) para definir con precisión los contornos de las soluciones dialógicas o basadas en el diálogo democrático”; a lo que añadido, se trata de una dificultad muy grave.

Aún sin pretender actuar de un modo excesivamente inquisitorial a la hora de manifestar aludidos problemas definicionales, dado que bien podría sostenerse que los mismos son - en algún sentido - comunes a toda nueva tesis, como sea la del diálogo constitucional (que aún se encuentra en proceso de maduración, estando la teoría y la práctica sobre estos diseños y fenómenos en constante proceso de retroalimentación y formación aún incipiente), creo, sin embargo, y no sólo por una cierta obsesión analítica, que existen graves problemas a la hora de entremezclar tan diversas manifestaciones bajo un mismo concepto o término. Así, considero que son tantas las tesis contrarias englobadas bajo un supuesto mismo fenómeno, que podemos acabar por no saber en qué consiste, cuáles son los fundamentos y/o los objetivos ulteriores del tan renombrado constitucionalismo dialógico; al menos, si se continúa usando con meridiana alegría esta etiqueta, asociada a una teórica superación de un constitucionalismo fuerte o robusto, sin realizar previamente un minucioso ejercicio estipulativo acerca de qué es exactamente a lo que nos estamos refiriendo cuando empleamos la misma.

Para ilustrar este punto, sin ánimo de exhaustividad, permítaseme exponer algunas de las tesis contradictorias que en lo personal considero que acaban indebidamente encasilladas bajo una misma etiqueta – o categoría teórica -, tomando como referencia la expuesta taxonomía de Gargarella:

- i. En primer lugar, hago referencia a una cuestión ya planteada, y es que puede que se defienda la necesidad de un diálogo entre jueces y legisladores porque se considere que la actividad conjunta de ambas ramas de gobierno ayuda a enriquecer, a mejorar, cualquier determinación o concretización del contenido o exigencias constitucionales, sobre las cuales se considera que existen y existirán constantes desacuerdos – a título de ejemplo, esta idea parece subyacer a los planteamientos del propio Hogg -. Esta sería, por lo tanto, una tesis normativa que justificaría modelos como el canadiense como los mejores alcanzables. U, otra posibilidad, es que se abogue por diálogo constitucional

entre jueces y legisladores porque este es el único instrumento – viable - que en la actualidad tenemos para quitar parte de la “posición de poder” que ocupa el juez constitucional en los diseños institucionales que hemos heredado, enmarcables dentro de un constitucionalismo fuerte; siendo, sin embargo, el objetivo último erradicar o acabar con cualquier tipo de institución de carácter contramayoritario – en esta posición se pueden encasillar autores como Gargarella -. Aunque a efectos prácticos no tenga tanto sentido la diferenciación entre estas dos tesis, creo que el posicionamiento teórico respecto de alguna de ellas, que debiera ser en todo caso claro y contundente, sin medias tintas, resulta importante para captar el enfoque que adopta sobre este nuevo constitucionalismo cada uno de sus actuales defensores.

- ii. En segundo lugar, puede que se trate de fomentar el diálogo porque se sostiene la tesis de la indeterminación radical o de la controvertibilidad interpretativa de las partes dogmáticas de nuestras Constituciones. Dada esta asunción, se entiende que siempre existirán desacuerdos razonables a la hora de determinar el contenido constitucional, por lo que la posibilidad de diálogo, al sumar las perspectivas de nuestros jueces, legisladores y/o de la sociedad civil, resultará una vía interesante para mejorar nuestra capacidad de comprensión y/o concretización acerca de las exigencias constitucionales. En este sentido, creo que esta tesis es una – de entre otras - de las que anima al nuevo modelo constitucional del *Commonwealth*. Pero, por otro lado, puede que se trate de fomentar el diálogo en un escenario parcialmente distinto, en particular, cuando se considere que, en escenarios o situaciones reales, *aquí y ahora*, los derechos u objetivos constitucionales han sufrido o están sufriendo alguna suerte de violación. En tales casos, el diálogo está enfocado principalmente entre las distintas ramas de gobierno – tanto jueces, cuanto legislador y administración – y los particulares afectados por tales violaciones y/o representantes de la sociedad civil que muestren su preocupación al respecto. Esto último parece ser el principal elemento explicativo de las nuevas prácticas dialógicas alentadas en el marco del derecho de consulta de las comunidades indígenas y, sobre todo, en el caso de los litigios estructurales. Pues bien, en mi opinión, a estos dos fenómenos o tipos de diálogo parecen subyacer tesis que no casan de un modo pacífico. Y es que, mientras el primer

tipo de diálogo señalado parece justificarse, de un modo parcial, en la idea de que este es valioso dado que siempre existirán desacuerdos a la hora de determinar cuáles sean, con qué alcance, con qué límites, etc., nuestros derechos fundamentales, y, por ello, siempre es positivo sumar puntos de vista a la hora de “construir” o “concretar” el contenido de los mismos; el segundo tipo de diálogo parece presuponer que la determinación del contenido de derechos fundamentales es posible de un modo más o menos inequívoco (que no están radicalmente indeterminados), puesto que este tipo de diálogo es una práctica que se ha puesto en escena una vez *constatada* la violación, la trasgresión, de/los derechos/s en cuestión, que, por ello, de manera previa al diálogo, deben *necesariamente* haber sido delimitados; teniendo en consideración que el diálogo en este segundo escenario se efectúa para tratar de alcanzar una solución dialogada frente a su violación.

- iii. En tercer lugar, puede que nos encontremos ante un diálogo en el que entra en escena el juez, como en el nuevo modelo constitucional del *Commonwealth* o en los litigios estructurales, o en el que no *necesariamente* deba entrar en escena el poder judicial. Un ejemplo de este segundo tipo podría ser el pensar en el potencial diálogo que podría darse entre el legislador y/o administración y los particulares en el caso de las consultas a los pueblos indígenas, ante cualquier medida que les afecte de un modo considerable (y/o vulnere alguno de sus derechos constitucionales).
- iv. En cuarto lugar, puede que con la adhesión al constitucionalismo dialógico se esté defendiendo la necesidad de un diálogo interorgánico, entre las distintas ramas de gobierno, especialmente entre jueces y legislador, como en el nuevo modelo constitucional del *Commonwealth*; o puede que se esté defendiendo algo más, no sólo la necesidad de un diálogo interorgánico, sino de la ampliación del mismo a la ciudadanía o sociedad civil, como así ha ocurrido paradigmáticamente en el caso de los litigios estructurales o en el marco del derecho de consulta de las comunidades indígenas.
- v. En quinto lugar, se puede defender la necesidad de un diálogo en el que, en algún sentido, el poder de decisión final está en manos del juez, y a esto me

referiré, empleando los términos de Pou<sup>675</sup>, como a un “constitucionalismo dialógico vertical<sup>676</sup>”, – por no manejar ejemplos que quedan fuera de la taxonomía de Gargarella – pongamos como ejemplo, un tanto laxo, las decisiones judiciales adoptadas en el marco de los litigios estructurales; o puede que se esté defendiendo un diálogo en el que se exija “quitar” la última palabra de la mano de los jueces para trasladarla al legislador o a la ciudadanía, siendo un ejemplo claro de esto último la cláusula “no obstante” canadiense.

- vi. En sexto y último lugar, en mi opinión, resulta enormemente cuestionable rotular bajo el mismo término o encuadrar en una misma categoría teórica prácticas que están orientadas a tratar de implementar, a dotar de contenido y/o a materializar derechos u objetivos constitucionales que están siendo insatisfechos – de un modo persistente y global –, como sean las prácticas puestas en escena en el marco de los litigios estructurales, con aquellos diseños institucionales que, en última instancia, posibilitan – al menos teóricamente – la promulgación de disposiciones normativas que vulneran o restringen indebidamente derechos fundamentales, como sea el caso de la cláusula no obstante canadiense.

Como he intentado reflejar, tantas tesis amparadas bajo un mismo concepto o etiqueta hace que sea tan difícil precisar que es exactamente aquello a lo que podemos denominar constitucionalismo dialógico cuanto no ser, en algún punto, partidario de este nuevo constitucionalismo. Entre otros extremos, son tan antinómicas algunas de las tesis encasilladas bajo esta consideración, que el adherirse o no al constitucionalismo dialógico resulta ser una cuestión distinta a la dicotomía entre la adhesión a un constitucionalismo fuerte o débil. Pondré un ejemplo de esto último. Desde los inicios del capítulo, me he posicionado expresamente a favor de un constitucionalismo fuerte o robusto, sin embargo, ello no me imposibilita, a su vez, el adherirme también a la defensa de algunas prácticas que han venido siendo entendidas como acordes al ideal del diálogo constitucional. En particular, me siento cercano a las tesis que abogan por un constitucionalismo dialógico vertical o por la manera de operar, en determinados

---

<sup>675</sup> POU, 2011.

<sup>676</sup> Que, si nos atenemos al pensamiento de WALDRON, 2006, ni tan siquiera podríamos rotular bajo un concepto de constitucionalismo débil, por lo que constitucionalismo dialógico o débil no operarían como sinónimos, ni tan siquiera en relación género especie.

contextos, por parte de algunos tribunales superiores en el marco de litigios estructurales<sup>677</sup>.

Por lo recién apuntado, para no acabar absolutamente envuelto en aludidos problemas definicionales, de un modo deliberado, optaré aquí por limitarme a seguir contraponiendo al constitucionalismo fuerte, aquel que otorga la última palabra en materia de interpretación constitucional a nuestros jueces, con el constitucionalismo débil, en el que la última palabra al respecto está en manos del legislador (o, marginalmente, en manos de la ciudadanía).

Resuelto el anterior paréntesis, considero que es momento de continuar con el plan trazado, de seguir en la búsqueda de una justificación que me ofrezca el apoyo suficiente para poder predicar la conveniencia o legitimidad (usando este último término con cierta libertad) de un constitucionalismo fuerte o robusto, al cual me he adherido expresamente en los inicios del capítulo. Por ello, en este instante, es ocasión de ver que nos puede decir al respecto Ferrajoli, como bien sabemos, el autor en lenguas latinas más influyente de nuestros tiempos a la hora de defender este “modelo” de constitucionalismo. Veamos hacia dónde nos conduce el maestro toscano.

---

<sup>677</sup> Creo, en particular, que la justicia dialógica vertical puede ser muy importante si no queremos descuidar la fase de cumplimiento de las sentencias “activistas” emitidas por jueces latinoamericanos (o, en general, en países encuadrables en el “sur global”) en relación a los derechos sociales, en este sentido ver RODRÍGUEZ GARAVITO, 2014. Sobre todo en el contexto de los casos o litigios “estructurales”, es decir, de aquellos procesos judiciales que se caracterizan por: “a) afectar a un gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, por sí mismas o mediante organizaciones que presentan demandas judiciales en su nombre; b) involucrar a varios organismos y departamentos del Estado, que se consideran responsables de las persistentes fallas de la política pública que contribuyen a la violación de esos derechos; y c) llevar aparejadas medidas estructurales, por ejemplo, órdenes de cumplimiento inmediato en las que se instruye a diversos organismos administrativos para que tomen acciones coordinadas a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los denunciantes específicos del caso”, RODRÍGUEZ GARAVITO, 2014. Por ello, creo que la necesidad de un constitucionalismo dialógico vertical adquiere especial importancia, en particular, en las regiones del “sur global”, en el escenario de aludidos litigios estructurales, si realmente se pretende que las sentencias emitidas en los mismos tengan un efecto performativo de una realidad política caracterizada por la falta de actuación o implementación de políticas en favor de la materialización de los derechos sociales, debido un deficiente o inoperativo funcionamiento o cumplimiento de las obligaciones de la Administración (y/o del propio legislador). Y, considero, este es el principal motivo que explica porque este tipo de prácticas dialógicas han germinado en el “sur global” y no en aquellos países en los que, aún con deficiencias imputables, puede decirse que la Administración da satisfacción generalizada a las exigencias asociadas a el grueso de los derechos sociales (y/o el legislador desarrolla de un modo, más o menos, adecuado las propias exigencias asociadas a la satisfacción del grueso de los derechos sociales).



## 2.2. Luigi Ferrajoli: la esfera de lo indecible.

Como nos recuerda Bayón<sup>678</sup>, una de las grandes líneas argumentales a las que suele recurrirse para fundamentar normativamente el constitucionalismo fuerte “es la que afirma que el modelo de organización política que llamamos “democracia constitucional<sup>679</sup>” es, sin más, una exigencia inmediata del ideal de los derechos<sup>680</sup>”. Así, si los derechos básicos constituyen aquel conjunto de libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano para poder desempeñarse como agente moral<sup>681</sup>, su satisfacción debe observarse como una exigencia ética incondicional e innegociable, “hasta el punto de que podría decirse que el contenido de la idea de justicia se sustancia precisamente en la realización de los derechos. Y en este caso el constitucionalismo no haría sino dar forma institucional a la idea de que la política debe estar subordinada a la justicia<sup>682</sup>”; por ello, los derechos deben ser límites infranqueables para cualquier poder, incluyendo al poder mayoritario. Esta idea, como bien atisba Bayón, es la que subyace a varias fórmulas que han ganado un espacio en la discusión filosófico-política contemporánea. En esta dirección, por todos resulta conocida la expresión del “coto vedado”, acuñada o reivindicada por Garzón Valdés<sup>683</sup>, en cuyo centro se encuentran los derechos fundamentales individuales. Del mismo modo, como nos recuerda Bovero<sup>684</sup> y estima el propio Garzón Valdés<sup>685</sup>, en Bobbio aparece una expresión similar con un significado análogo: “territorio” o “frontera” inviolable, que implica un límite insuperable a la aplicación del principio de la mayoría<sup>686</sup>. En sus propios términos:

---

<sup>678</sup> BAYÓN, 2010: 304 y ss.

<sup>679</sup> Entendiendo aquí por “democracia constitucional” aquella organización política que presenta un diseño institucional caracterizado por un catálogo o una codificación de los derechos y libertades considerados como fundamentales, rígido y garantizado jurisdiccionalmente (teniendo los jueces la última palabra en la garantía o determinación de los mismos).

<sup>680</sup> BAYÓN, 2010: 304.

<sup>681</sup> HIERRO, 2002: 33 – citado por BAYÓN, 2010 -.

<sup>682</sup> BAYÓN, 2010: 304.

<sup>683</sup> En un escrito titulado “Para ir terminando”, incluido en ATIENZA, 2003: 43, escribe Garzón Valdés: “Hace ya muchos años que vengo insistiendo en la necesidad conceptual de incluir en todo diseño democrático-representativo lo que suele llamar “coto vedado”, expresión tomada del título de una obra de J. Goytisolo, compañero de mis años madrileños a comienzos de los cincuenta del siglo pasado. Al recurrir a esta expresión me pareció que no sólo introducía una referencia literaria en el vocabulario jurídico-político sino que, además, me servía adecuadamente para denotar un campo en el que debía estar prohibido el ingreso de la política”.

<sup>684</sup> BOVERO, 2008.

<sup>685</sup> GRAZÓN VALDÉS, 2005: 112-113, señala como “Bobbio recurre también a una metáfora geográfica (similar a la del coto) cuando se refiere a la inviolabilidad de los derechos del hombre y del ciudadano establecida en todas las Constituciones liberales”.

<sup>686</sup> BOVERO, 2008.

“Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificado de “inviolables”. Ahora bien, lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y por mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría, y en algunas constituciones se garantizan jurídicamente por medio del control judicial de constitucionalidad de las leyes (es decir, de las decisiones tomadas por la mayoría), declarando ilegítimas las leyes que no respeten tales derechos. La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario<sup>687</sup>”.

A su vez, en línea de continuidad cabe enmarcar la más reciente fórmula que Ferrajoli ha acuñado para indicar un concepto parecido o “para encuadrar el mismo problema configurando una solución más avanzada<sup>688</sup>”: la “esfera de lo indecible<sup>689</sup>”. Pues bien, me detendré en un análisis sintético respecto de esta última fórmula, dadas las innegables repercusiones que la misma pretende tener en la cuestión aquí tratada.

En este sentido, lo primero que debe remarcarse es que para Ferrajoli uno de los principales logros y signos distintivos del constitucionalismo rígido contemporáneo es el de haber procedido con la positivización no sólo de las formas de producción normativas – el *cómo* y el *quién* –, que el modelo de Estado legislativo de Derecho “democratizó”, sino, además, del *qué*; es decir, de los principios sustanciales y/o derechos fundamentales a los que debe amoldarse la entera producción normativa<sup>690</sup>. Para el maestro toscano, según su comprensión acerca del nuevo paradigma constitucional<sup>691</sup>, el efecto inmediato

---

<sup>687</sup> BOBBIO, 1999: 399-400.

<sup>688</sup> BOVERO, 2008.

<sup>689</sup> En FERRAJOLI, 2001 puede radicarse el origen de esta fórmula, que ha continuado siendo utilizada recientemente por el autor en, por ejemplo, FERRAJOLI, 2011 a, 2011 b, 2011 c, 2011 d, 2012 a, 2012 b o 2014.

<sup>690</sup> FERRAJOLI, 2011 c: 802 y ss.

<sup>691</sup> Aquí me limito a reproducir la terminología de Ferrajoli. No obstante, conviene tener en cuenta el siguiente análisis de REDONDO, 2011: “la noción de paradigma es compleja y se usa comúnmente con más de un significado. Al hablar del nuevo paradigma constitucionalista, si entiendo bien, Ferrajoli se refiere a un conjunto de tesis filosóficas, empíricas, políticas, interpretativas, etc., acerca del Derecho y que están implícitas en una práctica efectivamente vigente. Concretamente, según Ferrajoli, el nuevo paradigma “equivale a un proyecto normativo” que se declina en un preciso *modelo*, en una específica *teoría* y en una determinada *propuesta filosófico-política* respecto del Derecho (...). Si, como piensa Ferrajoli, el paradigma del que estamos hablando está efectivamente instaurado en las sociedades contemporáneas, aunque las autoridades puedan mediante ciertos procedimientos previstos (agravados o no) cambiar o abolir el pacto constitucional, no pueden cambiar ni abolir del mismo modo el paradigma. La instauración,

que se produce dada “la constitucionalización de límites y vínculos sustanciales”, es que los mismos constituyen el armazón de la aludida “*esfera de lo indecible*: lo que ninguna mayoría puede decidir y lo que ninguna mayoría no puede no decidir<sup>692</sup>”. En sus propios términos:

“(…) los derechos fundamentales implican un conjunto de límites y de vínculos (….) impuestos en el estado constitucional de derecho, a los poderes de otra manera absolutos y salvajes, sean públicos o privados. Concretamente, al estar sustraídos a las decisiones políticas, determinan límites y vínculos a la política, o sea, a los poderes mayoritarios de gobierno (….)<sup>693</sup>”. – Por ello – “son justamente “sustanciales”, es decir, relativas no a la “forma” (al quién y al cómo) sino a la “sustancia” o “contenido” de las decisiones (o sea al qué no es lícito decidir o dejar de decidir), las reglas que establecen – más allá y acaso contra la voluntad de la mayoría (….) – los derechos fundamentales: tanto los de libertad que imponen prohibiciones, como los sociales que imponen obligaciones para el legislador. Así resulta desmentida la concepción formal y procedimental de la liberal-democracia cual sistema fundado sobre una serie de reglas que aseguran la omnipotencia política de la mayoría (…). Si las reglas sobre la representación política y sobre la autonomía negocial son normas formales sobre la producción de las decisiones sobre lo que es jurídicamente decidible, los derechos fundamentales circunscriben lo que podemos llamar la esfera de lo indecible: lo no decidible que, o sea, de las prohibiciones correspondientes a los derechos de libertad, y lo no decidible que no, o sea, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales<sup>694</sup>”.

A su vez, son muy abundantes los corolarios y consecuencias que derivan de esta conceptualización de la esfera de lo indecible; en términos del propio Ferrajoli:

“El resultado son dos cambios de paradigma, interconectados y paralelos. En primer lugar, del derecho y de las condiciones, ya no sólo formales sino también

---

cambio, o sustitución de un paradigma acerca del Derecho, aunque sin duda es fruto de acciones humanas, no es producto de una específica acción intencional, ni menos aún de actos jurídico-institucionales de los cuales, por el contrario, es condición de posibilidad. Si el actual paradigma ha de modificarse, como de hecho se modificó el correspondiente al estado legislativo de Derecho, será como resultado de múltiples factores históricos, políticos, económicos, etcétera.”.

<sup>692</sup> FERRAJOLI, 2011 a.

<sup>693</sup> FERRAJOLI, 2011 c: 774.

<sup>694</sup> FERRAJOLI, 2011 c: 775.

sustanciales, de la validez de las leyes; en segundo término, de la estructura de la democracia, caracterizada a su vez ya no por la dimensión política o formal como única, sino también por una dimensión sustancial, relativa a los contenidos de las decisiones<sup>695</sup>”.

Comenzaré, entonces, haciendo una breve referencia al primer “cambio de paradigma” – producto de nuestras actuales Constituciones – identificado por Ferrajoli. Así, según su comprensión, en el seno de los Ordenamientos constitucionales resulta ahora fundamental distinguir entre la *existencia* y la *validez* de las normas jurídicas infra-constitucionales (como sean las leyes promulgadas por nuestros Parlamentos). Esta necesaria distinción, precisamente, tiene su razón de ser en la referida “constitucionalización de límites y vínculos sustanciales a los poderes políticos de las mayorías”. Es por ello que en la actualidad debemos comprender la divergencia deóntica interna al Derecho positivo – que, en opinión de Ferrajoli, Kelsen<sup>696</sup> o Bobbio ignoraban –, “entre normas sobre la producción y normas producidas, (...) – es decir - la disociación entre existencia y validez sustancial<sup>697</sup>”.

Y es que, no podemos pasar por el alto como Ferrajoli no se cansa en repetir como las normas constitucionales ya no consagran únicamente los requisitos formales de producción normativa, sino también, siendo esto a su juicio la principal novedad, los requisitos sustanciales. En consecuencia, para predicar la validez normativa en el actual paradigma constitucional, se imponen dos requisitos: el primero consistente en respetar los mínimos procedimentales “imprescindibles” para predicar la propia *existencia* de una norma infra-constitucional y, cuando se respetan todos los requisitos formales o procedimentales, para predicar la *validez formal* de la misma; mientras que, por su parte, el segundo requisito consistirá en respetar el contenido sustancial o material de la Constitución, para poder así predicar, propiamente, la *validez sustancial* de la norma infra-constitucional

Sin embargo, si identificamos, como así hace él, a las normas jurídicas en tanto proposiciones deónticas<sup>698</sup>, su sentido - obligatoriedad, prohibición o permisión - es un

---

<sup>695</sup> FERRAJOLI, 2011 b: 32.

<sup>696</sup> Así, sostiene FERRAJOLI, 2011 b: 34, cómo el Derecho ilegítimo fue “extrañamente negado por Hans Kelsen, que también teorizó la estructura en grados del ordenamiento jurídico y el control de constitucionalidad de las leyes”.

<sup>697</sup> FERRAJOLI; RUÍZ MANERO, 2012: 40.

*deber ser* que, de hecho, puede ser violado en cuanto a su significado. Cuando dicha violación o incumplimiento se produce respecto del contenido, sustancial o material, de las normas constitucionales supra-ordenadas jerárquicamente a todo el artificio jurídico, aun cuando se respeten sus prescripciones procedimentales, estaremos en presencia de normas existentes o vigentes y/o procedimentalmente válidas, pero, sustancialmente inválidas; es decir, en presencia de *Derecho ilegítimo*. Estas cuestiones presentan gran importancia, en tanto, como afirma el propio Ferrajoli, el constitucionalismo “*como teoría del Derecho* (equivale) a una concepción de la validez de las leyes ligadas ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos<sup>699,700</sup>”.

Al hilo de lo recién dicho, conviene igualmente recordar, aunque desde un plano accesorio, como es precisamente a partir de esta comprensión por lo que Ferrajoli atribuye el papel “crítico y proyectivo” que, a su juicio, ha de desempeñar la ciencia jurídica<sup>701</sup>,

---

<sup>698</sup> Como por ejemplo nos ilustra NINO, 1994 b: 40-41; “las normas jurídicas pueden ser identificadas con las *proposiciones deónticas*, o sea, juicios que predicen una conducta que es obligatoria, o que está prohibida o permitida y que son el aspecto locucionario, para usar la expresión de John Austin, de las prescripciones, constituyen el significado de los textos y son el aspecto interno de las prácticas sociales”.

<sup>699</sup> FERRAJOLI, 2011 a.

<sup>700</sup> Ferrajoli apunta que de ello se extrae una consecuencia que resulta “central en la teoría y en la meta-teoría del derecho: la disolución en el estado constitucional de derecho, por el carácter ya no sólo formal sino también sustancial de las condiciones de validez de las normas, de la rígida contraposición kelseniana entre sistemas nomoestáticos como la moral y el derecho natural, en los que la validez de las normas depende de la coherencia de sus contenidos con las demás normas del sistema, y sistemas nomodinámicos, como es el derecho positivo según el modelo paleo-positivista, en el que la validez de las normas depende únicamente de la conformidad de sus fuentes con las normas sobre su producción”. FERRAJOLI, 2006: 16; ver también COMANDUCCI, 1988.

<sup>701</sup> En este sentido, considera Ferrajoli: “el nexo interno (entre la Teoría del Derecho y el compromiso cívico y/o político) que a mi parecer no puede no existir y que Bobbio, sin embargo, ha negado siempre, entre la aproximación teórica al Derecho y el papel crítico y políticamente comprometido de la ciencia jurídica. Se trata de una divergencia bastante relevante (...) y que se explica a partir de nuestras distintas concepciones del Derecho, de la democracia, del positivismo jurídico y, por consiguiente, de la teoría y la ciencia del Derecho”. Y es que, en el actual paradigma constitucional, considera que “la ciencia jurídica ha resultado (...) investida de la tarea, al mismo tiempo científica y política, no ya sólo de describir el sistema jurídico, sino también de valorar su virtual ilegitimidad”. FERRAJOLI; RUIZ MANERO, 2012: 27 – 29. Vemos por tanto cómo el rol que Ferrajoli asigna a la ciencia del Derecho se desvincula de la idea de que la misma deba mantener el carácter descriptivo, avalorativo y acrítico confeccionado en base a los postulados de Max Weber. Ferrajoli entiende que ésta, siendo la metodología empleada durante los siglos XIX y XX, no sirve ya para el papel que deba desempeñar la ciencia jurídica en nuestros modelos, dada la revolución institucional que ha implicado el paradigma del Estado constitucional y la positivización de los derechos y libertades supra-ordenadas a la entera producción legislativa que “desfasan” los criterios de análisis empleados en el que denomina “paleo-positivismo” del Estado legislativo de Derecho, respecto de la validez normativa, que ya no sólo se supedita al cumplimiento de los requisitos formales, sino también, como he venido repitiendo, de fondo consagrados en los textos constitucionales.

crítico en relación a las antinomias (al Derecho ilegítimo)<sup>702</sup> y proyectivo respecto de las lagunas<sup>703</sup>.

En definitiva, tener presente este – primer – cambio de paradigma, nos ha de servir para comprender cómo:

“la legalidad ya no es sólo, como en el viejo modelo paleo-iuspositivista, “condicionante” de la validez de las normas infra-legales, sino que ella misma está condicionada en su propia validez, al respecto y a la actuación de las normas constitucionales”<sup>704</sup>. -Por lo que a su parecer - “de este modo, el antiguo y recurrente contraste entre (...) Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la Antigüedad hasta el siglo XX (...) ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la

---

<sup>702</sup> Para Ferrajoli, por antinomia debemos entender el incumplimiento de la prohibición legislativa de no actuar contrariamente al deber ser constitucional. A su vez, considera como deber de los estudiosos del Derecho el denunciar la antinomia, y de los prácticos de derecho, especialmente de los órganos judiciales encargados del control de constitucionalidad, el invalidar la norma antinómica con la Constitución, (esto es, declararla inconstitucional y expulsarla del Ordenamiento jurídico).

<sup>703</sup> Según Ferrajoli, debemos diferenciar las lagunas estructurales de las aparentes; y, en tanto las segundas, se resuelven mediante el recurso a la analogía, las primeras son las verdaderamente relevantes. Así, las mismas derivan de la falta de actuación legislativa – de una ausencia de leyes de actuación o de normas imperativas – de las obligaciones y/o prohibiciones que se corresponden con las expectativas positivas y/o negativas estipuladas en las normas constitucionales - atributivas -, que establecen los derechos y libertades. Se aprecia sobre todo en relación a los derechos sociales constitucionalmente establecidos (a la salud, educación, etc.), en tanto no cuenten con sus respectivas leyes de actuación. Aunque también respecto de las expectativas positivas asociadas a otro tipo de derechos y libertades fundamentales. En relación a los sujetos implicados y/u obligaciones respecto de las mismas: dada la tesis ferrajoliana acerca de la función normativa de la ciencia jurídica, los estudiosos del Derecho y, entiendo, también sus operadores prácticos, son los que deben denunciar la divergencia deóntica entre el deber ser legislativo, constitucionalmente establecido, y el ser legal que no cumple el primero. Ello debe impulsar al legislador para que cumpla su deber de adecuar el ser, o su ausencia, al deber ser legislativo que la Constitución imponga. Por tanto, la ciencia del Derecho debe dar cuenta, críticamente, de la divergencia deóntica apuntada y es el legislador quién ha de colmar las lagunas estructurales mediante las preceptivas normas de desarrollo.

<sup>704</sup> FERRAJOLI, 2011 a.

positivización de la “ley de la razón”<sup>705</sup> (...) como límites y vínculos a la “ley de la voluntad (en democracia, de la mayoría)”<sup>706</sup>

Sin ningún género de dudas, lo anterior requeriría de un análisis mucho más exhaustivo, pero, sin embargo, el interés último que persigo con lo recién dicho, más allá de su examen en detalle, simplemente radica en poder contextualizar el segundo cambio de paradigma que Ferrajoli entiende que se ha producido dadas nuestras actuales Constituciones: el de la “nueva” estructura de la democracia – constitucional -. En particular, me interesa destacar cómo, según su parecer, debemos tratar de dar cuenta de este segundo cambio de paradigma desde una teoría de la democracia que se elabore – en el contexto de nuestros actuales Estados constitucionales de Derecho – desde una concepción sustancial, además de formal, de la propia democracia. Así, según su visión, este cambio de paradigma, producto de nuestras actuales “democracias constitucionales”, nos deben hacer reusar el asumir o el partir de una teoría acerca de la democracia de caracteres genéricos o abstractos (o previos al actual paradigma), pues debemos elaborar la misma en referencia al concreto modelo constitucional actual. Así, afirma Ferrajoli:

“De ello resulta una teoría de la democracia como sistema jurídico y político articulado en cuatro dimensiones, correspondientes a las garantías de otras tantas clases de derechos constitucionalmente establecidos —los *derechos políticos*, los

---

<sup>705</sup> Aunque no esté directamente relacionado con la cuestión aquí tratada, no puedo resistirme a mencionar lo siguiente. No deja de ser extraño que Ferrajoli afirme que el constitucionalismo rígido contemporáneo ha positivizado la “ley de la razón”, dado que esta afirmación le hace incurrir en una fuerte contradicción conceptual, por los siguientes motivos. Ferrajoli entiende que el rasgo esencial del constitucionalismo jurídico contemporáneo viene dado por haber introducido una *Lex Superior* sobre la legislación ordinaria, a la par que señala que cual sea el contenido de esa *Lex Superior* - el texto constitucional-, no deja de ser cuestión relativa, contingente e histórica y, por lo tanto, irrelevante desde la perspectiva interna de la ciencia jurídica y como criterio de identificación del constitucionalismo jurídico actual. Así, la tesis de la rigidez, según los mimbres con la que Ferrajoli la sostiene, es la única que sirve para señalar *qué* es el Estado constitucional: y no es más que el que cuenta con referida *Lex Superior*. De este modo queda patente en la mayor parte de sus trabajos. Por esto resulta, como mínimo, “extraño” el que Ferrajoli exprese el entendimiento de que el constitucionalismo jurídico actual ha positivizado la “ley de la razón”, sosteniendo igualmente que el contenido del mismo es indiferente a la hora de afirmar este fenómeno. En este sentido, como bien razona AGUILÓ, 2011, el ““segregacionismo discursivo” - entre el constitucionalismo político y jurídico - está en la base de lo que (...) es el reproche más general que puede dirigirse a Ferrajoli: la pretensión de construir un “constitucionalismo jurídico no constitucionalista”; o, dicho en términos algo menos paradójicos, de separar completamente el “constitucionalismo jurídico” del “constitucionalismo político””. En síntesis, es inasumible el concepto de “ley de la razón” que maneja Ferrajoli, pues al final está identificando por el constitucionalismo un conjunto de garantías independientes respecto del contenido mismo garantizado. La insuficiencia de sus planteamientos, parece, proviene de la necesidad de dotar de valor y de sentido a las referidas propiedades estructurales, tales como la rigidez constitucional. Sin esta tarea, pues, no tiene sentido alguno la afirmación expresada por Ferrajoli y reproducida en el cuerpo del texto.

<sup>706</sup> FERRAJOLI, 2011 a.

*derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales*—, que ahora equivalen no a “valores objetivos”, sino, más bien, a conquistas históricamente determinadas, fruto de varias generaciones de luchas y revoluciones, y susceptibles de ulteriores desarrollos y expansiones<sup>707</sup>. En garantía de nuevos derechos; como límites y vínculos a *todos los poderes*, incluidos los poderes privados; en todos los niveles normativos, incluidos los supranacionales y el internacional; para tutela de los bienes fundamentales además que de los derechos fundamentales<sup>708</sup>”.

Así, en su opinión, tal y como remarca en el extracto recién citado, la democracia constitucional ya no vendría a articularse sobre dos dimensiones exclusivas, como sean las correspondientes a los derechos civiles y políticos (que, básicamente, se materializan

---

<sup>707</sup> Sobre este punto, sin embargo, Ferrajoli vuelve a incurrir en una contradicción, a mi juicio insalvable desde su atalaya teórica, afirmando en unos pasajes que el contenido constitucional es indiferente – pues sólo se centra en la existencia de una *lex superior* – para identificar el constitucionalismo jurídico actual, para posteriormente plantear elementos de su teoría que necesariamente, si quieren tener algún tipo de fundamento, han de basarse en una serie de contenidos “mínimos” de carácter sustancial o material. Esta contradicción ya la he soslayado en relación a su afirmación de que el paradigma constitucional actual positiviza la “ley de la razón”, viendo que no encaja en sus postulados, y vuelve a manifestarse en relación a la alusión que Ferrajoli expresa respecto del entendimiento del constitucionalismo en su acepción de teoría y filosofía política. En este sentido, esta segunda contradicción en la que incurre la filosofía y teoría política de Ferrajoli queda patente, por ejemplo, en FERRAJOLI, 2011 a, cuando afirma que: “la finalidad de esta intervención es sostener (...) una concepción del constitucionalismo estrictamente “iuspositivista”, entendiendo por “positivismo jurídico” una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como “Derecho” a todo conjunto de *normas puestas o producidas por quien está habilitado* para producirlas, *con independencia de cuáles fueren sus contenidos* y, por tanto, de su eventual injusticia” y “el *rasgo distintivo del constitucionalismo* será la existencia positiva de una *lex superior* a la legislación ordinaria”. Ello es irreconciliable con su afirmación de que el constitucionalismo en tanto a teoría y filosofía política centra su objeto en el propio paradigma constitucional actual, “articulado en cuatro dimensiones, correspondientes a las garantías de otras tantas clases de derechos constitucionalmente establecidos —los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales—”, es decir, en un objeto en el que Ferrajoli introduce cuatro dimensiones, con sus cuatro correspondientes garantías, de carácter *sustancial o material*. Por tanto, por un lado afirma que el constitucionalismo como teoría del Derecho se centra en un objeto concreto, el paradigma constitucional actual, siendo necesario únicamente para que este se dé, la existencia de una *lex superior* a la legislación ordinaria – tesis de la rigidez -, con total independencia de sus contenidos – segregando el constitucionalismo jurídico respecto del político o como ideología -, pero por otro lado afirma que el constitucionalismo en tanto a teoría o filosofía política se articula en cuatro dimensiones de carácter sustancial – los derechos expuestos – sin las cuales no puede darse. Resulta pues incomprensible como se afirma a la vez la suficiencia de la *lex superior* para identificar el objeto de análisis de la teoría del Derecho dentro del constitucionalismo, para, a su vez, reivindicar la necesidad de estas cuatro dimensiones materiales para poder delimitar el objeto de la teoría política dentro de la misma teoría constitucionalista. Es por esto que creo que estos dos polos no pueden afirmarse simultáneamente sino incurriendo en una contradicción en sus postulados. Como de nuevo apunta AGUILÓ, 2011, el problema es que Ferrajoli “alude a las “democracias constitucionales” (que quedan en el trasfondo del discurso) para inmediatamente estipular que el Estado constitucional de Derecho se identifica “sólo” por la existencia positiva de una *lex superior* a la legislación. Es decir, por un lado, se “alude” a las democracias constitucionales y, por otro, inmediatamente se “elude” la cuestión sustantiva y política”.

<sup>708</sup> FERRAJOLI, 2011 a.



en reglas sobre la representación política y la autonomía negocial<sup>709</sup>), sino por otras dos dimensiones centrales, como sean las determinadas por los derechos de libertad y por los derechos sociales. En particular, entiende el autor italiano, la dimensión liberal y social de la democracia constitucional es la que consagra propiamente la esfera de lo indecible, en tanto, “constituyen el carácter sustancial de la democracia constitucional en cuanto relativas a los contenidos que nos es lícito decidir o que es obligatorio decidir<sup>710</sup>”; en contraposición con la dimensión política y civil de la misma, que presentan un carácter formal, en tanto referidas a las formas de los correlativos derechos–poder. En síntesis, por no extender aquí un amplio espacio, concluiré señalando como para Ferrajoli la dimensión liberal y social ostentaría preeminencia sobre la dimensión civil y política; preeminencia que debe ser teorizada y aceptada por cualquier concepción de la democracia que opere en el marco del actual paradigma constitucional

No obstante, cabe indicar, esta visión ferrajoliana no ha resultado de aceptación pacífica. Y es, precisamente en crítica a la misma, por lo que Bayón<sup>711</sup> acierta a señalar como modelos como el ferrajoliano, en base a los cuales los derechos fundamentales – de libertad y sociales - están por encima de todos los poderes, incluyendo el poder público o político mayoritario, tropiezan con el siguiente problema: si se admite que la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas es precisamente uno de nuestros derechos, ¿cómo seguir sosteniendo esta tesis?

Pues bien, sin tener que incurrir en la necesidad de negar que este sea uno de nuestros derechos, una de las formas de escapar a recién planteado problema es argumentar que tal derecho no tiene el mismo valor que aquellos que preservan la autonomía individual de los individuos (léase, que los derechos de libertad y que los derechos sociales), “de tal manera que el tipo de relación que medie entre éstos y aquél no sea la de tensión o conflicto entre derechos que se mueven en un mismo plano por ser igualmente esenciales, sino más bien la que resultaría de deslindar y jerarquizar dos planos diferentes<sup>712</sup>”, y ésta es, con matices, la táctica de Ferrajoli<sup>713</sup>. La misma se materializa a través de una jerarquización que viene a basarse en la clasificación que

---

<sup>709</sup> FERRAJOLI, 2001 c: 775.

<sup>710</sup> FERRAJOLI, 2006: 18.

<sup>711</sup> BAYÓN, 2010: 305.

<sup>712</sup> BAYÓN, 2010: 305.

<sup>713</sup> Que es justamente la contraria a la adoptada por Waldron – en, por ejemplo, WALDRON, 2005 – cuando señala como el derecho de participación política no debe ser considerado, sin más, como un derecho entre los demás derechos sino como “el derecho de los derechos”.

Ferrajoli reputa como la más importante entre los derechos fundamentales, y que se basa en la distinción entre los distintos tipos de comportamiento que constituyen el objeto mismo de tales derechos<sup>714</sup>. Y es que, según Ferrajoli debe distinguirse entre:

- (i) derechos *primarios*, que vienen a proteger sólo expectativas,
- (ii) derechos *secundarios*, que vienen a proteger expectativas y poderes.

Los derechos primarios (i) pueden proteger tanto expectativas de omisión de interferencias de los demás, cuanto expectativas de prestaciones por parte de otros. Los primeros son derechos entre los cuales, a su vez, se puede distinguir entre las inmunidades, como el derecho a la vida, la libertad personal o el derecho a no ser torturado, y derechos activos de libertad, como la libertad de prensa, de asociación o de reunión. Los segundos, esto es, los derechos sociales, son derechos como el derecho a la salud o a la educación. Por su parte, los derechos secundarios (ii) pueden consistir tanto en los derechos-poder de autonomía privada (derechos como el de la libertad contractual), como en derechos-poder de autonomía política (los derechos políticos, entre los cuales el más representativo es el derecho al voto).

Pues bien, expuesto de un modo harto simplificado, Ferrajoli - trabajando sobre la definición formal, sobre la estructura de los derechos fundamentales - excluye la posibilidad de un genuino conflicto entre los derechos primarios y secundarios<sup>715</sup>. Esta tesis es sostenida expresamente (entre otros<sup>716</sup>) en uno de sus trabajos más recientes<sup>717</sup>. Así, considera que los derechos secundarios - de autonomía privada o pública - se encuentran subordinados a los derechos primarios – los derechos de libertad, ya sean meras inmunidades o también facultades, y los derechos sociales - por una cuestión de *gramática jurídica*. Y es que, dado que los derechos secundarios protegen tanto expectativas como poderes, su ejercicio consiste en actos jurídicos que producen efectos en la esfera jurídica de otros. Pues bien, es precisamente por ello por lo que Ferrajoli considera que este constituye un límite ligado a una cuestión de gramática o jerarquía jurídica: aunque todos estos derechos presenten un rango constitucional equivalente, el *ejercicio* de los secundarios (no los derechos secundarios, sino los actos que son su ejercicio: leyes, contratos, etc.) se encuentran, en la estructura en grados del

---

<sup>714</sup> A título de ejemplo, ver FERRAJOLI, 1991: 294 y ss.

<sup>715</sup> PINO, 2009.

<sup>716</sup> FERRAJOLI, 2001: 339 y ss.; 2011 c: 754 y ss., 2011 d: 72-73; 2011 a.

<sup>717</sup> FERRAJOLI, 2012 a.

Ordenamiento, en un nivel más bajo que el constitucional, al que pertenecen todos los derechos fundamentales, ninguno de los cuales puede ser afectado o vulnerado por estos actos<sup>718</sup>.

Sin embargo, nos dice el propio Bayón<sup>719</sup>, debe tomarse en consideración que dado que nuestros derechos fundamentales – incluyendo a los derechos primarios – se han enunciado mediante disposiciones formuladas en términos muy abstractos y significado controvertido, que, además, entran frecuentemente en colisión, “alguien debe tener el poder final de decidir cuáles son los contornos precisos de los derechos constitucionales y las relaciones de prioridad entre ellos para grupos de casos determinados<sup>720</sup>”. Y este punto, piensa Bayón, no resulta aceptable la tesis de Ferrajoli consistente en negar el poder de la autonomía pública, de nuestros representantes democráticos, para decidir sobre este extremo. Y es que “la idea de que no es legítimo usar el “derecho de autonomía pública” para decidir acerca de los derechos fundamentales, simplemente porque puede producir decisiones que los vulneren y su vulneración es injustificable, olvida precisamente que las decisiones son inevitables y que el hecho de que uno de los procedimientos de decisión posibles sea falible no puede ser *por si* sólo una razón para descartarlo cuando todos los demás también lo son<sup>721</sup>”. Es por este motivo que Bayón acierta a diagnosticar lo siguiente: la raíz de los problemas en un planteamiento como el de Ferrajoli estriba en no darse cuenta de que el ideal de que los derechos fundamentales deben ser límites infranqueables frente a cualquier poder, que tiene pleno sentido en el nivel de la teoría de la justicia – en tanto significa que cualquier decisión que los vulnere es incondicionalmente injusta -, se desdibuja por completo cuando lo trasladamos al nivel de la teoría de la autoridad, dado que se lo interpreta, indebidamente, en el sentido de que los derechos deben quedar sustraídos a cualquier poder de decisión. Y en base a esa distorsión, nos dice Bayón, se infiere indebidamente que el ideal de los derechos justifica por si solo a la democracia constitucional – caracterizada por las notas de rigidez y control judicial -, porque asume erróneamente que

---

<sup>718</sup> Es decir, el ejercicio de los derechos de autonomía produce actos jurídicos. En el caso de los derechos de autonomía privada: negocios jurídicos. En el caso de los derechos de autonomía pública: actos legislativos. Y dado que las normas que consagran los otros derechos fundamentales son, normalmente, normas constitucionales, los actos de ejercicio de los derechos fundamentales de autonomía se encuentran subordinados a los demás derechos fundamentales en virtud de la jerarquía de las fuentes del Derecho.

<sup>719</sup> BAYÓN, 2010: 311 y ss.

<sup>720</sup> BAYÓN, 2010: 311.

<sup>721</sup> BAYÓN, 2010: 312.

esta sería el diseño institucional en el que los derechos son indisponibles, indecidibles, para el poder<sup>722</sup>. Dicho esto, ¿qué es lo que a su vez podría replicar Ferrajoli?

Pues bien, en todo caso, no puede perderse de vista como para el jurista toscano la relación entre mayorías y derechos sólo puede ser afrontada a partir de la distinción entre legislación y jurisdicción<sup>723</sup>. En este sentido, nos dice en *Principia Iuris*, las funciones públicas son esencialmente dos, reconducibles a las dos grandes funciones de la fenomenología jurídica:

“voluntad y conocimiento, poder y saber, forma y sustancia, innovación y conservación, disposición y constatación, *legis-latio* y *iuris-dictio* (...) una ligada a la que (...) he llamado esfera de lo *decidible*, la otra a la que he llamado esfera de lo *indecidible* (*que o que no*). Son expresiones de la esfera discrecional de lo decidible las que he denominado *funciones de gobierno* – entre las que se incluyen las legislativas - (...). En cambio, se hallan instituidas para la defensa de la esfera vinculada de lo indecidible las que se han llamado funciones de garantía (...) que incluyen (...) las funciones judiciales<sup>724</sup>”.

En particular, debe destacarse, para Ferrajoli la más clásica e importante función de garantía es la función jurisdiccional, respecto de la cual, puede decirse:

“al consistir en la garantía (...) de los derechos fundamentales (...), es el principal factor de la efectividad de la que llamaré su “dimensión sustancial<sup>725</sup>” – de la democracia constitucional -.

Esto es, para Ferrajoli, la función jurisdiccional es la función principal a la hora de tutelar el contenido constitucional indecidible, en particular, a la hora de tutelar los derechos sociales y, sobre todo, los derechos de libertad. En este sentido, resulta ser un firme defensor del constitucionalismo fuerte, de la legitimidad del juez constitucional y del hecho de que el mismo ostente la última palabra en materia de interpretación constitucional, dado su rol de “guardian” de la dimensión sustancial de toda democracia constitucional; asumiendo que la función judicial se fundamenta en el “conocimiento” – y no en la voluntad -, en el “saber” – y no en el poder -, en la “conservación” – y no en la

---

<sup>722</sup> BAYÓN, 2010: 312

<sup>723</sup> GREPI, 2011. En este sentido, ver FERRAJOLI, 2013.

<sup>724</sup> FERRAJOLI, 2011 c: 824-825.

<sup>725</sup> FERRAJOLI, 2011 c: 831.

innovación -, en la “constatación” – y no en la disposición –. Sin embargo, tampoco puede perderse de vista el dato de cómo Ferrajoli reconoce expresamente lo que podemos entender como “los márgenes de fisiológica discrecionalidad que caracteriza el ejercicio del poder jurisdiccional<sup>726</sup>”; y, precisamente sobre ellos, diagnóstica el efecto deslegitimador que produce sobre tal función la discrecionalidad excesiva<sup>727</sup>. Pese a lo recién dicho, en todo caso, Ferrajoli sigue propugnando, con muy diversas técnicas, la rígida sujeción del juez a la Constitución y, por ello, sigue predicando la legitimidad de la institución del control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, el planteamiento de Ferrajoli parece toparse con un problema, y es que parece necesario en su esquema adherirse a una suerte de cognoscitivism interpretativo que “supone que los derechos fundamentales incluidos en una Constitución deben estar (...) *claramente determinados*.”<sup>728</sup>.

Ferrajoli es perfectamente consciente de esta necesidad implícita a su marco teórico, y trata de dar satisfacción a la misma a través de la defensa de las siguientes dos tesis:

- i) La tesis - normativa - de que los textos constitucionales pasen de exhibir una semántica abierta, una enunciación de sus disposiciones a través de formulaciones lingüísticas notablemente ambiguas y/o potencialmente indeterminadas, a exhibir el uso de una semántica lo más taxativa posible, es decir, a enunciar sus disposiciones por medio de un lenguaje claro, exento de ambigüedades<sup>729</sup>, para, entre otros objetivos, reducir de un modo

---

<sup>726</sup> GREPI, 2011.

<sup>727</sup> Por ejemplo, FERRAJOLI 2011 a, 2012 a o 2011 c: 21 y ss.

<sup>728</sup> HIERRO, 2011; como continúa señalando el mismo autor, para Ferrajoli: “lo que queda para el legislador es establecer sus garantías, pero lo derecho fundamentales no son en ningún modo disponibles para el legislador, ni para la jurisdicción (...). La indisponibilidad de los derechos implica, como condición necesaria, su determinación, su carácter definitivo y no *prima facie*, y genera, como consecuencia, la imposibilidad de conflictos entre ellos”.

<sup>729</sup> FERRAJOLI, 2011 a.

notable la fisiológica discrecionalidad que padece el juez constitucional<sup>730</sup> y que opera como factor de des-legitimación de su propia actividad<sup>731</sup>.

- ii) La tesis – que se pretende descriptiva – “anti-conflictivista” en materia de derechos fundamentales. Esto es, la afirmación de qué, en realidad, no se dan – por lo general – genuinos conflictos entre las disposiciones constitucionales que vienen a reconocer nuestros derechos y libertades

---

<sup>730</sup> Por lo tanto, Ferrajoli considera intolerable que los principios constitucionales se enuncien mediante un lenguaje fuertemente vago. Ello en tanto entiende que tanto el lenguaje constitucional como el legislativo deben buscar el mayor grado de taxatividad semántica que sea alcanzable, y el empleo de conceptos claros y cerrados. De lo contrario, cada vez que asistamos a la violación o infracción de un principio constitucional, la constatación judicial de dicha vulneración comportará un grado de discrecionalidad judicial superior al requerido para la valoración de las circunstancias aplicativas de cualquier otra norma legal, por ejemplo, sea la valoración de las circunstancias preceptivas para estimar adecuada la aplicación de una ley penal, y ello es altamente indeseable, porque al igual que repudiamos la excesiva discrecionalidad judicial en el resto sectores del Ordenamiento jurídico, deberíamos repudiar la discrecionalidad judicial igualmente respecto de la aplicación del contenido constitucional.

<sup>731</sup> Junto a lo apuntado, debería hacerse mención igualmente a la siguiente tesis – que se pretende descriptiva – ferrajoliana. No he querido hacerlo en el cuerpo del texto para no oscurecer la lectura del mismo introduciendo más “tecnicismos” de los estrictamente pertinentes para sostener el punto que quiero tratar en el mismo. Dicho esto, adicionalmente debe tomarse en consideración que para Ferrajoli la diferencia entre “la mayor parte de los principios y las reglas es de carácter no estructural, sino poco más que de estilo” - FERRAJOLI, 2011 a -. Ello no implica que la formulación de los derechos y libertades fundamentales – en términos de *expectativas* o derechos, en lugar de *imperativos* -, en la mayor parte de nuestros textos constitucionales, persiga un mero afán retórico, sino que conlleva, igualmente, importantes connotaciones de relevancia política - FERRAJOLI; RUÍZ MANERO, 2012: 52 y ss. -: “en primer lugar, porque los principios enuncian expresamente y, por ello, solemnemente, los valores ético-políticos que proclaman, en relación con los cuales las reglas son, en cambio, “opacas”; y en segundo lugar, y sobre todo, porque aquéllos, cuando enuncian derechos, sirven para explicitar la titularidad de las normas constitucionales que confieren derechos a las personas o los ciudadanos y, de ahí, la colocación de éstos en posición supra-ordenada al artificio jurídico, como titulares de otros tantos fragmentos de la soberanía popular” – FERRAJOLI; RUÍZ MANERO, 2012: 50 -. Pero, en todo caso, Piensa Ferrajoli, independientemente de su forma de redacción, la mayor parte de principios constitucionales vienen a expresar las “expectativas específicas y *determinadas*, a los que corresponden límites o vínculos, es decir garantías, consistentes en las correspondientes prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación” - FERRAJOLI; RUÍZ MANERO, 2012: 37-38 -. Ello hace, según Ferrajoli, que la mayor parte de los principios constitucionales vengán a comportarse como reglas; “siendo materialmente posible, pero deónticamente prohibida, su inobservancia. Consisten en normas simplemente formuladas de manera diversa a las reglas: con referencia a su respeto y no —como ocurre con las reglas— a su violación y a su consiguiente aplicación”- - FERRAJOLI; RUÍZ MANERO, 2012: 38 -. Por tanto, para comprobar el cumplimiento o violación de una determinada norma constitucional, debemos hacer uso del método *subsuntivo*, puesto que como indica REDONDO, 2011, “- para Ferrajoli - si se verifican las circunstancias apropiadas, (...) se aplican en modo subsuntivo. Aun cuando sean muy genéricas o vagas, como lo son muchos principios, siempre permiten separar una consecuencia deóntica respecto de una acción y excluyen la relevancia de cualquier otra consideración que no haya sido prevista como condición de aplicación”. Este planteamiento, por lo tanto, según su visión, nos permite reducir en amplio grado el margen de discrecionalidad del juez constitucional – que se acrecenta enormemente si damos carta de naturaleza al método de la ponderación – y nos permite seguir observando su rígida sujeción a la Constitución; en definitiva: “derechos y deberes, expectativas y garantías, principios en materia de derechos y reglas en materia de deberes, son, en resumen, las dos caras de una misma moneda, equivaliendo la violación de los primeros —ya sea por acción o por omisión— a la violación de las segundas” – FERRAJOLI, 2011 a -.

fundamentales<sup>732</sup>, por lo que, en consecuencia, las mismas no se encuentran (potencialmente) indeterminadas, reduciendo de este modo en un grado muy considerable la esfera de discrecionalidad fisiológica que considera implícita al juez constitucional que debe aplicar las mismas, y que puede operar como factor de des-legitimación de su actividad.

Señalado lo anterior, en síntesis, y exponiéndolo de la manera más sencilla, para Ferrajoli es posible, con carácter general, sostener la viabilidad de un cognoscitivismo interpretativo en materia constitucional, legitimando así la actividad que debe desempeñar el juez constitucional, si: i) adoptamos Constituciones de “detalle”; ii) y nos damos cuenta de que, en realidad, los conflictos entre derechos fundamentales, entre las normas que los consagran, siendo ésta la principal fuente de potencial indeterminación constitucional, son mucho más reducidos de lo que la teoría constitucional actual considera, pues, sostiene, lo cierto es que estos son casi inexistentes en un plano general, dado que la correcta comprensión de los mismos debe hacernos abrazar un suerte de tesis anti-conflictivista en materia ius-fundamental.

Pues bien, me parecen que ambas tesis resultan equivocadas, con lo que, como derivación, entiendo que la justificación teórica ferrajoliana del control judicial de constitucionalidad “fuerte” o “robusto” acaba por fracasar. Los motivos son los siguientes:

En primer lugar, tal y como tuve ocasión de exponer en los dos anteriores capítulos, me limito a señalar aquí como una Constitución de detalle, a todas luces, no logra hacer frente a las demandas o exigencias más básicas asociadas al ideal del autogobierno colectivo. Por decirlo de un modo muy sencillo<sup>733</sup>, el problema es el que el modelo ferrajoliano no sólo ha reducido considerablemente el ámbito de actuación del poder político, a aquellos espacios no dominados por los derechos fundamentales (ya sean civiles, políticos, liberales o sociales), sino que además ni tan siquiera permite al mismo

---

<sup>732</sup> Así, según señala en FERRAJOLI, 2012 a: “gran parte de los conflictos entre derechos, imaginables en abstracto, no son conflictos en sentido propio (...). Se trata más bien de *límites* impuestos por alguno de ellos al ejercicio de otros, implícitos en la estructura lógica de los mismos principios o derechos, a veces explicitados por las propias normas constitucionales y en todo caso reconocibles en general y en abstracto en sede de interpretación judicial o doctrinal. (...). Se trata de *límites* de carácter lógico y conceptual. (...) de relaciones entre tipos de derechos reconocidas en el plano teórico o doctrinal de una vez para siempre, es decir, con argumentos que, por más que opinables, son presentados o sostenidos como válidos en cualquier caso”.

<sup>733</sup> MARTÍ, 2005; RUÍZ MIGUEL, 2004.

intervenir en la determinación de tales derechos. Repito por lo tanto lo ya defendido: la única manera que tenemos de escapar frente a tales críticas viene de la mano de adherirnos a la necesidad de Constituciones abiertas, que permitan a las generaciones actuales, a través de sus representantes, concretar las exigencias constitucionales que operan como marco del libre juego político.

En segundo lugar, las tesis anti-conflictivistas en materia ius-fundamental defendidas por Ferrajoli no han logrado resistir al embate de sus críticos. Esto es, tal y como por ejemplo nos han recordado Moreso<sup>734</sup> o Comanducci<sup>735</sup>, las concepciones normativas en filosofía política y/o en teoría del Derecho que conceden un lugar fundante a los derechos en su construcción, tienden, en no pocas ocasiones, a considerar los principios que establecen los derechos fundamentales como configurando una estructura ordenada y estable en la que no ha lugar a conflictos o, en cualquier caso, donde la presencia de conflictos puede ser minimizada. Ferrajoli resulta ser un claro exponente de esta corriente; debiendo señalar como la estrategia ferrajoliana para lograr sostener esta tesis es, desde luego, genuinamente original, pues, a diferencia de otros autores que niegan la posibilidad misma del conflicto, Ferrajoli opera sobre un plano estrictamente conceptual y definitorio. Como por ejemplo sintetiza Pino, Ferrajoli trabaja “sobre la definición formal, sobre la estructura de los derechos fundamentales y, sobre la base de este análisis, verifica (con tendencia a excluir) la posibilidad, así como el eventual alcance, de conflictos entre derechos fundamentales<sup>736</sup>”. El problema, como señalaba, es que este noble sueño ferrajoliano ha quedado desarticulado de manera constante por aquellos de nuestros autores que han abordado este extremo. Sin lugar a dudas se trata de un debate más que interesante, pero, me temo, no es esta la ocasión de abordarlo aquí con algo de detalle, por ello remito al lector a algunos de los trabajos al respecto, elaborados por Moreso<sup>737</sup>, Pino<sup>738</sup> o Ruíz Manero<sup>739</sup> (por citar algunos de ellos). Apuntado esto, simplemente recalco como creo que cabe compartir la opinión de Comanducci según la cual se puede considerar que la teoría de Ferrajoli (sobre este extremo) peca de una falta de capacidad explicativa. En palabras del propio Comanducci: “si no tomamos su modelo como ideal regulativo, sino más bien como una herramienta para entender nuestra realidad

---

<sup>734</sup> MORESO, 2009: 321 y ss.

<sup>735</sup> COMANDUCCI, 2005: 105-118

<sup>736</sup> PINO, 2009.

<sup>737</sup> MORESO, 2009: 321 y ss.

<sup>738</sup> PINO, 2009.

<sup>739</sup> RUÍZ MANERO, 2012.



jurídica, y específicamente los problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales, la teoría de Ferrajoli resulta, en algunas de sus piezas, muy lejana de la manera en que los dogmáticos y los operadores prácticos del Derecho configuran e interpretan las relaciones entre los derechos fundamentales<sup>740</sup>. En efecto, contrariamente a lo que piensa Ferrajoli, los conflictos entre aquellas disposiciones constitucionales que consagran nuestros derechos y libertades fundamentales son constantes y con carácter generalizado; por lo que, ante esta realidad, la tesis “anti-conflictivista” ferrajoliana sólo puede ser observada como una suerte de aspiración normativa para, sobre la base de una estipulación lógica o conceptual, acabar atenuando la posibilidad misma de aludidos conflictos. Sea como fuere, la aceptabilidad de esta tesis tampoco parece operar en un plano normativo, tal y como es presentada por Ferrajoli; ésta, sin embargo, es una cuestión que va mucho más allá de los límites del presente trabajo.

En resumen, diré por el momento, nuestras Constituciones se muestran potencialmente indeterminadas porque, contrariamente a lo que piensa Ferrajoli, las mismas presentan un carácter “abierto”, y existen notables razones para que lo sigan siendo, y se da la constante, la hiper-abundante, presencia de conflictos entre sus disposiciones. Por ello, sostendrían muchos, la tesis ferrajoliana consistente en afirmar que la *iuris-dictio* se fundamenta en el “saber”, en el “conocimiento”, en la simple “constatación”, resulta cuestionable, y no cabe sino hacer hincapié, dado los factores señalados, en los amplios márgenes de discrecionalidad con los que parece contar el juez constitucional a la hora de interpretar, de determinar, que es lo que la Constitución “dice”. Parece, pues, que la tesis de la controvertibilidad interpretativa o de la indeterminación radical del contenido constitucional - uno de los baluartes de la OCM y de la adhesión a sistemas constitucionales de control judicial débil - no ha logrado ser superada por Ferrajoli. En consecuencia, parece que por el momento no he logrado sacar a la luz argumentos suficientemente sólidos como para justificar alguna suerte de sistema constitucional de revisión judicial fuerte, dado que el problema sigue siendo “quién tiene la última palabra sobre el alcance y la prevalencia de los derechos fundamentales cuando su alcance no es claro o cuando entran en conflicto<sup>741</sup>”. Siendo este el problema innegable, espero, no obstante, que se me permita no acabar capitulando tan rápidamente frente a las embestidas de la OCM; en este sentido, creo que la siguiente reflexión de Laporta nos

---

<sup>740</sup> COMANDUCCI, 2005.

<sup>741</sup> HIERRO, 2011.

puede servir de punto de apoyo para seguir pensando sobre la cuestión y ver hasta dónde nos puede conducir la, hasta el momento estéril, defensa de un modelo de revisión constitucional fuerte o robusto.

Considero que la reflexión a la que acabo de aludir queda sintetizada en el siguiente extracto:

“El Derecho parece tener dos almas diferentes: un *alma material* y un *alma procedimental*. La primera se expresa en normas de conducta, principios, exigencias de comportamiento, contenidos materiales de derechos y deberes, etc. La segunda se expresa en el establecimiento de órganos y procedimientos para tomar las decisiones necesarias sobre el contenido y el alcance de las normas de la primera, las soluciones para poner fin a conflictos o resolver desacuerdos respecto a ellas, etc. Y resulta que ambas “almas” pueden acabar en soluciones jurídicas o decisiones finales que entren en conflicto las unas con las otras. Bruno Celano y José Juan Moreso han mostrado con gran agudeza esta naturaleza inherentemente conflictiva que puede tener el orden jurídico contemporáneo, lo que yo he llamado sus dos “almas”<sup>742</sup>”.

Intentemos ahora recapitular. Analizando la teoría de Ferrajoli y, particularmente, su tesis sobre la “esfera de lo indecible”, parece apreciarse que el gran logro del constitucionalismo actual es el de haber conseguido blindar una suerte de materias a la competencia ordinaria del legislador, y que las normas o actos jurídicos que vulneren esa esfera han de ser expulsadas del Ordenamiento jurídico, para lo cual, el concepto de validez material juega un papel determinante. Ahora bien, como bien señala Laporta, - y como previamente señalaran Celano o Moreso -, el Derecho también se constituye, junto con su vertiente material, de una vertiente o “alma” procedimental. Por lo tanto, la decisión de entender inconstitucional la intromisión en esa esfera de lo indecible deberá ser adoptada siguiendo los preceptivos procedimientos y, en algún momento, esas mismas normas procedimentales señalarán el órgano que cuenta con la potestad para emitir la decisión final, que jurídicamente ya no podrá ser discutida, pudiendo ocurrir que esa decisión última, como ya señalara Hart, no sea “infalible”, es decir, que acabe vulnerando el contenido sustancial de la Constitución<sup>743</sup>. Esto es lo que nos permite contextualizar el

---

<sup>742</sup> LAPORTA, 2011.

<sup>743</sup> LAPORTA, 2011.

anteriormente expuesto planteamiento de Bayón, cuando sostiene que el esquema teórico ferrajoliano, en base al cual los derechos fundamentales pertenecen al terreno de lo “indecible”, sólo adquiere sentido si nos movemos en el nivel de una teoría de la justicia, pero carece de él si nos movemos en el plano de una teoría de la autoridad, porque no da cuenta del hecho de que necesitamos de un órgano y procedimiento para decidir sobre los mismos, y ninguno de ellos es infalible<sup>744</sup>. En conclusión, la conceptualización ferrajoliana no parece poder dar cuenta o superar el hecho de la manifiesta tensión que existe entre la vertiente material y procedimental del Derecho, en base a la cual, en ocasiones, decisiones materialmente inválidas, pero procedimentalmente válidas, acaban por consistir última e inapelable decisión a efectos jurídicos. En este sentido, el propio Laporta acierta al señalar como:

“¿Acaso no es posible pensar en un juez constitucional que tenga la competencia de decir la última palabra y con esa última palabra ignore normas materiales de la Constitución? Esto, si lo he entendido bien, es lo que José Juan Moreso ha llamado recientemente “caso Julia Roberts”: la posibilidad de que el superior órgano decisor en cuestiones constitucionales, lisa y llanamente se equivoque, o, peor, ignore deliberadamente la Constitución<sup>745</sup>”.

Dada la tensión señalada, aquellos objetores del constitucionalismo fuerte, con muy diversos argumentos, como pueda ser la defensa de la mayor confiabilidad epistémica que teóricamente presenta el legislador sobre el juez a la hora de alcanzar la solución materialmente correcta, o, sin necesidad de afirmar tanto, asumiendo la posibilidad simétrica de error entre legisladores y jueces (es decir, un *valor instrumental* igual en ambos procedimientos de decisión<sup>746</sup>), señalando el mayor *valor intrínseco* que ostenta la decisión democrática mediante la regla de la mayoría sobre la decisión judicial, etc.; sostendrían que, dada dicha potencial falibilidad judicial a la hora de proteger la esfera de lo indecible, las exigencias materiales constitucionales, no existen razones de

---

<sup>744</sup> BAYÓN, 2010.

<sup>745</sup> LAPORTA, 2011.

<sup>746</sup> También, en algún sentido, si se sostiene la tesis de que de nuestras Constituciones – por la apertura y el conflicto – no es posible extraer respuestas materialmente correctas – la tesis de la indeterminación radical -, se puede defender una suerte de igual valor instrumental tanto del proceso judicial cuanto del legislativo, en tanto extraer respuestas constitucionales supone siempre una cuestión de elección o decisión política, pero un mayor valor intrínseco del proceso legislativo en base al principio de la igual dignidad política de todos los ciudadanos; y, dada esta visión, el segundo valor es el decisivo a la hora de optar por brindar la última palabra a nuestros representantes democráticos.

ningún tipo que justifiquen que la última palabra al respecto quede en manos de un órgano de control ajeno a la propia voluntad democrática. Ahora bien, ¿es este argumento un argumento afortunado? Bajo mi consideración no lo es, y, entiendo, no por otro motivo sino por la radicalidad del enfoque o cierta tendencia a exagerar la falibilidad de nuestros jueces a la hora de adoptar decisiones materialmente correctas en terreno constitucional. En este sentido, dos consideraciones:

- i. No puede negarse el hecho de que, en todos los sistemas constitucionales, el órgano competente para emitir la *decisión última* en términos jurídicos, en relación a nuestros derechos y libertades fundamentales, pueda acabar adoptando una decisión materialmente incorrecta, aunque, por ser la decisión última, la misma sea inapelable. Ahora bien, si aceptamos esta realidad, de la que no podemos negar que todas nuestras realidades constitucionales presentan instancias, implícitamente estamos aceptando que *materialmente* hay una *decisión jurídica correcta*, pues de lo contrario no tiene sentido afirmar que se dan casos en los que la vertiente procedimental ha “vencido” a la vertiente o alma material, mediante decisiones jurídicas últimas procedimentalmente válidas, pero materialmente incorrectas. Es decir, si afirmamos que en ocasiones puede constituirse en última decisión jurídica una decisión materialmente incorrecta, es que aceptamos que es posible, y el objetivo a perseguir en toda decisión jurídica, encontrar la solución materialmente correcta, luego estamos admitiendo la tesis de que toda norma constitucional presenta una vocación de corrección objetiva que es cognoscible por la mente humana o, al menos, que debemos operar como si fuera cognoscible y, por ende, como si fuera *posible alcanzarla*<sup>747</sup>.
- ii. Si resaltamos que en *ocasiones* se produce una vulneración material, o que se trasgrede esa esfera de lo indecible según la denomina Ferrajoli, mediante la decisión última, considero, esto debe equivaler a afirmar, al menos implícitamente, que esta posibilidad opera como una suerte de excepción a la regla; es decir, destacamos este tipo de situaciones porque no siempre ocurre que la vertiente o alma material casa con la vertiente o alma procedimental,

---

<sup>747</sup> Para un análisis acerca de las distintas acepciones, posicionamientos o tesis sobre la posibilidad de “respuesta correcta” ver: ATIENZA, 2013: 552 – 553.

en la decisión jurídica final. O, lo que es lo mismo, parece que debemos admitir que lo habitual en un sistema constitucional es que los mecanismos procedimentales instalados, y los órganos embestidos de potestad para decidir acerca de la constitucionalidad de una norma – en la práctica totalidad de nuestros sistemas constitucionales, los jueces –, resuelven la decisión jurídica última de conformidad o respetando, en la mayor parte de los casos, el contenido de la Constitución. Por lo tanto, si esto es lo habitual, y su trasgresión se constituye en excepción, parece que no resulta del todo injustificado afirmar que uno de los logros del constitucionalismo actual es el de haber consagrado un conjunto de derechos y libertades fundamentales que no deben, y de hecho no suelen, ser trasgredidos<sup>748</sup>; pese a que, como resulta normal en cualquier ámbito de decisión humana, no siempre se respeta el contenido o exigencias que los mismos consagran, y dicha trasgresión, dado que en cualquier sistema jurídico no puede prorrogarse eternamente la decisión última, por cuestiones de necesidad práctica, puede llegar a convertirse en jurídicamente inapelable. Creo que esta tesis aparece implícita cuando los objetores al control judicial se esfuerzan en señalarnos casos en los cuales, notoriamente, puede afirmarse que los jueces fallaron, se equivocaron, en su decisión o interpretación constitucional. En efecto, si se llegara a afirmar que los jueces constitucionales normalmente – o siempre - toman decisiones materialmente incorrectas en el ámbito constitucional, no parecería lógico esforzar la búsqueda de una selección de casos constitucionales errados en su solución por nuestros Tribunales o Cortes constitucionales; tan sólo parecería resultar necesario remitir a cualquier base jurisprudencial para constatar que la tendencia generalizada es la equivocación persistente de nuestros jueces a la hora de dar solución a los casos de impacto constitucional. Y esto último pareciera poco plausible, por muy diversos motivos, de entre los cuales, a modo de botón de muestra, simplemente recalco dos: parece que la crítica ciudadana o política frente a las decisiones adoptadas por nuestros jueces constitucionales suele circunscribirse a unos pocos casos, para los cuales quizá

---

<sup>748</sup> Recuérdese como al inicio del capítulo contextualizaba el debate acerca de la legitimidad del control judicial fuerte en un escenario en el que existe una cultura política generalizada de respeto hacia nuestros derechos y libertades fundamentales, y tanto el poder legislativo como el judicial funcionan de una manera razonablemente buena (condiciones necesarias, a su vez, para sostener la OCM). Sigo pensando en esas condiciones a la hora de lanzar la afirmación expuesta en el cuerpo del texto.

resulta plausible defender la equivocación de los mismos en sede de resolución constitucional, pero no debemos olvidar como nuestros Tribunales o Cortes constitucionales resuelven decenas o centenas de casos con periodicidad anual y la gran mayoría de ellos no son objeto de crítica externa<sup>749</sup>; el control judicial de constitucionalidad supone un *instrumento* para asegurar la normatividad de nuestras actuales Constituciones regulativas, y, si dicho instrumento fuera generalmente falible, o se percibiera como tal, simplemente, no se comprende el gran éxito, consolidación y difusión del mismo a lo largo de las últimas décadas; sencillamente, si lo anterior fuera correcto, hubiera sido tenido por un instrumento *inadecuado* y, en consecuencia, dejado de lado en nuestros marcos institucionales fruto del juicio crítico de nuestras sociedades *comprometidas* con los valores constitucionales.

En conclusión: es cierto que nuestras Constituciones pueden ser calificadas como “abiertas” - y que existen argumentos poderosos, insuperables, para que lo sigan siendo - y, adicionalmente, producto de lo anterior, puede afirmarse como una constante la presencia de colisiones o contradicciones entre sus disposiciones. Por estos motivos, la justificación ferrajoliana al control judicial de constitucionalidad, a modelos de constitucionalismo fuerte, ha resultado inoperativa. Sin embargo, ello no me ha llevado a abrazar las tesis o las pretensiones de la OCM tendentes a la adhesión o justificación por sistemas o modelos constitucionales débiles (o de supremacía parlamentaria). Y ello dado a que, pese a ser cierta la apertura y el conflicto en torno a nuestras Constituciones, parece no resultar descabellado afirmar la posibilidad de alcanzar respuestas constitucionales materialmente correctas, no sólo esto, sino asumir, además, que la mayor parte de las

---

<sup>749</sup> Sobre esta afirmación, no obstante, se me podría replicar que la mayor parte de decisiones emitidas por nuestros jueces en sede constitucional no son objeto de crítica externa no por ser acertadas, sino por ser irrelevantes, por presentar “poco impacto político”, con independencia de su posible corrección o incorrección. Sin embargo, me parece que este es un argumento resbaladizo por lo siguiente: podemos tolerar, y de hecho toleramos por cuestiones de necesidad práctica, errores, equivocaciones o decisiones desafortunadas por parte de nuestros jueces cuando resuelven asuntos de impacto constitucional. Ahora bien, en vistas a la propia estabilidad y/o aceptación de la propia práctica constitucional, tales errores, simplemente, no podrían ser generalizados. Si la mayor parte de las decisiones constitucionales adoptadas por nuestros jueces (en cuestiones o recursos de constitucionalidad, en recursos de amparo, etc.) fueran percibidas como equivocadas, simplemente, por mera cuestión acumulativa, el desencanto, presión y crítica ciudadana frente a esta institución presentaría tal calado que la misma sería, a corto o medio plazo, inviable, objeto de reforma o suprimida. En definitiva, me parece que esta visión se asienta sobre uno de los errores en los que en ocasiones los autores de la OCM incurrir: pensar que los jueces constitucionales no están sujetos a la rendición de cuentas por su actividad, que los mismos son inmunes frente al escrutinio ciudadano.

decisiones que adoptan nuestros jueces constitucionales suponen una instancia de este tipo de respuestas. De ser ciertas tales afirmaciones, como consecuencia de ellas, obtendremos un camino para entender potencialmente justificados los sistemas de revisión judicial fuerte, como instrumentos óptimos para lograr materializar la supremacía o normatividad de nuestras Constituciones regulativas contemporáneas. Pues bien, no toca ahora sino tratar de exponer con algo más de detalle en que argumentos me baso para sostener lo recién apuntado. A ello dedicaré las sucesivas páginas. Antes de acometer tal objetivo, no obstante, me tomo la licencia de esbozar una suerte de mapa, muy simplificado, que saque a la luz algunas de las alternativas que hasta el momento se nos han presentado, a modo de recapitulación y contextualización respecto de lo que queda del capítulo:

- i. Dada la apertura constitucional y la persistente colisión entre las disposiciones que consagran derechos, no es posible extraer respuestas materialmente correctas (simplemente podremos ofrecer una suerte de *marco abierto* en el que tienen cabida varias respuestas razonables, pero no privilegiar a ninguna de ellas como la correcta o las correctas), pues los factores señalados nos han de hacer comprender que se da la absoluta *indeterminación* del contenido o exigencias constitucionales y cualquier tarea de interpretación, de concreción o aplicación de las mismas, es siempre plenamente dependiente o parasitaria de la voluntad política. Frente a ello:
  - a. Debemos adherirnos a modelos de *supremacía parlamentaria* a la *Westminster*.
  - b. Debemos defender la existencia de jueces constitucionales (o resignarnos a este hecho), pero defender a la par que la *última palabra* en materia de interpretación constitucional resida en manos de nuestros *representantes democráticos*. Ello porque, pese a que debamos adherirnos a modelos que otorguen la última palabra a instituciones representativas, la existencia de jueces constitucionales que ejerzan algún grado de control es condición contribuyente para que quién detente la última palabra se vea forzado a argumentar cualquier decisión afectante a derechos y libertades constitucionales (para evitar

el costo o desacreditación política de aprobar una ley reputada como inconstitucional por la respectiva Corte o Tribunal constitucional) y/o mejore el contenido mismo de tales decisiones (el tribunal, por ejemplo, puede soslayar argumentos que no fueron adecuadamente tomados en consideración por el legislador)<sup>750</sup>.

- ii. Pese a la apertura constitucional y la persistente colisión entre las disposiciones que consagran derechos, al menos en ocasiones, es posible extraer respuestas materialmente correctas; asumiendo explícita o implícitamente que nuestros jueces logran alcanzarlas en la mayor parte de los casos, lo que implica aceptar que los mismos constituyen un instrumento adecuado en garantía de la propia normatividad constitucional. No obstante lo anterior, en términos de *legitimidad política*, resulta simplemente insoportable que una instancia con nula o deficitaria legitimidad democrática vete las decisiones del órgano que detenta el mayor grado de legitimidad democrática, el legislador. Ello supone, necesariamente, defender el objetivo de erradicar los límites a las decisiones adoptadas por el órgano democrático por excelencia; es decir, de no contar con una carta de derechos constitucionalizada.
  
- iii. Pese a la apertura constitucional y la persistente colisión entre las disposiciones que consagran derechos, al menos en ocasiones, es posible extraer respuestas materialmente correctas; asumiendo explícita o implícitamente que nuestros jueces logran alcanzarlas en la mayor parte

---

<sup>750</sup> En otros términos, resulta justificable la presencia del juez constitucional (siempre y cuando no detente la última palabra) porque, a pesar de que la interpretación constitucional siempre resulta parasitaria de la voluntad política, el mismo puede ser un factor contribuyente a la posibilidad de que el legislador tome decisiones políticas de cierta “calidad” en la promulgación de cualquier ley o acto jurídico que tenga cierto impacto sobre materias constitucionales. El juez constitucional, en consecuencia, serviría para mejorar la calidad o el contenido de las decisiones – políticas – que afectan o involucran al contenido constitucional; sería así un instrumento para evitar que el legislador acabe aprobando leyes de impacto constitucional sin necesidad de alegar las mejores razones tendentes a demostrar que está actuando dentro del marco que ofrecen los valores constitucionales, pero a ello se debería limitar su función y su poder, porque, precisamente por constituir sólo un marco abierto, las disposiciones constitucionales mediante las que aparecen reconocidos nuestros derechos y libertades fundamentales siempre ofrecen un amplio grado de discrecionalidad o de libertad al intérprete o decisor a la hora de concretar su contenido, construir sus relaciones de prevalencia, etc.



de los casos; lo que implica aceptar que los mismos constituyen un instrumento adecuado en garantía de la propia normatividad constitucional. En términos de *legitimidad política*, la fiscalización de la adecuación a referida normatividad constitucional, sobre el poder político que actúa a través de la regla de la mayoría, es justificable, en tanto la propia normatividad o supremacía constitucional contemporánea resulta ser un elemento necesario en salvaguarda de cualquier forma de gobierno genuinamente, calificable desde su tipificación ideal, democrática<sup>751</sup>.

Como el lector ya podrá deducir a estas alturas del trabajo, suscribo la última de las tesis planteadas. En este sentido, considero que en los anteriores capítulos ya se dieron razones justificando mi comprensión personal acerca de cómo creo que resulta necesario materializar la normatividad de nuestras Constituciones regulativas contemporáneas en garantía del propio ideal democrático<sup>752</sup>. Por ello, en lo que sigue trataré simplemente de ofrecer argumentos tendentes a justificar la afirmación según la cual es posible extraer respuestas constitucionales correctas y, accesoriamente, como nuestros jueces pueden alcanzar a lograr las mismas; ello, por lo tanto, hará que la defensa de esta tesis iii) deba efectuarse en oposición a la tesis i). Por lo dicho, en lo que sigue consideraré a la OCM en aquella manifestación según la cual se entiende que cualquier decisión en lo afectante a nuestros derechos y libertades constitucionales es, en última instancia, parasitaria de una discrecionalidad o elección política del intérprete-decisor (por lo que, sencillamente, resulta inaceptable que los jueces tengan la última palabra), y mis esfuerzos residirán en tratar de desmentir esto último.

---

<sup>751</sup> En tanto que pese a que el gobierno democrático, como cualquier forma de gobierno, sea formal por definición, su pretendemos operar desde una adecuada comprensión de las exigencias asociadas a este *tipo ideal* de gobierno, para rendir tributo al mismo, resulta necesaria la satisfacción de determinadas exigencias sustanciales o materiales que vienen a encarnarse en la propia supremacía o normatividad de nuestras Constituciones contemporáneas.

<sup>752</sup> Por ello, me parece totalmente desafortunada la tesis de Waldron en base a la cual la democracia y el constitucionalismo (al menos como ideología) resultan antinómicos; así como considerar que la satisfacción de los derechos y libertades constitucionales (que, recuérdese, al menos buena parte de ellos, operan al modo de precondiciones y condiciones democráticas) resulta ser una práctica antidemocrática. Ver WALDRON, 2016: 42.

### 3. La objeción contra-mayoritaria frente a la indeterminación a priori de nuestras Constituciones: los conflictos constitucionales y el papel de los jueces.

#### 3.1. Una posible teorización acerca de nuestros Ordenamientos jurídicos “constitucionalizados”.

En los inicios del trabajo señalé como resulta necesario, según los usos lingüísticos vigentes o la conceptualización constitucional actual, que toda Constitución presente una dimensión valorativa (explícita o implícita) en la que se reconozcan estados de cosas como valiosos o valores a perseguir o a materializar: la dignidad del ser humano, su libertad, su igualdad, etc., el pluralismo político, el acceso a la tutela judicial efectiva, el derecho a la educación, al acceso a la salud, etc.<sup>753</sup> En este sentido, decía, se entiende que es precisamente tal dimensión axiológica la que dota de sentido a las formas de acción jurídico-política constituidas por la propia Constitución; es, a fin de cuentas, la que podemos denominar - en términos ferrajolianos<sup>754</sup> - como la *razón social* del Estado. Por último, se apuntó como para poder afirmar la existencia de un Estado constitucional debe haberse consolidado una práctica que permita afirmar que en torno a tal tipo de Constitución se ha producido la estabilización de la conducta jurídico-política de la comunidad de referencia, es decir, que la Constitución pueda, de hecho, ser considerada como el conjunto de normas fundamental para la comunidad. Pues bien, resulta importante no perder esta perspectiva en lo que sigue del trabajo<sup>755</sup>. En este sentido, me propongo estipular una suerte de aproximación teórica o comprensiva acerca de cómo podemos visualizar el Derecho en el seno de nuestros actuales Estados constitucionales (desde la que adelanto ya algunos de los puntos que a continuación serán tratados). La misma sería la siguiente:

- i. El Derecho *no sólo* es contemplado en su función de guía unitaria de la conducta, es decir, *no sólo* es contemplado como un mecanismo para establecer unívocamente cuales son nuestros deberes, sino, sobre todo, como una forma de protección de cierto sistema de fines y valores compartidos. En otros términos, se

---

<sup>753</sup> Y, adicionalmente se dijo como a tales a tales “cosas” no se las entiende como valiosas por haber sido constituidas por la Constitución, sino que se entiende que, precisamente porque son valiosas, deben ser *reconocidas* por la Constitución.

<sup>754</sup> FERRAJOLI, 2014.

<sup>755</sup> Igualmente importante resulta no perder de vista el fenómeno de “constitucionalización” de nuestros Ordenamientos jurídicos, al cual también me referí, de la mano de Guastini, en el capítulo I.

observan dos vertientes del fenómeno jurídico: una autoritativa o directiva y otra valorativa o *axiológica*<sup>756</sup>.

- ii. De entre tales fines y valores, adquieren una especial importancia, una importancia central, los *derechos y libertades* constitucionales; que suponen los elementos que van a ocupar la máxima escala tanto jerárquica cuanto axiológica en tales Ordenamientos.
- iii. A partir de esta vertiente axiológica, valorativa o justificativa, adquiere sentido la idea de *coherencia*, comprendida como un planteamiento acerca de la compatibilidad entre los diversos fines y valores que el Derecho incorpora.
- iv. Los derechos y libertades constitucionales parecen presentarse en un contexto inarticulado, pues vienen reconocidos mediante principios; esto es, de un modo *prima facie*, por ello, se presentan conflictos entre los mismos. Tales conflictos pueden verse desde dos perspectivas principales: a) pueden ser observados como problemas de indeterminación debida a defectos lógicos del sistema jurídico, en particular, debidos a un problema de consistencia del sistema; b) y/o (adicionalmente) pueden verse como problemas de indeterminación debidos a problemas de coherencia normativa que presenta el sistema.
- v. Para la superación de tales conflictos parece requerirse de la realización de balances –*ponderaciones*– entre los derechos y libertades.
- vi. Los derechos y libertades constitucionales aparecen formulados por medio de predicados valorativos, predicados respecto de los cuales puede aseverarse (algún grado de) *indeterminación lingüística*; o, si se quiere, de vaguedad intensional y extensional. Esta indeterminación se solapa con los problemas de coherencia normativa, puesto que la vaguedad que tiene su origen en impresiones valorativas puede revelar un conflicto entre planteamientos incompatibles en relación a los fines y valores que el Derecho incorpora<sup>757</sup>.
- vii. La Constitución no sólo es observada como ocupando la máxima escala jerárquica, sino también como un *sistema u orden de fines y valores completo* y

---

<sup>756</sup> Bien podría decirse que, en realidad, cualquier fenómeno jurídico debe ser observado en sus dos vertientes: la autoritativa y la axiológica, y que una adecuada comprensión del mismo requiere siempre de la conjunción de estas dos vertientes.

<sup>757</sup> RÓDENAS, 2012: 32.

*pregnante*. Todos los sectores y subsectores del Ordenamiento jurídico quedan embebidos por dicho sistema de valores. En consecuencia, cualquier norma infra-constitucional debe ser examinada en virtud de su acoplamiento y de su coherencia con el aludido sistema de valores.

viii. En caso de que se advierta que una norma infra-constitucional resulta antinómica o incoherente con las normas constitucionales, dicha norma se entenderá derrotada. La *derrotabilidad* puede llevar consigo la nulidad de la norma infra-constitucional.

Así, si se parte de la consideración de que, en las realidades constitucionales contemporáneas, el Derecho es contemplado como (i) conteniendo una vertiente axiológica o justificativa (que ostenta primacía respecto de la autoritativa o directiva); (ii) que en dicho plano justificativo ocupan un lugar absolutamente central los derechos y libertades *reconocidos* por la Constitución; (iii) que, dada dicha dimensión justificativa, adquiere relevancia práctica una necesidad de coherencia entre los fines y valores que la componen; (iv) que, dado el contexto inarticulado y el modo *prima facie* en el que aparecen reconocidos los derechos y libertades constitucionales, el contenido constitucional sobre este extremo aparece *a priori* como indeterminado, por lo que resulta necesario construir balances entre los mismos (ponderar); (v) que, dado que nuestros derechos y libertades constitucionales aparecen formulados mediante predicados valorativos, puede considerarse que su significado se encuentra – al menos *a priori* y/o parcialmente - indeterminado; (vi) que se considera que los derechos y libertades constitucionales forman parte de un genuino sistema con pretensión de completitud y vocación irradiante (el ideal de la ubicuidad); (vii) que, por motivo de la necesidad práctica de coherencia y vocación irradiante, cualquier norma infra-constitucional que resulte incoherente – respecto de la Constitución - resulta derrotada; puede llegar a contextualizarse, a mi modo de ver, de un modo óptimo el porqué de la OCM frente a la jurisdicción constitucional. En términos muy sencillos, la objeción podría reconstruirse como sigue: aun asumiendo la necesidad práctica de coherencia entre los fines y valores que configuran la dimensión justificativa de todo Ordenamiento jurídico constitucional, y la necesidad de adaptación a los mismos, si nuestros derechos y libertades fundamentales aparecen reconocidos de un modo *prima facie*, en un contexto inarticulado y con un significado indeterminado, cuál es el motivo para plantear legítimamente que el intento de realización de dicha coherencia justificativa llevado a cabo por los jueces debe

prevalecer sobre el propio intento que haya efectuado, a su vez y previamente, el legislador democrático, y que pueda llegar a acarrear la anulación de una ley aprobada democráticamente.

Reconstruida así la objeción, para que la misma adquiriera sentido, necesariamente debe partir o fundamentarse sobre dos tesis muy claras:

- i. Nuestras actuales Constituciones, al menos, en cuanto al reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, están *absolutamente* indeterminadas.
- ii. Dado lo anterior (o, incluso, independientemente de lo anterior), los balances o ponderaciones que nuestros jueces efectúen entre los derechos, fines y/o valores que teóricamente consagran nuestras Constituciones, en realidad, no suponen más que la imposición del personal punto de vista ideológico o ético-político del juez sobre el correspondiente punto de vista del legislador. Esto último resulta altamente censurable si atendemos a los principios que fundamentan nuestras formas de gobierno democráticas. Es más, teniendo en consideración que nuestras Constituciones, en realidad, son entidades indeterminadas, lo único que nos queda es proteger la institución legislativa como sede de la Democracia.

Estas dos tesis, en definitiva, sirven de punto de apoyo para sostener los reclamos de la OCM; pues sus defensores quieren manifestar cómo, asumiendo la radical indeterminación de – o la controvertibilidad interpretativa inherente a - nuestras Constituciones, cuando nuestros jueces dicen tutelar los derechos y libertades reconocidos en las mismas, no están sino usando la Constitución (esa entidad indeterminada) como máscara a la verdadera imposición de su personal punto de vista ideológico-político, haciendo que el mismo prevalezca frente a la voluntad de los representantes democráticos de millones de ciudadanos. Es por ello que, desde esta visión, en esencia, nuestros jueces no vienen sino a desempeñarse como un contrapoder político al legislador democrático. Serían un poder contra-mayoritario que operaría al modo de una suerte de magistratura despótica que pretende reinar – que de hecho reina - sobre la voluntad democrática. En consecuencia, necesariamente debe plantearse la objeción frente a la *existencia* de una jurisdicción constitucional (si adicionalmente se defiende un modelo de supremacía parlamentaria a la *Westminster*) o frente al hecho de

que la misma ostente la *última palabra* (si adicionalmente se defiende un modelo de control débil).

Es por ello que, en mi opinión, la única manera de comprobar la plausibilidad y el rendimiento de la OCM, tan cruda en sus postulados y conclusiones o demandas, es analizando si el modo *prima facie*, carente de jerarquía interna, abierto y/o indeterminado, en el que nuestras Constituciones parecen reconocer derechos y libertades, nos debe hacer admitir que siempre que los jueces apelan a la Constitución, en la fiscalización de la actuación del poder democrático, están, en última instancia, imponiendo de manera irrestricta su propia voluntad frente a la voluntad mayoritaria.

Pues bien, según entiendo, resulta absolutamente inadecuada o equivocada la conclusión recién expuesta, consistente en sostener que nuestros jueces acaban, de un modo sistemático, haciendo gala de sus irrestrictas preferencias ético o ideológico-políticas cuando resuelven casos de impacto constitucional. En consecuencia, me parece que la OCM - así planteada - descansa sobre un error o distorsión de la *realidad* y de lo que *debe ser* la actividad judicial. A tratar de desmontar el mismo se dedicarán las siguientes páginas. El objetivo último de éstas, por ello, no será otro que el de tratar derrotar por esta vía a la OCM, sobre la base de argumentos tendentes a justificar un modelo de control judicial fuerte.

En particular, la defensa del objetivo recién planteado consistirá en tratar de demostrar que la actuación de los jueces en relación a la Constitución, en la gran mayoría de las ocasiones, se encuentra sujeta a parámetros de *previsión, justificación y evaluación* racional. Más en particular, y dado que podrían ser varias las vías a través de las cuales tratara (o debiera tratar) de someter a escrutinio la afirmación recién expuesta, - aunque, como resulta obvio, parece poco plausible intentar transitar aquí todos los caminos tendentes a constatar la sujeción del juez a la Constitución -, acotaré mi camino limitándome a efectuar un análisis de cómo deben - y de hecho suelen - desempeñarse los jueces respecto de la que supone la principal fuente de indeterminación *a priori* que presentan nuestras Constituciones, y que no es otra que la presencia de constantes conflictos entre sus disposiciones, entre los principios que reconocen de un modo *prima facie* derechos y libertades fundamentales. Por lo anterior, mi esfuerzo residirá en exponer cómo a la hora de dar solución a los conflictos constitucionales (observando esta actividad

como una genuina actividad interpretativa<sup>758</sup>), vuelvo a decir, tiene sentido sostener que existen criterios de previsión, evaluación y crítica a la actividad *aplicadora* que vienen a desempeñar los jueces. Este camino, de un modo adicional o accesorio, del mismo modo nos debe servir para contar con un instrumento con el que poder determinar, en la casuística de los litigios que resuelven nuestros jueces constitucionales, si, en un supuesto particular, se ha dado la *solución correcta* al conflicto constitucional correspondiente (es decir, si se ha alcanzado la respuesta constitucional materialmente correcta) y, en consecuencia, nos debe servir de igual modo como instrumento para rendir cuentas de la actividad de los mismos<sup>759</sup>.

### **3.1.1. Contradicciones entre disposiciones constitucionales.**

En efecto, una de las fuentes de potencial indeterminación de nuestras Constituciones viene dada por la frecuente colisión entre sus disposiciones, particularmente, entre las disposiciones que vienen a reconocer nuestros derechos y libertades fundamentales<sup>760</sup>. Debido a ello se producen numerosos *conflictos constitucionales*, entendiendo por tales aquellas situaciones en las que las partes en conflicto mantienen pretensiones jurídicas mutuamente incompatibles basadas en elementos constitucionales tales como los aludidos derechos y libertades fundamentales (u otros bienes constitucionalmente protegidos). Estas situaciones son relativamente comunes debido a múltiples factores, de entre los cuales, sin pretensión de exhaustividad, destaco básicamente tres: i) la ausencia de jerarquía interna –al menos en un plano jurídico-formal– de referidas disposiciones; iii) que en las mismas se contienen principios, esto es, normas que establecen facultades, obligaciones o prohibiciones sólo de un modo *prima facie*; iii) la gran amplitud e indeterminación del lenguaje utilizado en tales disposiciones, lo que favorece la posibilidad de fundamentar una pretensión en ellas<sup>761</sup>.

---

<sup>758</sup> Contrariamente a lo que por ejemplo entiende Guastini, para quién – y adelanto ya algunas consideraciones que serán expuestas con posterioridad –, la ponderación no supone una operación estrictamente interpretativa, puesto que la clave de la ponderación no consiste en la atribución de significado a las disposiciones que expresan los dos principios en conflicto, sino un juicio de valor comparativo, que es diferente que un enunciado interpretativo; ver GUASTINI, 2010: 91. A mi parecer, esta supone una visión muy estrecha acerca de la interpretación y, desde luego, no es la tesis acogida por nuestras comunidades jurídicas.

<sup>759</sup> Por lo que, en cierto sentido, al menos parcialmente, queda desactivada la crítica de WALDRON, 2016: 42, cuando señala como instituir el control judicial de constitucionalidad implica sustraer a algún control a la propia actividad que desempeñan nuestros jueces.

<sup>760</sup> FERRERES, 1997: 27 y ss.; GASCÓN, 2016.

<sup>761</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2011: 209-210.

Pues bien, lo primero que cabe señalar es cómo esta fuente de indeterminación la podemos entender como debida a defectos lógicos del sistema, como un problema de *consistencia normativa*, si nos situamos desde el enfoque del Derecho según el cual este es visto como un sistema normativo orientado a la justificación de decisiones, que se consideran justificadas en tanto su contenido resulte deductivamente derivable del contenido de normas generales (más la descripción de los hechos del caso). En propiedad, en el caso particular de los conflictos constitucionales, pareciera que en la mayor parte de las ocasiones nos encontraríamos ante supuestos de *antinomias contextuales*, un tipo de antinomia que no presupone una inconsistencia entre las normas del sistema, pero que se manifiesta cada vez que este correlaciona un caso con modalizadores deónticos incompatibles de comportamientos lógicamente independientes y existe una acción individual subsumible simultáneamente en ambos compartimientos<sup>762</sup>. Y es que, resulta claro que en nuestras Constituciones (salvo excepción) no se dan determinados tipos de conflictos *in abstracto* entre principios<sup>763</sup>. Por ejemplo, es muy extraño que el constituyente regule de manera incompatible un mismo comportamiento, por poner un caso, prohibiendo y permitiendo al mismo tiempo la libertad de cátedra. En efecto, este tipo de contradicciones o inconsistencias no son habituales en nuestras Constituciones, dado que las autoridades normativas, habitualmente, satisfacen unas condiciones mínimas de racionalidad, lo que impide que incurran en inconsistencias tan “burdas”<sup>764</sup>. Sin embargo, existe otro tipo de inconsistencias o contradicciones que si se dan o pueden darse con mayor asiduidad. Así, por ejemplo, no es tan difícil de imaginar que una Constitución regule comportamientos distintos que, dadas ciertas circunstancias, se presenten como incompatibles<sup>765</sup>. Un ejemplo de ello lo constituye el caso paradigmático de conflicto constitucional entre la libertad de expresión y el derecho al honor. En principio, no parece existir una contradicción conceptual entre ambos derechos. Sin embargo, en ciertas circunstancias concretas C, cierto tipo de expresiones pueden resultar lesivas en relación con el derecho al honor de determinado(s) sujeto(s). Todo ello parecería apuntar a que el conflicto se da en función de las *concretas circunstancias* empíricas y no por una inconsistencia entre los dos principios, por ende, pareciera ser que este tipo de conflicto podría calificarse como una *antinomia in concreto*<sup>766</sup>. Así, si por

---

<sup>762</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2007: 142-143

<sup>763</sup> GUASTNI, 2010: 82.

<sup>764</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2007: 142-143

<sup>765</sup> COMANDUCCI, 2005.

<sup>766</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2007: 142-143



ejemplo aceptamos la distinción “fundamental” entre tipos de conflictos normativos que maneja Guastini, diferenciaremos entre<sup>767</sup>:

- i. Conflictos “en abstracto” (o necesarios): este tipo de conflictos se produce cuando dos normas correlacionan dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos concretos que se sobreponen (total o parcialmente) desde un punto de vista conceptual. Por ello, tales conflictos pueden identificarse haciendo abstracción de cualquier supuesto concreto. Un ejemplo de este tipo de conflictos se dará ante la presencia de una norma  $N_1$  que prohíbe el aborto y una norma  $N_2$  que permite el aborto terapéutico. En el ejemplo, el conflicto entre estas dos normas puede identificarse “en abstracto”, debido a que la clase de los abortos terapéuticos está conceptualmente incluida en la clase de los abortos sin especificaciones.
- ii. Conflictos “en concreto” (o contingentes): este tipo de conflictos se produce cuando, en el momento de la aplicación del Derecho a un caso concreto, nos damos cuenta de que dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles al mismo caso concreto. Ello acontece cuando un supuesto concreto cae simultáneamente en dos clases de supuestos para los que, aunque sean independientes desde el punto de vista conceptual, el Derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. Por ende, un conflicto de este tipo pareciera poder identificarse sólo en ocasión de la aplicación de las normas en cuestión a un caso particular. Un ejemplo puede ser el de la colisión entre la norma  $N_1$  que establece la obligación de detener el automóvil ante un semáforo en rojo, y la norma  $N_2$  que establece la prohibición de detener el automóvil en frente de cualquier instalación militar. Los dos supuestos – semáforo en rojo e instalación militar– no tienen relación conceptual alguna, por lo que no existe ningún conflicto en “abstracto”. Ahora bien, el conflicto nace de hecho si alguien coloca un semáforo en rojo en frente de una instalación militar.

En consecuencia, sostiene Guastini, los conflictos “en abstracto” dependen de la estructura conceptual del lenguaje legislativo – o constitucional -, mientras que los

---

<sup>767</sup> GUASTINI, 2010: 82 y ss.

conflictos “en concreto” dependen de lo que sucede en el mundo<sup>768</sup>. Sin embargo, adelanto ya, en mi opinión Martínez Zorrilla tiene razón cuando señala que puede hablarse de contradicciones o conflictos “en abstracto” aún para los supuestos de independencia lógica entre los comportamientos regulados por principios constitucionales<sup>769</sup> (supuestos que son los más habituales)<sup>770</sup>; volviendo con el ejemplo anterior, considero así, y esto es lo que trataré de argumentar, que tenemos motivos suficientes para calificar el conflicto constitucional que se produce entre la libertad de expresión y el derecho al honor - dadas cierto tipo de expresiones que pueden resultar lesivas en relación con el derecho al honor de un determinado sujeto - como un tipo de conflicto o contradicción en abstracto, no simplemente en concreto, entre referidos principios.

Por el momento, basta con señalar como esta presencia de conflictos constitucionales - abordados desde el enfoque que observa al Derecho únicamente desde su función de guía unitaria de la conducta -, hará que el contenido constitucional se encuentre o se considere *a priori* como indeterminado, porque no podemos precisar con exactitud cuál es el estatus jurídico (la calificación deóntica) de determinadas acciones. En otros términos, una de las fuentes de indeterminación de nuestras Constituciones viene dada porque entre sus normas se dan constantes supuestos de contradicciones deónticas; estando bastante extendida la idea de que existe una conexión entre la presencia de contradicciones deónticas y los conflictos, entendidos estos últimos como la imposibilidad de satisfacer conjuntamente todas las normas aplicables a una situación determinada<sup>771</sup>.

Así, si por ejemplo acudimos al sistema de lógica deóntica del que hacen uso Alchourrón y Bulygin<sup>772</sup>, en el que aparecen cuatro operadores deónticos diferentes: “permitido” (P), “obligatorio” (O), “prohibido” (Ph) y “facultativo” (F), teniendo en cuenta que estos operadores son interdefinibles en términos de “permitido”, que se desempeña como operador primitivo, de la manera siguiente<sup>773</sup>:

---

<sup>768</sup> GUASTNI, 2010: 84 y ss.

<sup>769</sup> Soy consciente de que esta tesis no es originaria ni exclusiva de Martínez Zorrilla, pero cito a este autor en el texto porque es precisamente de él de dónde extraigo esta tesis.

<sup>770</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2007 142 y ss. y 2011: 209 y ss.

<sup>771</sup> RÓDENAS, 2012: 23. Ver ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1974.

<sup>772</sup> ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1974.

<sup>773</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2007: 89, nota núm. 68.

$$O(a) = \neg P \neg (a)$$

$$Ph(a) = \neg P(a)$$

$$F(a) = P(a) \wedge P \neg (a)$$

Existe una contradicción deóntica si, por ejemplo, un mismo comportamiento *a* está simultáneamente obligado y prohibido “ $\neg P \neg (a) \wedge P (a)$ ” o facultado y prohibido “ $P(a) \wedge \neg P(a)$ ”.

Por ello, en tales supuestos de contradicción deóntica (normativa) se da la imposibilidad de satisfacer todas las normas aplicables a un caso determinado, puesto que cualquier comportamiento realizado por el destinatario supondrá el incumplimiento de una de ellas.

Por otro lado, cabe señalar como las clases de supuestos regulados por las normas en conflicto pueden sobreponerse total o parcialmente. Se deberá entonces distinguir entre distintos tipos de conflictos<sup>774</sup>:

- i. Conflicto total: este tipo de conflicto se dará cuando las dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a la misma clase de supuestos. Por ejemplo, una norma  $N_1$  que permite la circulación de vehículos de motor por las autovías y otra norma  $N_2$  que prohíbe la circulación de vehículos a motor por las autovías.
- ii. Conflicto parcial: este tipo de conflictos se dará cuando las dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos que se superponen parcialmente. Dicha superposición parcial puede ser de dos tipos diferentes:
  - a. Conflicto parcial unilateral o total-parcial: este tipo de conflictos se dará cuando la clase de supuestos regulados por una norma se encuentre enteramente incluida, en tanto subclase, en la clase de supuestos regulada (de un modo incompatible) por otra norma. Por ejemplo, una norma  $N_1$  que permite la circulación de vehículos a motor por las autovías y otra norma  $N_2$  que prohíbe la circulación de camiones de tres ejes por las

---

<sup>774</sup> ROSS, 1959: Capítulo IV.

autovías; todos los camiones de tres ejes están obviamente incluidos en la clase de los vehículos a motor.

- b. Conflicto parcial bilateral o parcial-parcial: este tipo de conflictos se dará cuando las dos clases de supuestos se crucen de manera que algunos supuestos regulados por una norma coincidan con algunos de los supuestos regulados, de manera incompatible, por otra norma. Por ejemplo, una norma  $N_1$  que prohíbe la importación de cualquier arma de proyectiles y otra norma  $N_2$  que permite la importación de cualquier instrumento pertinente para la práctica de deportes que constituyan disciplinas olímpicas (entre las que se incluyen, por ejemplo, el tiro al arco); no todas las armas de proyectiles son instrumentos necesarios para la práctica de deportes olímpicos, ni todos los instrumentos necesarios para la práctica de deportes olímpicos son armas de proyectiles. El conflicto, por lo tanto, se da sólo en relación a las armas de proyectiles necesarias para la práctica de deportes de disciplina olímpica.

Pues bien, parece que la mayor parte de conflictos constitucionales vienen a constituir conflictos o antinomias de tipo *parcial-parcial*<sup>775</sup>, por lo que, como apuntaba, en no pocas ocasiones suelen ser comprendidos como un tipo de antinomia o conflicto “en concreto” o contingente, tal y como los conceptualiza el propio Guastini; aunque, como trataré de demostrar, el hecho de que en su gran mayoría de conflictos constitucionales vengan a constituir tipos de antinomia parcial-parcial no nos debe hacer concluir que, a su vez, los mismos deben ser comprendidos como conflictos en concreto o contingentes.

Por lo que atañe a este instante, me limitaré a referir que, como sabemos, ante los supuestos de contradicción normativa – es decir, de antinomias - se han establecido toda una serie de mecanismos doctrinales para intentar superar las mismas; mecanismos que funcionan como criterios para establecer cuál de las normas en conflicto es finalmente empleada para resolver el caso. Así, los mecanismos más habituales empleados a tal fin han sido: i) el criterio de jerarquía (*lex superior derogat inferiori*); ii) el criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*); iii) y el criterio de especialidad (*lex specialis derogat generali*). A estos mecanismos (que se constituyen en una suerte de metarreglas

---

<sup>775</sup> GUASTINI, 2010: 88-91. Ver también, por ejemplo, GUASTINI, 1999: 169-171 y COMANDUCCI, 1998.

interpretativas<sup>776</sup>) es usual añadir otros como el criterio de competencia o el criterio de prevalencia. Pues bien, cabe señalar como algunos de los criterios anteriores son relativos a la *validez*, esto es, determinan qué norma de las que entran en conflicto es válida; otros son más bien criterios de *aplicabilidad*, por ello, determinan cuál de las normas en conflicto es aplicable al caso (es por esto que en este sentido son usados para introducir excepciones por vía interpretativa, modificando así el sistema y eliminando la antinomia); y, finalmente, algunos de estos criterios pueden funcionar como criterios de validez o aplicabilidad en función de las circunstancias. Doy por sentado que tales criterios son ampliamente dominados por el lector, por ello obviaré aquí su exposición<sup>777</sup>. Por este motivo, me limito a señalar aquí cómo el problema que se presenta en caso de conflicto entre normas constitucionales deriva del hecho de que los criterios referidos, y habitualmente empleados para resolver supuestos de colisión normativa entre otro tipo de normas, en principio, no parecen funcionales. Martínez Zorrilla sintetiza muy bien las razones<sup>778</sup>. Así, en primer lugar, al tratarse de normas constitucionales deben ser consideradas como normas independientes, esto es, como normas que no hacen depender su validez de su adecuación a otras normas del sistema, por ello, no puede aplicarse el criterio de competencia. En segundo lugar, dado que todas ellas tienen su fundamento en un mismo texto normativo, tampoco parecen operativos los criterios jerárquico y/o cronológico. En tercer lugar, tampoco parece operativo el criterio de prevalencia, al estar este relacionado con la competencia de ciertos órganos para dictar normas infraconstitucionales. En cuarto lugar, y aunque ello no sea de afirmación tan pacífica, de un modo general se sostiene que tampoco resulta operativo el criterio de especialidad (retomaré esta posibilidad un poco más adelante). Señalado lo anterior, en definitiva, dado que no puede hacerse uso de los criterios en los que se basan de manera habitual los juristas para resolver los conflictos entre otro tipo de normas, por no parecer funcionales a las normas constitucionales, parece que nos encontramos ante un serio problema, pues, en principio, podríamos entender que el contenido constitucional (dadas las constantes contradicciones deónticas<sup>779</sup>) aparecerá indeterminado para no pocos casos posibles.

---

<sup>776</sup> RÓDENAS, 2012: 26-27.

<sup>777</sup> En caso de querer hacer revisión de los mismos, remito al lector al detallado y nítido examen de tales mecanismos llevado a cabo por MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 146 y ss.

<sup>778</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 153-154.

<sup>779</sup> Recuérdese que puede decirse que, en cierto sentido, resulta lógico vehicular los supuestos de contradicciones deónticas a los de conflicto – normativo –, dado que en tales situaciones nos encontramos ante imposibilidad de satisfacer conjuntamente todas las normas aplicables a una situación determinada –

Pues bien, precisamente debido a la inoperatividad de las metarreglas interpretativas señaladas, a la hora de resolver los conflictos constitucionales, y si contemplamos el fenómeno jurídico que se da en nuestros Ordenamientos constitucionales únicamente desde su función de guía unitaria de la conducta, esto es, como un mecanismo unívoco para establecer cuáles son nuestros deberes, parece igualmente que tendríamos que concluir que el intérprete cuenta con absoluta discrecionalidad para resolver los mismos, basándose de manera exclusiva en sus criterios personales de preferencia. Sin embargo, como señalaba, reconstruir de tal forma la actividad interpretativa en el seno de nuestros Ordenamientos constitucionales sería erróneo; en efecto, la misma debe ser observada, igual e incluso primariamente, desde la concepción que ve en el fenómeno jurídico una forma de protección de un cierto sistema de fines y valores. Es por ello que, desde este segundo enfoque o perspectiva, cobra sentido la idea de *coherencia*, comprendida como un planteamiento acerca de la compatibilidad entre los diferentes fines y valores que el Derecho incorpora<sup>780</sup>. Creo, en particular, que la necesidad de tal coherencia cobra especial sentido en lo relativo al *reconocimiento* de nuestros derechos y libertades constitucionales. Sobre este extremo, en palabras de Ferreres: “en el caso de las colisiones, lo que sucede es que varias disposiciones protegen distintos derechos que concurren en muchos supuestos de la vida real. Hay que presuponer que el legislador constitucional que formuló esas disposiciones sabía que los conflictos entre los derechos protegidos serían frecuentes. Por tanto, debe interpretarse que su intención fue proteger los diversos derechos y, en caso de que surgieran conflictos, evitar que la protección de unos se hiciera a costa de un sacrificio desproporcionado de los otros. En consecuencia, hay que interpretar las diversas disposiciones sistemáticamente, como partes de un *todo coherente*<sup>781</sup>”.

Por lo dicho, considero que el punto esencial, en lo relativo a la posible justificación de la actividad que desempeñan nuestros jueces en relación a la Constitución, viene necesariamente unido a la exploración de si resulta viable alguna suerte de satisfacción racional del imperativo de la coherencia normativa. Esto es, ante un caso de conflicto constitucional, ¿puede ofrecerse una solución – o acotar un elenco de soluciones – justificable(s) en términos racionales (no arbitrarios, ni absolutamente discrecionales)

---

en tanto vienen a establecer modalizadores deónticos diferentes y mutuamente incompatibles para un mismo supuesto de hecho -.

<sup>780</sup> RÓDENAS, 2012: 23 y 31-32.

<sup>781</sup> FERRERES, 1997: 28. La cursiva es añadido mío.

frente al problema que plantea la necesidad de construir un todo coherente en relación a nuestros derechos y libertades constitucionales? A mi juicio, en el escenario de aludidos conflictos constitucionales, sólo caben dos posibles respuestas frente a tal interrogante:

- i. Debe de considerarse que, en este intento de materialización de un mínimo de coherencia normativa, el intérprete o decisor siempre cuenta con una absoluta o amplísima discrecionalidad – hasta el punto que puede acabar dando entrada a decisiones absolutamente arbitrarias -. Por ello resulta intolerable que el juez constitucional ostente la última palabra o la decisión autoritativa al respecto, porque, en el fondo, esto no supondrá sino naturalizar o dar entrada al hecho de que el mismo acabe imponiendo su voluntad, sus personales preferencias o asunciones, sobre este extremo. Dada esta realidad, en propiedad, a lo único que podemos aspirar es a tutelar el principio democrático; que sea la voluntad democrática, mayoritaria o popular, la que acabe imponiendo su decisión y no una institución eminentemente contra-mayoritaria o elitista.
- ii. Debe de considerarse que la Constitución nos ofrece la posibilidad de extraer de ella respuesta(s) correcta(s), al menos, para algunos casos; respuestas que posibilitan alcanzar la realización práctica del imperativo de la coherencia normativa que debe perseguir todo Ordenamiento constitucional. Adicionalmente, debe considerarse que el juez constitucional está en disposición de alcanzar la(s) misma(s), por ello, supone un elemento de control esencial para fiscalizar que la actuación del poder político satisfaga dicho imperativo.

El paciente lector - de nuevo - ya sabrá cual asumo como la “respuesta correcta” frente a expuesto interrogante; ante el temor de resultar oscuro, en todo caso, resalto explícitamente: la respuesta ii). Por ello, le propongo en este momento que me acompañe en los siguientes argumentos para comprobar si resulta cierto que nuestros jueces resultan ser órganos de control necesarios al fin expuesto (alcanzar a construir o tutelar una realidad jurídica coherente con los valores que la dotan de sentido y justificación) o si, por el contrario, sus críticos tienen razón al entender que no representan más que a una institución que, bajo un halo de racionalidad y sujeción a la Constitución, acaban por

desbancar a la voluntad popular en post de la imposición de sus personales preferencias o asunciones ético-políticas. Intentaré ofrecer argumentos para convencerle de mi postura. Veámoslos.

### 3.1.2. Principios y no reglas.

Llegados a este punto, cabe recordar cómo se ha dejado visto que la mayor parte de las normas por las que se consagran nuestros derechos y libertades constitucionales constituyen principios (y no reglas)<sup>782</sup>. Y, a lo que ahora interesa, no son pocos los autores que consideran que existen importantes diferencias a la hora de afrontar o resolver los conflictos entre reglas y los conflictos entre principios. En síntesis, puede señalarse que es opinión bastante generalizada la que entiende que un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado declarando la *invalidéz* de una de las reglas en conflicto o introduciendo una *excepción* en alguna de ellas. Por el contrario, cuando asistimos a un conflicto entre principios, suele sostenerse, lo que sucede es que se establece una *relación de prevalencia* en favor de uno de ellos, sin declarar inválido a ninguno de los principios en conflicto, ni introducir excepción alguna. Esta relación de prevalencia, igualmente suele entenderse, puede variar si varían las circunstancias, las propiedades del caso; esto es, en otro caso distinto la precedencia puede establecerse en favor de otro principio<sup>783</sup>.

En esta línea, por ejemplo, Dworkin - el autor que introdujo en los términos contemporáneos la discusión acerca de los principios<sup>784</sup> - entendió que:

- Las reglas son normas que operan al modo “todo o nada”, en el sentido de que “si los hechos que estipula (...) están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión<sup>785</sup>”.
- Los principios no operan de este modo, es decir, no son aplicados a la manera de disyuntivas; dado que de la satisfacción *a priori* de las condiciones previstas por el principio no se sigue automáticamente la imposición de las consecuencias jurídicas normadas por este. Y es que los principios, a diferencia de las reglas, solamente enuncian “una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige

---

<sup>782</sup> Véase el capítulo II.

<sup>783</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 145-146.

<sup>784</sup> DWORKIN, 1977 a.

<sup>785</sup> DWORKIN, 1977 a: 72.



una decisión en particular<sup>786</sup>”. Por este motivo, según Dworkin, y como reconstruye Carrió: “cuando afirmamos que algo es un principio de nuestro Derecho sólo queremos decir que los funcionarios deben tenerlo en cuenta como una consideración (normativa) que apunta en cierto sentido<sup>787</sup>”.

En opinión de Dworkin, lo recién apuntado diferencia a los principios de las reglas, pues los primeros se caracterizan, en palabras literales, por la dimensión del *peso - dimension of weight*<sup>788</sup> - o importancia y no por su validez; pues, cuando la dirección ordenada por un principio choca con la ordenada por otro principio, independientemente de cuál sea el que finalmente prevalezca – que será el que tenga mayor peso para resolver el caso concreto (peso relativo) –, no deriva la invalidez de ninguno de los principios involucrados, que por el contrario seguirán formando parte del Ordenamiento Jurídico<sup>789</sup>. Es por esta razón, entiende Dworkin, por lo que aún el principio que haya sido derrotado para el caso en cuestión podrá seguir siendo utilizado para resolver otros casos futuros en los que resulte vencedor sobre otros principios<sup>790</sup>. Esta dimensión, en conclusión, defiende el teórico norteamericano, es exclusiva de los principios.

Por citar otro autor relevante, podemos señalar que Alexy llega a una conclusión similar a la de Dworkin. Así, entiende que en los supuestos en los que exista un conflicto entre dos reglas y una de ellas haya de resultar inoperativa para el caso, o bien ha de declararse una de ellas como inválida o bien debe introducirse una *cláusula de excepción* que elimine el conflicto - sin necesidad de declarar la invalidez de la regla o reglas no aplicadas -. Necesariamente ha de darse alguna de estas dos opciones<sup>791</sup>. Sin embargo, escribe Alexy: “cuando dos principios entran en colisión (...) uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien

---

<sup>786</sup> DWORKIN, 1977 a: 76.

<sup>787</sup> CARRIÓ, 1990: 221 – 222. El contenido entre paréntesis es añadido mío.

<sup>788</sup> “Los principios tienen una dimensión que falta en las reglas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...) quién debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber (...) una medición exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia”. DWORKIN, 1977 a: 77 – 78.

<sup>789</sup> DWORKIN, 1977 a: 77.

<sup>790</sup> En este sentido, coincido con la caracterización que HART, 1994: 261 efectúa acerca de esta distinción dworkiniana regla-principio.

<sup>791</sup> Vemos por tanto que Alexy introduce un matiz respecto de lo que sostuvo Dworkin, y el mismo consiste en establecer que, en caso de conflicto entre dos reglas, no necesariamente debe declararse la invalidez de una de ellas, sino que puede también ser resuelto mediante la introducción de una cláusula de excepción en alguna de las reglas en conflicto.

lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa<sup>792</sup>”.

Tomando, así, en consideración la visión de Dworkin o de Alexy, en consecuencia, bien podría señalarse que las metarreglas interpretativas *lex superior*, *lex specialis* y *lex posterior*, anteriormente citadas, y en tanto vendrían a operar como criterios relativos a la validez o apreciación de excepciones por vía interpretativa (modificando el sistema y eliminando la antinomia), en realidad, únicamente resultan operativas cuando nos encontramos ante contradicciones entre *reglas*. Por el contrario, ante la presencia de un conflicto o colisión entre dos o más principios los juristas acuden (deben acudir) a instrumentos distintos para superar la colisión: la *ponderación*.

Ahora bien, tomando en consideración que la existencia de conflictos constitucionales es asumida por la práctica totalidad de los teóricos, pues ninguna teoría del derecho viene a negar que se puedan dar, en la realidad de nuestros sistemas jurídicos, conflictos entre derechos fundamentales<sup>793</sup> (entre los principios que los consagran) en su fase de aplicación, (ni tan sólo aquellos autores en principio “anti-conflictivistas”, como el propio Ferrajoli<sup>794</sup>, aun cuando estos últimos los reduzcan a un plano marginal<sup>795</sup>), cabe, no obstante, hacer hincapié en la fuente de discrepancia que existe en torno al instrumento mediante el cual son resueltos tales conflictos, esto es, en torno a la ponderación. En particular, sin pretender detenerme de un modo pormenorizado en su análisis, cabe destacar como Comanducci señala que existen algo así como dos grandes enfoques teóricos desde los cuales pueden ser observados los conflictos entre derechos fundamentales – entre las normas que los materializan - y sobre cómo pueden ser solucionados los mismos a través del instrumento de la ponderación.

Así, desde un primer enfoque, que yo calificaré como el “enfoque escéptico”, se subraya el amplio margen de *discrecionalidad* del que gozan los jueces al momento de solucionar un conflicto entre principios que reconocen derechos fundamentales. En particular, partiendo del hecho de que los principios presentan condiciones de aplicación abiertas, que obligan al juez a ponderar los principios en cuestión para determinar cuál de

---

<sup>792</sup> ALEXY, 1985: 88-89.

<sup>793</sup> COMANDUCCI, 2005: 105-118.

<sup>794</sup> FERRAJOLI, 2012 a.

<sup>795</sup> FERRAJOLI, 2012 a.

ellos debe prevalecer en el caso en cuestión, desde este enfoque se considera que este acto o actividad de ponderar, o sea, de determinar las condiciones aplicación o el ámbito de aplicabilidad de los principios en colisión, sólo opera en el *caso concreto* en que se lleva a cabo tal determinación. Me parece interesante reproducir aquí expresamente las palabras de Comanducci al respecto, pues, en su opinión la operación expuesta sólo es “válida” para el caso concreto: “ya que nada impide que en otro caso, aunque parecido al precedente, él u otro juez no “reabra”, quizás por el procedimiento que en el *common law* se llama *distinguishing*, el balance entre los principios y lo resuelva de manera distinta, o no haga jugar un principio adicional, revisando así las condiciones de aplicación de aquellos principios que confieren derechos fundamentales. Siendo así las cosas, resulta imposible, cuanto menos muy difícil, prever *ex ante* cuál será el resultado de la ponderación judicial en casos futuros<sup>796</sup>”. Es por ello, como continúa sintetizando el propio Comanducci, que según este enfoque (que él entiende que es el propio de las teorías descriptivas del Derecho), aún si pueden satisfacer otros fines valiosos desde un punto de vista ético-político, la presencia en un sistema jurídico de principios que reconocen derechos fundamentales, siendo estos un tipo de norma que presenta unas condiciones de aplicación abiertas o indeterminadas, disminuye la posibilidad de realización del valor de la seguridad jurídica, esto es, disminuye (o elimina por completo) la posibilidad de poder prever cómo serán resueltos futuros conflictos entre tales derechos<sup>797</sup>. En definitiva, me interesa recalcar aquí, para esta visión o enfoque: la ponderación es vista como un simple ejercicio discrecional de expresión de las preferencias del intérprete a la luz de los intereses en juego<sup>798</sup>.

A su vez, puede señalarse que existe algo así como un segundo enfoque, que yo calificaré, quizá con algo de libertad, como el “enfoque principialista<sup>799</sup>”. Pues bien, desde esta segunda perspectiva se rechazan rotundamente las conclusiones sostenidas por el enfoque escéptico. Ello, en tanto que los autores encasillables en el mismo, de un modo

---

<sup>796</sup> COMANDUCCI, 2005: 105-118. También resultan esclarecedoras de esta visión estas otras palabras escritas por el propio COMANDUCCI, 1998: “La actividad de ponderación, desde luego, se desarrolla *caso por caso*, sobre la base de una jerarquía entre los principios que solo es relativa al *caso en cuestión*, y está decidida por el órgano de aplicación, o por el intérprete, “*a la luz de los intereses en juego*”, es decir, para una teoría realista, *sobre la base de las opciones valorativas de quien decide la aplicación o la interpretación*” – las cursivas son añadidos míos -.

<sup>797</sup> COMANDUCCI, 1988. De un modo taxativo se pronuncia COMANDUCCI, 2005, con las siguientes palabras: “*resulta imposible*, cuanto menos muy difícil, prever *ex ante* cuál será el resultado de la ponderación judicial en casos futuros” – las cursivas son añadidos míos -.

<sup>798</sup> COMANDUCCI, 1998; esto es diagnosticado también por el propio MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 155-156.

<sup>799</sup> Quizá, en propiedad, debiera rotularse como el enfoque “principialista-argumentativo”.

no necesariamente homogéneo, vienen a señalar como disponemos de elementos para afirmar que la ponderación supone un instrumento cuya utilización nos permite arribar a soluciones, en caso de conflicto constitucional, que van más allá de las meras preferencias del intérprete o decisor. En consecuencia, desde este segundo enfoque, se afirma cómo, producto de la ponderación, podemos arribar a soluciones materialmente correctas frente a los casos de conflicto entre principios constitucionales. Sin embargo, tales autores representan un mapa heterogéneo de sub-tesis, en particular, respecto de que entendamos en concreto por “respuesta correcta”. A lo que aquí atañe, sustrayéndome en cierto sentido de estas polémicas, me limitaré a considerar como análogo a la idea de la respuesta materialmente correcta, aquella respuesta que se fundamenta sobre algún tipo de justificación racional evaluable más allá de las particulares preferencias o asunciones del intérprete decisor.

Pues bien, obvia decir que, en principio, dependiendo del enfoque que se adopte, podremos entender que la actividad de los jueces en la resolución de los conflictos entre principios que materializan nuestros derechos y libertades constitucionales podrá ser calificada como “soportable” o “insoportable” a la luz del principio democrático del voto mayoritario. Por ello, en las siguientes páginas procuraré exponer con algún detalle algunos de los argumentos que sustentan cada uno de ambos enfoques. En particular, mi estrategia consistirá en reproducir, del modo más breve y esquemático posible, la posición que al respecto de este debate, en torno a la forma de solucionar casos de conflicto constitucional, mantienen algunos de los autores más representativos de nuestro ámbito desde cada una de estas perspectivas. Empezaré desde el análisis del enfoque escéptico, para, desde su crítica, proseguir con la exposición del enfoque principialista, con el objetivo de acabar adhiriéndome a este último.

### **3.2. La respuesta escéptica.**

#### **3.2.1. Las soluciones en concreto: la ponderación equitativa.**

El primer autor que introduzco como uno de los representantes del enfoque escéptico es Ferrajoli. A buen seguro esto causa perplejidad en el lector, no obstante, trataré de argumentar adecuadamente, de la mano de Ruíz Manero<sup>800</sup>, el porqué de su encasillamiento dentro este enfoque. En todo caso, como resulta obvio, cabe remarcar que

---

<sup>800</sup> RUÍZ MANERO, 2012.

Ferrajoli no se auto-define como un escéptico respecto de la solución de conflictos entre nuestros derechos y libertades fundamentales, sino que acaba cayendo en esta posición, a mi modo de ver, de una forma involuntaria.

Tendré que dar por sentadas algunas de las tesis de Ferrajoli en vistas a poder presentar de un modo esquemático este sub-apartado. Por ello, aquí simplemente apuntaré como, según se ha dejado visto de un modo esquemático, para Ferrajoli buena parte de los que se presentan como conflictos entre derechos y libertades fundamentales son armonizables, dados sus respectivos límites lógicos o conceptuales, en un plano abstracto (es decir, constituyen *conflictos aparentes*). Obviaré aquí las críticas de las que a mi juicio resulta acreedora esta tesis ferrajoliana; simplemente me interesa recalcar ahora que, en todo caso, el propio Ferrajoli considera que no todos los conflictos son solucionables en un plano abstracto. En particular, Ferrajoli admite que existen supuestos de colisión entre derechos de libertad para los cuales no disponemos de “soluciones en abstracto” predispuestas<sup>801</sup>. En tales supuestos, entiende el autor toscano, la solución ha de venir de la ponderación de las circunstancias fácticas de los casos individuales de que se trate, lo que él denomina como la *ponderación equitativa*<sup>802</sup>, y no de la ponderación entre los principios involucrados en el conflicto. En este sentido, en su opinión, lo que se da entre aquellos que piensan que en tales conflictos deben ser ponderados los principios en pugna es una confusión entre “hechos y normas”. En sus propias palabras:

“lo que cambia no son las normas, siempre iguales, sino los casos juzgados, que, aunque subsumibles en las mismas normas, son siempre irrepitiblemente diversos unos de otros. Por eso, en estos casos, la llamada ponderación concierne, no a las normas aplicables, sino a los rasgos singulares e irrepitibles de los hechos sometidos a enjuiciamiento (...). Piénsese, en materia constitucional, en las múltiples e imprevisibles circunstancias de hecho ponderadas en la valoración de las violaciones de los principios de igualdad y dignidad de la persona, o de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales. En todos estos casos, los jueces no valoran las normas a las que están sujetos, sino, precisamente, los hechos que están llamados a juzgar. No pesan las normas, sino las circunstancias de los hechos

---

<sup>801</sup> RUÍZ MANERO, 2012. Más específicamente, como por ejemplo acierta a señalar COMANDUCCI, 2005: “Ferrajoli (...) admite que pueden darse conflictos entre derechos fundamentales, pero limita muchísimo el alcance de esta posibilidad. En efecto, para él, sólo pueden darse conflictos entre algunos derechos de libertad (“que encuentran los límites impuestos por su convivencia con los derechos de libertad de los demás”) y del derecho de huelga frente a los demás derechos fundamentales”.

<sup>802</sup> Véase, a título de ejemplo, FERRAJOLI, 2011 a, 2012 a.

sometidos a su juicio. Y no pueden dejar de hacerlo porque el juicio no versa sobre los hechos en abstracto, sino sobre hechos concretos y sus circunstancias irrepetibles<sup>803</sup>”.

Para Ferrajoli este tipo de operación viene requerida por lo que denomina como la *dimensión equitativa* de la jurisdicción, dimensión que consiste en la comprensión y valoración de las *concretas e irrepetibles* circunstancias y connotaciones que hacen a cada hecho diverso de todos los demás, aunque todos pertenezcan al mismo supuesto legal. Es por ello que, a su juicio, esto es un tipo de averiguación fáctica exigido inevitablemente, en especial ante el concurso de normas, para la comprensión de la singularidad de los hechos y, en todo caso, no una fuente o método de producción normativa. En definitiva, tener presente esta dimensión equitativa nos ha de hacer comprender cómo, en los casos de conflicto “en concreto” entre derechos, el juez no pondera las normas, sino los hechos (singulares, diversos, irrepetibles). Considero pertinente reproducir otro pasaje de Ferrajoli para sintetizar su visión del problema:

“En definitiva, la ponderación como método de solución de los problemas interpretativos no tiene cabida en la aplicación de la ley. Es una metáfora sugestiva, que como todas las metáforas, si tomada al pie de la letra, introduce inevitables distorsiones. Los principios no son normas expuestas a las opciones ponderadas de los legisladores y de los jueces, sino, por el contrario, límites y vínculos impuestos a unos y otros. En cuanto a los conflictos, los dilemas y las incertidumbres que se dan en presencia de concursos de normas, se resuelven en el plano general y abstracto con argumentos, aunque sean opinables y controvertidos, en apoyo de la calificación jurídica propuesta como la más correcta a tenor de las normas existentes. Y cuando los concursos y los dilemas surgen a propósito de los casos concretos, a través de la comprensión y la valoración equitativa de las circunstancias, singulares e irrepetibles, que hacen a cada caso irreductiblemente distinto de todos los demás. En ambos tipos de supuestos, concebir la ponderación como opción ponderada de una norma con menoscabo de otra y admitir por tanto la derogabilidad de las normas constitucionales, equivale a hacer vana la sujeción del juez a la ley. La ponderación, entendida de ese modo, (...), es una operación jurídicamente incompatible con el principio de legalidad y con la lógica del estado de derecho. (...) El derecho vigente es la única lengua de

---

<sup>803</sup> FERRAJOLI, 2012 a.

que disponen los jueces para nombrar los hechos que enjuician: como hurto o apropiación indebida, como ejercicio de la libertad de prensa o como difamación, no porque pesen el significado de estas palabras —es decir, las normas sobre el hurto, la apropiación indebida, la libertad de prensa y sobre la dignidad de las personas (más de lo que pesamos, hablando, las palabras “silla” o “butaca”)—, sino porque valoran (o, si se quiere, pesan) las particularidades singulares de los hechos enjuiciados que los hacen identificables y más fundadamente designables como hurto, apropiación indebida, legítimo ejercicio de la libertad de prensa o indebida difamación lesiva de la dignidad personal”.

Creo que Ruíz Manero<sup>804</sup> acierta en el blanco cuando señala las posibles críticas que pueden dirigirse hacia este planteamiento. En primer lugar, debe recalcar que Ferrajoli presenta la ponderación entre principios de un modo en el que difícilmente van a verse reflejados los autores que han teorizado sobre este método (fundamentalmente, los autores adscritos a lo que me he referido como enfoque principialista). En efecto, ningún autor entiende por ponderar la actividad de “pesar el significado de las palabras”; ni tampoco resulta en grado alguno claro qué es a lo que Ferrajoli pretende referirse por ello. Sin adelantar cuestiones que serán expuestas un poco más adelante, simplemente cabe remarcar al respecto que lo que los autores principialistas señalan sobre la ponderación es que hay que ponderar el peso de las *razones* que en las *circunstancias genéricas* respaldan a cada uno de los principios en pugna. Como expresamente señala Ruíz Manero: “nos estamos moviendo siempre al nivel de las circunstancias genéricas. Si un caso no presenta circunstancias genéricas relevantes distintas de las de otro caso, ambos deben recibir la misma solución, pues son subsumibles en la misma regla<sup>805</sup>”. Sin embargo, Ferrajoli considera que lo que debe de ser ponderado no es el peso de las razones que respaldan a cada uno de los principios en conflicto en relación a las circunstancias genéricas que presenta el caso, sino las *circunstancias individuales* de ese mismo caso. Pero, como señala el propio Ruíz Manero, lo cierto es que si no vemos a esas circunstancias individuales o particularidades singulares como instancias de propiedades genéricas, en primer lugar, no tenemos manera de referirnos a ellas en términos comunicables a los demás, pues en realidad nuestro lenguaje no dispone de nombres propios para designar esas particularidades singulares y, en segundo lugar, la única

---

<sup>804</sup> RUÍZ MANERO, 2012.

<sup>805</sup> RUÍZ MANERO, 2012.

manera que tenemos de captar las mismas no puede ser más que alguna suerte de intuición no comunicable y no controlable intersubjetivamente. Es por ello que, atendiendo a la tesis de Ferrajoli, cuando nos encontrásemos con este tipo de conflictos, la solución que se alcanzaría no podría presentarse en modo alguno como una decisión justificada, sino que sería necesariamente arbitraria. Y es que, resulta evidente que la propia idea de justificación implica el imperativo de tratar de forma semejante los casos semejantes, es decir, la idea de que los casos que exhiban las mismas propiedades genéricas deben recibir una solución igual. Y ello, no puede significar sino asumir que “en el caso de las colisiones entre principios, implica la necesidad de ponderar las razones que respaldan a cada uno de ellos en relación con unos u otros conjuntos de circunstancias genéricas<sup>806</sup>”.

Es por lo anterior que Ferrajoli - creo que de manera involuntaria - acaba abrazando las mismas tesis sostenidas desde la visión o enfoque escéptico del problema: la solución a un conflicto entre derechos fundamentales, en primer lugar, no resulta justificable (más allá de las meras preferencias del intérprete-decisor) y, en segundo lugar, sólo puede resultar operativa para el caso concreto de que se trate. Por ende, no es sólo que la aludida “ponderación equitativa” nos lleve, necesariamente, a la adopción de soluciones arbitrarias – o, al menos, absolutamente discrecionales -, sino que de dicha solución nada se puede obtener para otros casos a partir de la generalización o universalización de las propiedades presentes en el caso de que se trate; esto acaba convirtiendo a Ferrajoli en una suerte de defensor del *particularismo jurídico*<sup>807</sup>. Pues bien, Ferrajoli acaba desembocando en lo anterior de manera, a mi parecer, no consciente, y esta tesis en realidad no casa en modo alguno con grandes postulados de su propia construcción teórica. En todo caso, por las razones que aduciré un poco más adelante, las consecuencias que derivarían de tal ponderación equitativa no son en modo alguno aceptables; y, desde luego, en caso de que las cosas no pudieran ser de un modo distinto a como las plantea Ferrajoli – sobre este extremo -, habría que dar toda la razón a los valedores de la OCM, al menos, cuando los mismos señalaran lo injustificado de que la democracia acabe siendo rehén de la caprichosa o arbitraria voluntad de unos pocos magistrados. Afortunadamente, las cosas parece que distan de ser así.

---

<sup>806</sup> RUÍZ MANERO, 2012.

<sup>807</sup> Como señala MORESO, 2009: 270-271: el particularismo es una doctrina ampliamente discutida en filosofía moral, pero no así en teoría jurídica. Uno de sus mayores defensores en filosofía moral DANCY, 1993:60, la presenta así: “la idea básica detrás del particularismo es la idea de que el comportamiento de una razón (o de una consideración que sirve como una razón) es un caso nuevo no puede predecirse de su comportamiento en cualquier otro contexto”.



### 3.2.2. La jerarquía axiológica móvil.

Cuando me refiero aquí al enfoque escéptico, el autor en torno al cual hago pivotar dicho enfoque no es otro sino Guastini. Evidentemente, no es este el lugar para llevar a cabo una reconstrucción pormenorizada de los lineamientos básicos de su pensamiento, por ello, simplemente me limitaré a trazar algunos broches acerca de su visión sobre el punto aquí tratado.

En este sentido, lo primero que cabe señalar es como Guastini comparte la tesis de que gran parte de las disposiciones constitucionales que reconocen derechos y libertades no expresan reglas precisas, sino principios generales, los cuales exigen: por un lado, un trabajo de “concreción” para determinar su ámbito de aplicabilidad; y, por otro lado, del recurso a la ponderación, siempre que entren en conflicto uno con el otro<sup>808</sup>.

Así, en su opinión, el carácter estructuralmente indeterminado de los principios implica al menos dos consecuencias<sup>809</sup>:

- i. En primer lugar, los principios no son idóneos para operar como premisa mayor (normativa) del silogismo a través del cual los órganos de aplicación aplican “reglas”. Y es que, los principios no pertenecen a la justificación “interna” de las decisiones jurisdiccionales (y/o administrativas), sino a su justificación “externa”, es decir, son utilizados como argumentos para justificar la elección de la premisa normativa del silogismo<sup>810</sup>.
- ii. En segundo lugar, en la mayor parte de los juicios acerca de la legitimidad constitucional de las leyes, lo que se le exige al juez no es que confronte dos reglas ni dos principios, sino un principio constitucional con una regla legislativa. Ahora bien, dada la heterogeneidad de un principio y una regla, se impide cualquier confrontación directa entre ambos tipos de normas. Por ello, para que aludida confrontación sea viable, es necesario obtener del principio una regla que constituya su aplicación. Es decir, para que un principio pueda ser utilizado en el razonamiento del juez se exige previamente una “concreción” del mismo: esto es, debe ser “transformado” en una regla (relativamente) precisa. De este modo, concretar un principio significaría: a)

---

<sup>808</sup> GUASTINI, 2010: 73.

<sup>809</sup> GUASTINI, 2010: 78-80.

<sup>810</sup> Este constituye un punto, por así decirlo, no discutido.

en primer lugar, determinar su ámbito de aplicación, o sea, decidir a cuáles clases de supuestos resulta aplicable; b) en segundo lugar, determinar al mismo tiempo sus excepciones, es decir, las subclases de supuestos para los que no resulta aplicable. Ahora bien, a juicio de Guastini, la concreción de un principio constituye una operación altamente discrecional al menos por dos razones: a) en primer lugar, el razonamiento mediante el cual los intérpretes obtienen una regla a partir de un principio no puede ser un razonamiento deductivo cuya única premisa sea el principio en cuestión, pues resulta necesario agregar algunas premisas (más o menos arbitrarias) que no son normas positivas; b) en segundo lugar, en la mayor parte de los casos, los principios constitucionales se formulan mediante expresiones que evocan valores morales y/o políticos, por ello, las interpretaciones de estas expresiones necesariamente involucran juicios de valor (y, cabe señalar que para Guastini cualquier juicio de valor no es más que un juicio “meramente subjetivo”).

En cuanto al necesario recurso a la ponderación, en primer lugar, decir que Guastini también reconoce que los conflictos entre principios constitucionales son muy frecuentes, en su opinión, entre otros motivos, a causa de la pluralidad de los valores incorporados en todas las Constituciones contemporáneas<sup>811</sup>. Así, como señala: “en realidad, cualquier ley que imponga una obligación a los ciudadanos, con la finalidad de concretizar uno u otro principio constitucional, se traduce en una limitación de algún derecho constitucional de los propios ciudadanos y, por tanto, en un conflicto con algún (otro) principio constitucional<sup>812</sup>”. En segundo lugar, para Guastini, cuando hablamos de conflictos entre principios constitucionales, generalmente, nos encontramos ante supuestos de: i) conflictos “en concreto”; ii) conflictos de tipo parcial bilateral; y, claro está, iii) ante conflictos entre normas que – normalmente – se han emitido en un mismo momento<sup>813</sup>, y iv) entre normas que tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho. Por ello mismo, de igual modo, considera que tales conflictos entre principios constitucionales no pueden resolverse, en principio, mediante la utilización de metarreglas interpretativas. Lo recién dicho explica, según Guastini, el que la técnica

---

<sup>811</sup> GUASTINI, 2010: 86.

<sup>812</sup> GUASTINI, 2010: 86 y 87.

<sup>813</sup> Si se tratase de normas constitucionales promulgadas en momentos diferentes, en principio, podría resultar operativo el criterio *lex posterior* en solución del conflicto constitucional.

normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver conflictos entre principios constitucionales sea la “ponderación”. Pues bien, a su juicio, la ponderación no viene sino a consistir en establecer entre los principios en conflicto una *jerarquía axiológica móvil*, por lo siguiente<sup>814</sup>:

- i) La ponderación consiste en el establecimiento de una *jerarquía axiológica*, entendida como una relación de valor creada por el juez constitucional, a través de un juicio de valor comparativo, es decir, de un enunciado que tiene la siguiente forma lógica: “el principio P1 tiene más valor que el principio P2”. Es por ello que instituir una jerarquía axiológica se viene a traducir en otorgar a uno de los principios en conflicto un “peso”, o importancia ético-política, mayor respecto del otro. Por ello, el principio que tiene más valor prevalece sobre el otro: se aplica, mientras el otro es dejado de lado<sup>815</sup>. Sin embargo, el principio que no resulta aplicado de ningún modo es derogado o declarado como inválido; dicho principio sigue en vigor, sigue siendo válido, y está listo para ser aplicado en futuros casos.
- ii) La ponderación consiste en el establecimiento de una *jerarquía móvil*, puesto que viene a ser una relación de valor inestable o mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto, pero que podría invertirse para un caso concreto diferente. Y es que, para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no determina el “valor” de los dos principios “en abstracto”, esto es, de una vez por todas. Por ello, no instituye entre los mismos una jerarquía permanente. Así, en su opinión, el juez se limita, simplemente, a valorar la “justicia” de las consecuencias de la aplicación de uno u otro principio al *caso concreto*. En este sentido, la solución vale sólo para una controversia particular, por lo que no puede preverse la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras.

Por lo anterior, a juicio de Guastini, la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional por parte del juez constitucional: i) es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en colisión; ii) es igualmente

---

<sup>814</sup> GUASTINI, 2010: 88-91. Ver también, por ejemplo, GUASTINI, 1999: 169-171.

<sup>815</sup> En esto hay que darle toda la razón, pues, como adecuadamente sintetiza el propio Guastini, debemos entender que la ponderación no supone una “conciliación” entre los principios en conflicto, sino que uno de los principios se aplica y el otro resulta decididamente descartado.

discrecional el cambio de valor comparativo de los dos principios a la luz de otra controversia a resolver<sup>816</sup>. Expuesto con otros términos o con algo más de rigor<sup>817</sup>, puede decirse, para Guastini:

- i) La ponderación es el resultado de una actividad *radicalmente subjetiva*. Ello es así porque, como se ha esbozado, la jerarquía axiológica entre principios en conflicto es el resultado de un juicio de valor del intérprete; y para Guastini todos los juicios de valor tienen una naturaleza radicalmente subjetiva.
- ii) La ponderación tiene como consecuencia una suerte de *particularismo jurídico*<sup>818</sup>, puesto que supone el establecimiento de jerarquías móviles entre principios, esto es, sólo válidas para el caso concreto; de hecho, por lo tanto, nada se puede obtener para casos futuros de la universalización o generalización de las propiedades presentes en el caso para el cual se construye tal jerarquía.

En síntesis, para Guastini, la actividad de elegir entre principios en conflicto, esto es, la ponderación, sería una suerte de actividad no controlable racionalmente; en tanto constituye una actividad dependiente de juicios de valor subjetivos y de las propiedades o de las circunstancias del caso en particular, que los jueces no universalizan o generalizan. De ser esto cierto, cabría concluir, el resultado de cualquier ponderación no puede ser justificado, esto es, los conflictos entre principios constitucionales no pueden ser resueltos de una forma previsible o racionalmente controlable<sup>819</sup>.

Expuesto lo anterior, no obstante, me parece importante no perder de vista lo siguiente: Guastini nos ofrece su particular visión acerca de la ponderación desde lo que debemos entender como una teoría del Derecho *descriptiva*; es decir, su objetivo es tratar de mostrarnos lo que *de hecho* acontece en el caso de conflicto entre principios constitucionales y con la ponderación que necesariamente se ha de hacer entre los mismos. En otros términos, Guastini trata de exponernos qué es lo que de hecho hacen

---

<sup>816</sup> GUASTINI, 2010: 91.

<sup>817</sup> MORESO, 2009: 270 y ss.

<sup>818</sup> Aquí, no obstante, cabría matizar. Como enseguida apuntaré, en realidad, el autor genovés se limita a describir el hecho (al menos en su opinión) de que los jueces constitucionales ponderan *ad hoc*. Ahora bien, desde un plano normativo o prescriptivo, no niega que sus ponderaciones podrían ser generalizables. Por ello, quizá, cabría concluir que la manera en que Guastini observa cómo es realizada la ponderación por los jueces le lleva a hacer admitir que los mismos incurran en una suerte de particularismo jurídico, que, a su vez, el propio Guastini considera que puede ser superado.

<sup>819</sup> MORESO, 2009: 271.

los jueces cuando ponderan. Teniendo en consideración este dato, a mi juicio, se le puede objetar lo siguiente. Tal y como nos recuerda Moreso:

“tampoco es necesario asumir que carecemos absolutamente de criterios para establecer la jerarquía –entre los principios en pugna–, dadas determinadas circunstancias. Publicar una noticia falsa, sin ninguna comprobación de su veracidad, relativa a la vida privada de una persona y lesiva para su honor (e.g., que un obispo, o un ministro del gobierno, o un profesor de la Universidad, es un miembro de una red que se dedica a la prostitución infantil) es un supuesto en el que la libertad de información cede ante el derecho al honor. (...) Aquellas reconstrucciones de estos derechos que no den cuenta de estas sólidas intuiciones, pueden considerarse *reconstrucciones inadmisibles*. La admisibilidad de una reconstrucción depende, entonces, de su capacidad para dar cuenta de los *casos paradigmáticos*. Las dudas sobre cómo ordenar los principios en casos de conflicto ocurren en un trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual intuitivamente acordamos en la solución de tales conflictos para determinados casos que, de alguna manera, son *obvios* para nosotros<sup>820</sup>”.

Es por ello que debe admitirse, contrariamente a lo que piensa Guastini, que el establecimiento de una jerarquía axiológica, producto de la ponderación entre los principios en conflicto, no puede ser comprendida como el resultado de una actividad radicalmente subjetiva que presupone un juicio de valor absolutamente irrestricto, pues, en todo caso, los casos paradigmáticos delimitan el ámbito de elegibilidad de las soluciones<sup>821</sup>.

Lo anterior, sin embargo, nada nos dice acerca de *cómo debemos* proceder a la hora de articular tales jerarquías. Pues bien, sobre esto último, tampoco podemos perder de vista cómo, con independencia de la opinión o valoración que nos merezca, cuando Guastini señala que los jueces, al ponderar, únicamente se limitan a articular jerarquías para el caso en concreto (y por ello deben ser calificadas como “móviles”), lo hace adoptando igualmente un enfoque descriptivo; es decir, tratando de dar cuenta de cómo operan *de facto* los jueces sobre este extremo. Ahora bien, el propio Guastini, cambiando de enfoque, es decir, en términos normativos o prescriptivos, considera a su vez que nada

---

<sup>820</sup> MORESO, 2009: 271. Las cursivas son añadidos míos.

<sup>821</sup> MORESO, 2009: 271. Esto, por cierto, nada presupone acerca de la naturaleza de los juicios de valor.

impediría que en lugar de construirse jerarquías móviles se establecieran jerarquías “inmóviles” (fijas, no variables) entre los principios en pugna. En su opinión, ello equivaldría a una suerte de construcción de jerarquías axiológicas combinadas con el criterio de solución de antinomias conocido como *lex specialis*. Pues bien, creo que en este segundo punto Guastini tiene razón (aunque esto no ha de llevarnos a asumir toda su visión acerca de la ponderación). Sin embargo, antes de entrar en este punto, conviene previamente examinar las propuestas de algunos de los autores que, con cierta libertad, he denominado como principialistas, para poder examinar con ellos si existe la posibilidad de ofrecer alguna suerte de solución racional a los conflictos constitucionales, es definitiva, para ver con ellos si debemos rechazar o no las tesis escépticas respecto de la ponderación.

### **3.3. La respuesta principialista.**

#### **3.3.1. Un orden débil entre los principios.**

Como resulta por todos conocido, a raíz del famoso artículo “The Model of Rules” – 1967– publicado con posterioridad como el capítulo segundo de su libro *Taking Rights Seriously* – 1977–, Dworkin contrapone dos modelos de sistema jurídico: un modelo de reglas y un modelo de principios. Sin que sea este el lugar pertinente para diseccionar los aportes teóricos dworkinianos al respecto, cabe no obstante señalar como, según el segundo modelo, el sistema jurídico está compuesto no sólo por reglas<sup>822</sup>, sino por reglas y por principios jurídicos. En este segundo modelo, en caso de que las reglas no nos ofrezcan una única respuesta correcta o entren necesariamente en escena los principios, como así acontece en el caso de los conflictos constitucionales, los principios sí pueden ofrecernos esa *respuesta correcta*. En particular, ello es posible por medio de la especificación de tales principios a través de una adecuada teoría substantiva que los presente a su *mejor luz* de conformidad con el global de la praxis jurídica. Sin embargo,

---

<sup>822</sup> Como nos recuerda ALEXY, 1988, según la propia caracterización de Dworkin, el sistema jurídico visto, exclusivamente, como un modelo de reglas es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto; fundamentalmente a causa de la vaguedad del lenguaje natural en el que se expresa el Derecho, la posibilidad de conflictos entre las normas y la existencia de casos no regulados. Así, si un caso cae en un espacio vacío del sistema jurídico que no pueda ser llenado en forma intersubjetivamente obligatoria con ayuda de la metodología jurídica, entonces el juez no se encuentra vinculado por el sistema jurídico, por ello, debe decidir por medio de fundamentos extrajurídicos.

en realidad, tal y cómo nos recuerda Alexy<sup>823</sup>, Dworkin es consciente y no ofrece o expone ningún *procedimiento* (más allá de la disección de las etapas interpretativas<sup>824</sup> o incluso de su propia conceptualización de la idea de comunidad de principio y/o del Derecho como integridad<sup>825</sup>) que muestre cómo obtener la única respuesta correcta para tales casos o conflictos que involucren principios (como sean los casos de conflicto constitucional). Ello, sin embargo, no constituye una objeción en contra de su existencia. La principal contribución que Dworkin nos ofrece al respeto es la alusión a un juez ideal, el juez “Hércules”, dotado de una habilidad, sabiduría, paciencia y agudezas sobrehumanas; de modo que tal juez sería capaz de ofrecer la respuesta correcta para cualquier caso que se le presente. Hércules constituye un ideal regulativo. Nuestros jueces reales, nos dice Dworkin, deben acercarse a él en el mayor grado posible. Sin embargo, cabe reseñar, la teoría de los principios que nos presenta Dworkin, *per se*, no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta<sup>826</sup>. En palabras de Alexy:

“Supongamos que se pudiera crear una lista en cierto modo completa de los principios de un sistema jurídico. Puesto que no contendría nada sobre el peso relativo de los principios, es decir, sobre la relación de prioridad entre ellos, ciertamente podría decirnos qué es lo que hay que tomar en consideración, pero no qué es lo que tiene preferencia en cuanto al resultado. Por ello, no sería mucho más que un catálogo de puntos de vista o *topoi*. Esta simple relación de principios representa, desde el punto de vista de su rendimiento, la variante más débil de una teoría de los principios. La variante más fuerte sería una teoría que contuviera, además de todos los principios, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos. Si fuera posible una

---

<sup>823</sup> ALEXY, 1988.

<sup>824</sup> DWORKIN, 1986: 57 – 59. Para una reconstrucción ejemplificativa de las mismas ver, a título de ejemplo, LIFANTE, 1999.

<sup>825</sup> Dworkin distingue este tipo de comunidad –de principio– con otros dos modelos: el de (a) la *comunidad de facto* o como cuestión de circunstancia y el de (b) la *comunidad de reglamento* o como cuestión de reglas. Las diferencias que se dan entre estos diferentes modelos se explican por las diferentes actitudes generales que los miembros de cada uno de estos modelos de asociación política adoptan o mantienen respecto del resto de miembros y/o respecto de su propia comunidad. Según el teórico norteamericano, estos dos modelos de comunidad señalados “conducen a rechazar la única base que podríamos tener para oponernos a los compromisos diversificados, que es la idea de integridad”. Lo anterior nos permite ver por qué considera que el único modelo de comunidad que hace valer dicho ideal es el que él defiende, el de la *comunidad de principio*; pues, a diferencia de las dos anteriores, preserva la idea de que: “las personas son miembros de una genuina comunidad política sólo cuando aceptan que los gobiernan principios comunes y no sólo reglas establecidas por un compromiso político. Ver DWORKIN: 1986: 153 y ss.

<sup>826</sup> ALEXY, 1988.

teoría de los principios de la forma más fuerte, sería sin duda acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta<sup>827</sup>”.

Y en este sentido, sostiene Alexy, para descubrir lo fuerte que puede ser una teoría de los principios, desde el punto de vista de su *rendimiento*, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con los valores, con lo que se denomina “valor”<sup>828</sup>. Así, a su juicio, toda colisión entre principios puede traducirse en una colisión entre valores, y viceversa. La única diferencia, según aprecia Alexy, es que en la “colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor<sup>829</sup>”. Y es que, siempre según este autor, principios y valores son lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto *deontológico* y, en otro caso, bajo un aspecto *axiológico*. Esto, a su juicio, nos ha de hacer ver con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre los principios se corresponde con el problema de la jerarquía de los valores.

Pues bien, a juicio de Alexy, pese a que no sea posible arribar a la tesis dworkiniana de la respuesta correcta para *todos* los casos que se nos presenten<sup>830</sup>, es posible llegar a construir un “orden débil<sup>831</sup>” que ordene el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización, de tal modo que, para algunos casos, podamos obtener la respuesta correcta, una *respuesta unívoca*. Dicho orden consistirá en tres elementos: i) un sistema de condiciones de prioridad; ii) un sistema de estructuras de ponderación; iii) un sistema de prioridades *prima facie*.

- i) *Condiciones de prioridad*. Según Alexy, el que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en el *caso concreto* no implica que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Y es que, pueden establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la

---

<sup>827</sup> ALEXY, 1988.

<sup>828</sup> Pese a estas similitudes, considera que podemos operar apoyándonos en la división de los conceptos prácticos de von Wright, para observar a los principios como conceptos deontológicos, que son los de mandato, prohibición, permiso y derecho a algo (reducibles al concepto deontológico fundamental de mandato o deber ser); mientras que debemos observar a los valores como conceptos axiológicos cuya característica es que “su concepto fundamental no es el de mandato o deber ser, sino el de lo bueno”. Por lo tanto, en esa “misma moneda” principio-valor, la cara del principio expresaría una dimensión directiva, mientras que la cara del valor, expresaría una dimensión axiológica. ALEXY, 1994: 118.

<sup>829</sup> ALEXY, 1988.

<sup>830</sup> Pues, en su opinión, no es posible arribar a la construcción de un orden “fuerte” o “absoluto” entre principios que determine siempre, para cada ocasión, una respuesta unívoca.

<sup>831</sup> ALEXY, 1988.



decisión de casos nuevos. En particular, se puede formular una suerte de “ley de colisión”: “las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente<sup>832</sup>”. Por ello, las condiciones de prioridad establecidas en el pasado en un sistema jurídico, y las reglas que se corresponden con ellas, nos proporcionan información sobre el peso relativo de los principios. Sin embargo, piensa Alexy que a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características, no se puede construir con su ayuda una teoría que determine para cada caso precisamente una solución, una decisión.

- ii) *Estructuras de ponderación*. Como por todos resulta conocido, Alexy considera a los principios (a todos los principios) como *mandatos de optimización*<sup>833</sup>. No voy a entrar a discutir aquí la posible corrección de esta tesis. Me limitaré a señalar cómo, si se los observa como tales, exigirían una realización lo más completa posible en relación a las posibilidades jurídicas y fácticas. A su juicio, la referencia a las posibilidades fácticas lleva a los conocidos como principios de *adecuación y necesidad*. Por su parte, la referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de la ponderación que puede ser formulada del siguiente modo: cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. Por ello, para Alexy, la ley de la ponderación no formula otra cosa que el principio de *proporcionalidad en sentido estricto*. Es así que, teniendo en consideración las estructuras de la ponderación<sup>834</sup>, una teoría de los principios conduce a estructuras de argumentación racional, lo que no vale para un simple catálogo de *topoi*.

---

<sup>832</sup> ALEXY, 1988.

<sup>833</sup> Creo, no obstante, que Alexy se equivoca al considerar a *todos* los principios como mandatos de optimización. En este sentido, considero que resulta pertinente, lejos de eso, distinguir entre los principios en sentido estricto y las directrices o normas programáticas. Sólo el segundo tipo de principios pueden ser, en propiedad, observados como mandatos de optimización. En efecto, las directrices o normas programáticas aceptan un cumplimiento gradual y, por ende, tiene sentido observarlos como mandatos de optimización. Por el contrario, los principios en sentido estricto se cumplen o no se cumplen de manera total, y, en consecuencia, en modo alguno deben ser vistos como mandatos de optimización. En este sentido se pronuncian ATIENZA Y RUÍZ MANERO, 2005: capítulo II.

<sup>834</sup> Que serán expuestas a continuación.

- iii) *Prioridades prima facie*. Por último, deben tenerse en consideración las prioridades *prima facie* entre principios. Un ejemplo del propio Alexy: en una información actual sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad<sup>835</sup>. Por ello, tales prioridades vienen a establecer cargas de la argumentación. Es por este motivo por el que se crea un cierto orden en el campo de los principios, ahora bien, tales cargas no contienen una determinación definitiva: si son más fuertes los argumentos en favor de una prioridad de un principio que juega en sentido opuesto, se cumple suficientemente con la carga de la argumentación.

Pues bien, creo que resulta evidente que si es posible acometer la construcción del referido orden (aunque débil) entre principios, esto es, de un orden que establezca las relaciones de prioridad entre ellos y, por ende, determine, al menos para buena parte de casos, de un modo unívoco la decisión a adoptar en caso de conflicto entre los mismos, y trasladamos dicho orden al campo de los principios constitucionales, como consecuencia de ello, tendremos una vía para entender que la actividad que vienen a desempeñar nuestros jueces constitucionales en atención a aludidos conflictos, al menos en ocasiones, resulta susceptible de control racional. Exploremos así esta posibilidad. En particular, aquí me centraré en analizar las cuestiones relativas al establecimiento de relaciones de prioridad entre principios y a las estructuras de la ponderación; por ese orden.

### **3.3.1.1. Las relaciones de prioridad entre principios.**

Para Alexy<sup>836</sup> - como señalé - lo que sucede con los principios, a diferencia de lo que acontece con las reglas, es que los conflictos entre ellos se resuelven a través del establecimiento de una relación de prioridad o de preferencia entre ambos, pero sin que ello implique que se vea afectada la validez de ninguno de ellos, ni tampoco la introducción de cláusula de excepción alguna. En particular, entiende Alexy, con los conflictos entre principios sucede que bajo *determinadas circunstancias* un principio precede a otro a través de la elaboración de una relación de prioridad *condicionada*<sup>837</sup>. Es decir, según el teórico alemán, no se da solución a los casos de conflicto entre principios

---

<sup>835</sup> ALEXY, 1988.

<sup>836</sup> ALEXY, 1994: 71 y ss.

<sup>837</sup> Es por esta razón por la que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión del peso y no de la validez. MORESO, 2009: 278.

estableciendo entre los mismos una relación de prioridad absoluta o incondicionada, lo que nos permitiría poder construir un orden jerárquico absoluto entre principios. Podemos poner un ejemplo imaginario de prioridad incondicionada<sup>838</sup>; supongamos un conflicto entre el principio por el que se establece la libertad de información (P<sub>1</sub>) y el principio que tutela el derecho al honor (P<sub>2</sub>). Pues bien, si operásemos según el establecimiento de prioridad absoluta podría decirse que:

P<sub>1</sub> **P** P<sub>2</sub>

O:

P<sub>2</sub> **P** P<sub>1</sub>

En dónde “**P**” simboliza la relación de prioridad.

En cambio, que dicha relación sea condicionada implica uno de los principios – P<sub>1</sub>– precede al otro –P<sub>2</sub>– en *ciertas circunstancias C<sub>1</sub>* (por ejemplo, en caso de que la información transmitida tenga relevancia pública y sea veraz):

(P<sub>1</sub> **P** P<sub>2</sub>) C<sub>1</sub>

Pero puede suceder que en otras circunstancias C<sub>2</sub> (por ejemplo, en caso de que la información fuera transmitida con insultos innecesarios) la relación de precedencia sea otra:

(P<sub>2</sub> **P** P<sub>1</sub>) C<sub>2</sub>

Pues bien, según Alexy, esta operación de determinación de las preferencias condicionadas es en lo que consiste la ponderación. Una vez establecida tal relación, podemos obtener la regla según la cual, por ejemplo, en un caso en el que la información tiene relevancia pública y es transmitida de manera veraz, la transmisión de la misma está permitida y, en otro caso, si dicha información es injuriosa, la transmisión de la información resulta prohibida<sup>839</sup>. Por este motivo, dadas este tipo de relaciones de precedencia o prioridad, ningún principio es (en un plano absoluto) superior al otro, porque uno puede prevalecer en C<sub>1</sub>, otro en C<sub>2</sub>, etc. En definitiva, la regla que surge de este tipo de relaciones de precedencia presenta la siguiente estructura<sup>840</sup>:

---

<sup>838</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 270 y ss.

<sup>839</sup> MORESO, 2009: 279.

<sup>840</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2007: 203-204.

$C \rightarrow R$

Siendo “C” las circunstancias de la relación de prioridad condicionada, que actúan en la regla como su supuesto de hecho, y “R” la consecuencia jurídica prescrita por el principio que tiene preferencia. La conexión entre la relación de precedencia condicionada y la regla derivada viene determinada así por la citada y denominada por Alexy “ley de colisión”, que se formula como sigue:

“Si el principio  $P_1$  bajo las circunstancias C, precede al principio  $P_2$ : ( $P_1 \mathbf{P} P_2$ ) C, y si de  $P_1$  bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica:  $C \rightarrow R$ <sup>841</sup>”.

Como el propio Alexy indica, lo mismo se puede formular de un modo menos técnico con las siguientes palabras (arriba ya citadas):

“Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente<sup>842</sup>”.

Pues bien, las reglas que se obtienen a partir de tales relaciones de preferencia condicionada (entre principios que consagran derechos fundamentales) pasan a constituir lo que Alexy rotula como “normas de derechos fundamentales adscritas”. En sus propios términos:

“Una norma adscrita de derecho fundamental es (...) una regla bajo la cual el estado de cosas sometido a decisión puede ser subsumido al igual que si fuera una norma legislada (...). Por lo tanto, aun cuando todas las normas de derecho fundamental directamente estatuidas tuvieran exclusivamente el carácter de principios (...) existirían entre las normas de derecho fundamental tanto algunas que son principios, como otras que son reglas<sup>843</sup>”.

Precisamente por lo indicado, para Alexy, el hecho de que los conflictos deban resolverse mediante la ponderación en el caso concreto no implica el que la solución de la colisión sea solamente significativa para dicho caso concreto. Y es que, gracias a la

---

<sup>841</sup> ALEXY, 1994: 75.

<sup>842</sup> ALEXY, 1994: 75.

<sup>843</sup> ALEXY, 1994: 78-79.

“ley de la colisión” se pueden formular reglas: “normas de derechos fundamentales adscritas”.

Para ofrecer una impronta práctica a lo recién expuesto, puede ponerse algún ejemplo real que nos permita ver como los jueces, *de hecho*, operan de este modo; lo cual a su vez nos debe servir para comprender cómo esta presentación de en qué viene a consistir la ponderación no se basa exclusivamente en alguna suerte de idealización normativa, sino que presenta relevancia práctica – o sea, que es acogida por nuestros jueces a la hora de dar solución a casos de conflicto constitucional -. A tal fin, tomo un ejemplo expuesto por Atienza<sup>844</sup>, relativo a cómo fue resuelto por el Tribunal Constitucional español<sup>845</sup>, a través de la ponderación, el conflicto entre el – principio que consagra el – derecho a la libertad de información o de expresión – P<sub>1</sub> -, por un lado, y el – principio que consagra el – derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen – P<sub>2</sub> -, por otro lado. El punto decisivo que quiero resaltar con el mismo, tal y como lo hace el propio Atienza, es cómo el Tribunal construyó al resolver el caso verdaderas reglas, a través de dos pasos. En primer lugar, construyendo una taxonomía que permitiera ubicar cada caso dentro de una determinada categoría, “por ejemplo, podía tratarse de una contraposición entre la libertad de información y el honor, entre la libertad de información y la intimidad, etc.<sup>846</sup>”. En segundo lugar, elaborando reglas de prioridad como la siguiente: si la información transmitida tiene relevancia pública y es veraz – C<sub>1</sub> -, entonces, está permitida la libertad de información y de expresión – P<sub>1</sub> -; es decir: (P<sub>1</sub> P<sub>2</sub>) C<sub>1</sub>, y, en consecuencia, si de P<sub>1</sub> bajo las circunstancias C<sub>1</sub> resulta la consecuencia R (permitida a libertad de información y expresión), entonces si C<sub>1</sub> entonces R. Por esta razón, a partir de ese conflicto en particular, se han obtenido reglas aplicables para casos futuros. Así, por seguir con el ejemplo, en todos los casos futuros en los que se de C<sub>1</sub> - condición de aplicación – resultará R – consecuente -. Ello nos permitirá prever como se solucionarán los casos futuros en los que se dé C<sub>1</sub>, para cuya solución, por tanto, el juez no podrá imponer sus meras preferencias personales, dado que en dicha solución no se limitará a valorar la “justicia” de las consecuencias de la aplicación de uno u otro principio al *caso concreto*; por lo que Guastini (a fin de cuentas, los escépticos) resulta(n) describir de un modo erróneo como desempeñan los jueces ante los supuestos de conflicto constitucional.

---

<sup>844</sup> ATIENZA; GARCÍA AMADO, 2012: 33 y ss.

<sup>845</sup> STC 105/1990.

<sup>846</sup> ATIENZA; GARCÍA AMADO, 2012: 34.

Dicho lo anterior, sin embargo, cabe tener muy presente, como según Alexy reconoce, que las condiciones de prioridad condicionada entre principios establecidas en el pasado, y las reglas que se derivan de ellas, pueden no proporcionarnos para todos los casos futuros, de manera precisa, una solución o decisión particular; así, piensa Alexy, dada la posibilidad de nuevos casos con nuevas condiciones características, las relaciones de prioridad condicionadas obtenidas en el pasado, y las reglas derivadas de ellas, pueden resultar no operativas. Es por este motivo que, como por ejemplo nos ilustra Martínez Zorrilla<sup>847</sup>, la reconstrucción teórica de Alexy sobre este extremo puede resultar un poco fragmentaria, en el sentido de qué, aunque respondería al interrogante de cómo se da lugar al establecimiento de una regla para decidir ciertos casos futuros de conflicto, por ejemplo, aquéllos en los que se dan las circunstancias  $C_1$  o  $C_2$ , dejaría sin respuesta otros interrogantes, como por ejemplo qué ocurriría en el supuesto de que se dieran las circunstancias  $C_3$ , “o la cuestión más general de que conjunto total de circunstancias o propiedades es el relevante en los conflictos entre esos principios, cuestión cuya solución daría también respuesta a la pregunta de cuántas situaciones genéricas posibles de conflicto pueden plantearse entre dichos principios<sup>848</sup>”. Precisamente por ello, como nos recuerda Moreso, es que el esquema alexyano sobre este extremo no nos permite escapar de las críticas que frente a él podría plantear un particularista (léase, aquí, un escéptico), pues: “dado que las circunstancias (de la precedencia condicionada) están descritas mediante propiedades, y las propiedades de los casos individuales son potencialmente infinitas, es posible repetir esta operación hasta el infinito, mostrando que las colisiones entre principios no son eliminables y, que por lo tanto, el razonamiento (...) no está sujeto a la racionalidad subsuntiva<sup>849</sup>”. Pues bien, el propio Moreso (también Mendonca<sup>850</sup>) ha elaborado, en este punto, un esquema teórico que busca confrontar esta objeción particularista (y también escéptica). Veamos en que consiste el mismo.

---

<sup>847</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 205.

<sup>848</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 205.

<sup>849</sup> MORESO, 2009: 279-280. El contenido entre paréntesis es añadido mío. Creo, no obstante, que sobre esta afirmación hay que realizar un matiz, tal y como por ejemplo lo presenta el propio ATIENZA; GARCÍA AMADO, 2012: 32 y ss. En este sentido, no es que el esquema de Alexy no nos permita acudir al razonamiento subsuntivo en los casos de conflicto constitucional, sino que el mismo sólo resulta posible si los futuros casos que se den presentan *exactamente las mismas propiedades relevantes* que los casos previamente resueltos mediante la ponderación, esto es, sólo aquellos que resulten subsumibles en las normas de derechos fundamentales adscritas que se emanan de reglas de preferencia establecidas entre casos con idénticas propiedades relevantes. El problema, por lo tanto, no es que no pueda operar la subsunción, sino que sólo podrá operar para los casos señalados.

<sup>850</sup> MENDONCA, 2003.

### 3.3.1.1.1. **Contra el particularismo**<sup>851</sup>.

Como a mi juicio acertadamente indica Moreso: “la única forma de huir del particularismo consiste en concebir una reformulación *ideal* de los principios que tenga en cuenta *todas* las propiedades potencialmente relevantes<sup>852</sup>”. Para ilustrar este objetivo, y para seguir sobre una línea de continuidad, tomemos el mismo ejemplo antes expuesto, y también utilizado por el propio Moreso. Así, por hipótesis, supongamos que nos limitamos a un *universo del discurso* formado por las acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afecten a personas. Supongamos, del mismo modo, que solamente existen dos principios que regulan tal situación: P<sub>1</sub> que reconoce la libertad de información y P<sub>2</sub> que reconoce el derecho al honor. P<sub>1</sub> puede entenderse del siguiente modo: es facultativo dar información sobre asuntos que afecten a las personas; P<sub>2</sub> puede entenderse, por su parte, de este otro modo: está prohibido dar informaciones que atenten contra el honor de las personas. En algunas circunstancias, resulta claro, P<sub>1</sub> y P<sub>2</sub> entran en conflicto, en colisión. Entonces, si se acepta la propuesta de Moreso en defensa frente al particularismo, debe procederse con la reconstrucción de tales principios de manera que se pueda establecer una relación de precedencia condicionada entre ellos que sea susceptible de universalización consistente. En este sentido, supongamos que se consideran relevantes dos propiedades:

C<sub>1</sub>: que la noticia tenga relevancia pública.

C<sub>2</sub>: que la noticia sea veraz (al modo en que se entiende en buena parte de nuestras jurisprudencias, es decir, que sea verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada).

Por lo anterior, es posible que queramos reformular tales principios diciendo algo así como: N<sub>1</sub>: “la libertad de información está garantizada cuando las noticias son de relevancia pública y veraces”; y N<sub>2</sub>: “se prohíbe atentar contra el honor mediante el uso de la información salvo cuando las noticias sean de relevancia pública y veraces”.

Haciendo uso del esquema de Alchourrón y Bulygin<sup>853</sup>, C<sub>1</sub> y C<sub>2</sub> permiten elaborar una división en los casos del universo del discurso en cuatro casos elementales:

- 1) C<sub>1</sub> & C<sub>2</sub>

---

<sup>851</sup> Aquí acudiré a la reconstrucción y solución del problema que plantea MORESO, 2009: 280 y ss.

<sup>852</sup> MORESO, 2009: 280.

<sup>853</sup> ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1975.

- 2) C1 & no C2
- 3) no C1 & C2
- 4) no C1 & no C2

La norma N<sub>1</sub> correlaciona el caso 1) con la consecuencia normativa: “facultativo informar”.

La norma N<sub>2</sub> correlaciona los casos 2), 3) y 4) con la consecuencia normativa: “prohibido informar”.

Pues bien, en el ejemplo, el expuesto sistema normativo regula de manera consistente y completa todos los casos posibles del universo de casos. Como señala Moreso: “los deberes que surgen de la reformulación, de la explicitación de las asunciones implícitas, de los principios en conflicto, dan lugar a un sistema normativo de pautas condicionales pero inderrotables, que permite subsumir los casos individuales en algunos casos genéricos disponibles<sup>854</sup>”.

Sin embargo, dado el ejemplo, alguien puede razonablemente cuestionar que C<sub>1</sub> y C<sub>2</sub> sean las únicas propiedades relevantes, esto es, puede discutirse cual sea la *tesis de relevancia* adecuada. Sin pretender detenerme demasiado sobre este último aspecto en este momento, simplemente apunto aquí cómo alguien puede, por ello, señalar razonablemente cómo pese a que una información sea de interés público y veraz no debe de estar permitida si utiliza expresiones injuriosas<sup>855</sup>. Esto puede ser entendido como un argumento en favor del uso de un universo de propiedades más fino que el anterior. De este modo, se puede añadir una tercera propiedad, así, se considera ahora relevante:

C<sub>1</sub>: que la noticia tenga relevancia pública.

C<sub>2</sub>: que la noticia sea veraz (al modo en que se entiende en buena parte de nuestras jurisprudencias, es decir, que sea verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada).

C<sub>3</sub>: que la noticia y/o información no contenga expresiones injuriosas.

Por ello, podemos reformular de nuevo los principios involucrados como sigue. N<sub>1</sub>: “la libertad de información está garantizada cuando las noticias son de relevancia pública y veraces”; N<sub>2</sub>: “se prohíbe atentar contra el honor mediante el uso de la información

---

<sup>854</sup> MORESO, 2009: 281.

<sup>855</sup> STC 105/1990.



salvo cuando las noticias sean de relevancia pública y veraces”; y N<sub>3</sub>: “se prohíbe la información que contenga expresiones injuriosas”.

Tenemos así ocho casos elementales posibles:

- 1) C<sub>1</sub> & C<sub>2</sub> & C<sub>3</sub>
- 2) C<sub>1</sub> & C<sub>2</sub> & no C<sub>3</sub>
- 3) C<sub>1</sub> & no C<sub>2</sub> & C<sub>3</sub>
- 4) C<sub>1</sub> & no C<sub>2</sub> & no C<sub>3</sub>
- 5) no C<sub>1</sub> & C<sub>2</sub> & C<sub>3</sub>
- 6) no C<sub>1</sub> & C<sub>2</sub> & no C<sub>3</sub>
- 7) no C<sub>1</sub> & no C<sub>2</sub> & C<sub>3</sub>
- 8) no C<sub>1</sub> & no C<sub>2</sub> & no C<sub>3</sub>

En tal universo de casos, la norma N<sub>1</sub> sólo correlaciona el caso 2) con la consecuencia normativa: “facultativo informar”. En todos los demás casos se correlaciona la norma N<sub>2</sub> o N<sub>3</sub> con la consecuencia normativa: “prohibido informar”.

Cabe decir, en todo caso, como ambos universos de casos son comparables y sólo se produce un conflicto entre el caso 1) del primer universo de casos - C<sub>1</sub> & C<sub>2</sub> - y el caso 1) del segundo universo de casos - C<sub>1</sub> & C<sub>2</sub> & C<sub>3</sub> -. Y es que, mientras el primer universo de casos implica que en el caso 1) del segundo universo de casos la información está facultada, de conformidad con el segundo universo de casos está prohibida. Por ello, cuando un Tribunal se encontrase ante el caso –nuevo– de expresiones injuriosas, podría hacer uso de la técnica del *distinguishing*, de esta manera podría dar cuenta de todos los casos decididos en el pasado, pero introduciendo un universo de casos más fino resuelve el actual y establece un criterio para resolver casos futuros. El problema que aquí se puede señalar, no obstante, radica en que necesitamos contar con una suerte de tesis de relevancia intersubjetivamente aceptada para que la posibilidad de construir universos de casos más finos no sea ilimitada; pues, en caso de que siempre se pueda hacer uso de la técnica del *distinguishing*, el escepticismo o el particularismo, al menos parcialmente, tendrá razón en sus objeciones, dado que siempre podrá construirse un nuevo universo de casos que no tiene por qué correlacionar del mismo modo las consecuencias jurídicas de

las normas involucradas en el conflicto<sup>856</sup>. Este problema debe necesariamente ser abordado para validar la tesis de Moreso. No obstante, merece la pena terminar de exponer su ideal de *plenitud normativa*.

Partiendo de la distinción que Hare introduce entre el nivel *intuitivo* y el nivel *crítico* de la moralidad<sup>857</sup>, según la cual en el nivel intuitivo tenemos solamente un conjunto inarticulado de principios morales *prima facie*, mientras que en el nivel crítico reconstruimos esos principios de manera que sea posible considerar las propiedades morales que tomamos en consideración como *supervinientes*, Moreso considera que por una parte tenemos: i) nuestros textos constitucionales con un conjunto de principios *prima facie*, que pueden entrar en conflicto entre sí y que aparecen en un contexto inarticulado (nivel intuitivo); ii) mientras que en el nivel crítico, por el contrario, tales principios son articulados en un esquema general que da una respuesta unívoca para cada caso, en tanto cada caso individual sea observado como una instancia de un caso genérico que correlaciona el caso con una solución normativa, posibilitando de este modo la subsunción. En términos de Alchourrón<sup>858</sup>, Moreso considera así que en el nivel intuitivo nos encontramos ante un *Master Book*, mientras que en el nivel crítico nos encontraríamos ante un *Master System*, esto es, ante un sistema normativo capaz de ofrecer respuestas consistentes y completas para todos los casos que se puedan presentar<sup>859</sup>; por supuesto, como reconoce el propio Moreso, sin ignorar el hecho de que lo anterior supone una

---

<sup>856</sup> No obstante, tal y como me advirtió en un atinado comentario uno de los revisores externos de este trabajo, las tesis particularistas podrían también plantearse del siguiente modo. Aún asumiendo la conclusión de que pueda existir una tesis de relevancia última, el problema fundamental consistiría en cómo acotar preliminarmente un “universo del discurso”. Es, precisamente, esta delimitación previa la que para muchos particularistas estaría en discusión. Así, el hecho de que existan a menudo convergencias sobre las propiedades relevantes entre reconstrucciones diferentes no afectaría a este segundo tipo de particularismo. Debo advertir que no había pensado en detalle sobre este aspecto, por lo que – de manera previa a cualquier posible publicación de este trabajo – deberé abordar con detalle literatura especializada al respecto de autores de BOUVIER, o la colección de ensayos editada por LUQUE.

Pese a lo recién dicho, me permito la licencia de exponer por el momento mi intuición al respecto (recalco, sólo mi intuición). Si nos atenemos a la definición de “universo del discurso” elaborada por ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1975: 32, cabe entender que: “los estados de cosas que pertenecen al UD son los elementos del UD. Todos los elementos del UD comparten una cierta *propiedad común* que es la *propiedad definitoria* del UD. El Universo de Discurso puede describirse, pues, como el conjunto de todos los elementos (estados de cosas) identificados por una determinada propiedad”. Partiendo de esta definición, es así que podemos delimitar UD tales como el ejemplificado en el cuerpo del texto: “las acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afecten a personas”. Creo que, de hecho, puede operarse delimitando UD, más o menos estables o pacíficos, o aceptados intersubjetivamente, para la mayor parte (para la gran parte) de los conflictos constitucionales. Por ello, no tengo claro que esta tesis particularista constituya un problema insuperable cuando estamos tratando de dar solución a un conflicto entre principios constitucionales.

<sup>857</sup> HARE, 1981: Capítulo V.

<sup>858</sup> ALCHOURRÓN, 1996: 331-346.

<sup>859</sup> MORESO, 2009: 282-283.

idealización. Así, como muestra a través del ejemplo que se ha expuesto, el caso del conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, es posible que existan varias formas de realizar el tránsito entre la *Book Constitution* y la *Master Constitution*, esto es, que nuestra Constitución exprese varias posibles idealizaciones. Es por ello que algunos resultados restan indeterminados. A mi parecer, dicha indeterminación puede deberse a que: a) se trabaje con distintas tesis de relevancia, esto es, a que no se observen las mismas propiedades relevantes, y que ninguna de estas plausibles tesis de relevancia se encuentre privilegiada; b) que se acepte o no la misma tesis de relevancia, se ordenen de un modo distinto los principios en conflicto, sin que pueda considerarse incorrecta alguna de las plausibles ordenaciones de dichos principios. En todo caso, respecto de a), cabe tomar en consideración que, si los universos de casos son comparables entre sí, entonces, es muy probable que tal indeterminación afecte sólo a algunos casos, mientras que otros tantos estarán unívocamente determinados porque tendrán la misma solución en todas las *Master Constitution* admisibles. Respecto de b), como a continuación abordaré con un poco más de detalle, no cabe sino decir que, en efecto, en más de una ocasión, se da la existencia de diferentes revisiones de los principios en conflicto (aun tomando como relevantes las mismas propiedades), revisiones respecto de las cuales puede ser que no acertemos a calificar, de manera no fuertemente controvertida, a una en particular como privilegiada. En definitiva, fuera por la razón que fuera, “decir (...) que está indeterminado que A es obligatorio de acuerdo con un sistema normativo, es decir que en algunas de las idealizaciones o compleciones admisibles de dicho sistema A es obligatorio y en otras A no es obligatorio<sup>860</sup>”.

Pues bien, si se acepta todo lo anterior, cabe concluir que, salvo en los mencionados supuestos en los que se den distintas tesis de relevancia plausibles y/o se presenten distintas jerarquías admisibles que, para el caso, conduzcan a soluciones opuestas, el modelo que presenta Moreso consigue derrotar al particularismo (o sea, a aquellos que niegan la universalización) y al escepticismo en el punto aquí tratado; esto es, consigue derrotarlos, al menos, en algunos casos. No obstante, cabe matizar. En efecto, según se ha apuntado, existe un problema básico a la hora de poder otorgar plausibilidad a tal enfoque: ¿puede – al menos para la generalidad de los casos - determinarse una última tesis de relevancia?

---

<sup>860</sup> MORESO, 2009: 283-284.

Celano<sup>861</sup> ha presentado un poderoso elenco de críticas frente al enfoque de Moreso<sup>862</sup>. Aquí, no obstante, al hilo de la exposición, sólo quiero destacar la siguiente. En opinión de Celano, en línea con lo indicado, la única manera de lograr una revisión estable de un conjunto de pautas *prima facie* supone que dispongamos de una tesis de relevancia última, esto es, que contemos con un criterio que permita identificar el conjunto de propiedades relevantes de un modo concluyente. Dado este criterio, podríamos reconstruir el sistema normativo en cuestión como un conjunto de normas condicionales cuyo antecedente es condición suficiente del consecuente. Lo que Celano cuestiona, precisamente, es que dispongamos de este criterio. Por ello, en su opinión, el particularismo no ha sido vencido.

Como señala el propio Moreso, si pensamos en un sistema normativo integrado por todos los principios constitucionales que establecen derechos, hay que darle la razón a Celano respecto de la imposibilidad de contar con la tesis de relevancia última, esto es, es cierto que no podemos otorgar una estabilidad a la revisión de todo ese conjunto de pautas *prima facie*. Ahora bien, también es cierto que resulta más plausible sostener que puede existir una tesis de relevancia última, si, por un lado, acotamos el universo del discurso al que nos referimos y, por otro lado, nos limitamos a lo que establecen algunos principios constitucionales<sup>863</sup>. En consecuencia, cabe admitir, “seguramente es implausible pensar en una revisión estable de todos los principios constitucionales contenidos en una declaración de derechos; sin embargo, resulta más plausible (...) pensar en diversas revisiones estables relativas a micro-conjuntos de principios constitucionales<sup>864</sup>”.

Del mismo modo, conviene tener en cuenta una apreciación adicional formulada por el propio Moreso acerca de la posibilidad de desafiar la tesis de relevancia usada por

---

<sup>861</sup> CELANO, 2002.

<sup>862</sup> El propio Moreso acierta a señalar una síntesis del argumento de Celano: “Su argumento puede presentarse, de manera muy sintética, así: dado que no ofrezco razones suficientes para mostrar que es posible revisar de forma estable y definitiva las pautas que establecen deberes o derechos derrotables, esto es, que dichas pautas son siempre revisables (o, lo que es lo mismo, que una vez explicitadas algunas de sus condiciones implícitas siguen siendo *prima facie*) y que a mi apelación a los casos paradigmáticos tampoco sirve para asentar las revisiones admisibles, puesto que dichos casos siempre deben ser descritos mediante un conjunto de propiedades que incluya una cláusula *ceteris paribus*; entonces el particularismo sigue en pie. Es más, el mecanismo de revisión que propongo no puede entenderse si siquiera como un ideal regulativo, porque no permite conocer cuándo nos hallamos más cerca de dicho ideal: mi reconstrucción de la ponderación no es un ideal regulativo sino, únicamente, una representación consoladora”. MORESO, 2009: 285.

<sup>863</sup> MORESO, 2009: 287.

<sup>864</sup> MORESO, 2009: 288.

los órganos de aplicación del Derecho hasta este momento, que muestra que esta idea no es incompatible con la posibilidad de tener una tesis de relevancia última. La observación es la siguiente: en el ejemplo expuesto, el hecho de introducir una nueva propiedad relevante, la del carácter injurioso o no de la información, más allá de su relevancia pública y de su veracidad, comporta la aceptación de que el anterior universo de casos elementales (generado por las propiedades de relevancia pública y veracidad) era insuficiente. Por ello, podrá decirse, los jueces decidieron con una tesis de relevancia inadecuada. Ahora bien, si todas las decisiones anteriores se hubieran tomado decidiendo sobre casos individuales de informaciones no injuriosas, las decisiones serían también correctas de conformidad con el universo de casos generado por la nueva tesis de relevancia (que incluye como relevante el carácter injurioso de la información). Esto es, decidieron correctamente aún con una tesis de relevancia inadecuada. Por ello, en palabras del propio autor, podemos decir que: “es posible decidir correctamente los casos y, a la vez, ir paulatinamente afinando el universo de casos (...) hasta alcanzar el universo de casos definitivo, generado por la tesis de relevancia última<sup>865</sup>”. Y, recuerdo, si operamos con micro-conjuntos de principios y operamos con un universo del discurso acotado, a mi parecer, tal y como nos recuerda Moreso, sí parece posible alcanzar esta tesis de relevancia última. Ello implica afirmar que no siempre es posible la revisión e incorporación de nuevas propiedades. Esto es, implica considerar que, al menos idealmente, debe establecerse un límite al universo de propiedades relevantes<sup>866</sup>. Ahora bien, ¿cuál constituye el método correcto para tratar de alcanzar esta tesis de relevancia última? Pues bien, de nuevo, sobre este extremo, comparto la tesis de Moreso cuando sostiene que puede decirse que una revisión de nuestros principios se acerca a este ideal en la medida que resuelve, esto es, califica normativamente, de forma adecuada más casos considerados como *paradigmáticos*. Este, quizá, sea en realidad el único método o patrón que tenemos para tratar de consolidar la tesis de relevancia última. En todo caso, me parece importante destacar que, de hecho, los universos de propiedades que consideramos como relevantes no son susceptibles de ser ampliados con “cualquier” propiedad que el intérprete estime. Poco parece importar, en el ejemplo expuesto acerca del conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, si el periodista mide más de un metro y setenta centímetros, o si la persona insultada es o no coleccionista de miniaturas. Por ello, cuando se nos presentan ante nosotros ótesis de relevancia racionalmente fundamentadas,

---

<sup>865</sup> MORESO, 2009: 288.

<sup>866</sup> MARTÍNEZ ZORILLA, 2007: 183.

no resulta tarea cotidiana desafiar las mismas introduciendo propiedades adicionales a considerar como relevantes. Por supuesto, ello no implica negar esta posibilidad, esto es, que aparezcan nuevos casos que presenten propiedades relevantes “novedosas” o no previstas por la anterior tesis de relevancia, puesto que ni nuestros legisladores ni nuestros jueces son seres omniscientes capaces de prever todas y cada una de las propiedades potencialmente relevantes para todos y cada uno de los escenarios que puedan llegar a plantearse. Ahora bien, sí implica considerar que tal acontecimiento, en nuestras praxis, resulta algo que puede tildarse, quizá de un modo un tanto rimbombante, como una “excepcionalidad”, pues, las tesis de relevancia con las que trabajamos de manera cotidiana, si no todas ellas definitivas o últimas, si presentan una notable estabilidad.

Una vez asentado lo anterior, me parece importante no perder de vista la consideración que expongo a continuación, además de, mediante una breve síntesis, tener presentes los puntos centrales de las ideas que, respecto del punto que ahora nos preocupa, he presentado:

- i. Para poder ofrecer una respuesta ante un supuesto de colisión entre principios resulta necesario proceder con la construcción de una relación de *precedencia condicionada* entre ellos.
- ii. Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una *regla* que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Estas reglas permiten proceder con una revisión del conjunto de pautas *prima facie* que consagran nuestros derechos y deberes constitucionales.
- iii. Para vencer al particularismo y al escepticismo, es necesario llevar a cabo una reformulación de *todas las propiedades relevantes* para proceder con una revisión estable del conjunto de pautas *prima facie* que consagran nuestros derechos y libertades constitucionales.
- iv. La única manera de proceder con tal revisión estable es operar con *micro-conjuntos de principios constitucionales* y un *universo del discurso acotado*.
- v. Puede acontecer que puedan existir diversas *tesis de relevancia* admisibles. Es por ello que algunos resultados quedan indeterminados. Sin embargo, no puede olvidarse que, si los universos de casos considerados como relevantes

son comparables entre sí, otros muchos casos estarán unívocamente determinados. Esto es, sólo existirá una indeterminación radical cuando los universos de casos resultan inconmensurables. Ahora bien, parece correcto afirmar que no cualquier reconstrucción del universo de casos resulta admisible. De ser esto cierto, puede decirse que en la práctica la total inconmensurabilidad entre universos resulta una *rara avis*.

Puede que lo anterior le haya resultado al lector en exceso abstracto, ante lo cual, le pido disculpas. Sin embargo, creo que cabe constatar como *de facto*, en la *praxis* cotidiana, los Tribunales Constitucionales actúan según se ha ido describiendo en las páginas precedentes – si no siempre, si al menos en un buen número de ocasiones –<sup>867</sup>. En efecto, no suponen supuestos de laboratorio los casos en los que los tribunales, ante un conflicto constitucional, establecen una relación de precedencia condicionada entre los principios involucrados, a partir de la cual extraen reglas que expresan las consecuencias jurídicas del principio precedente y, adicionalmente, lo hacen teniendo en consideración todas las propiedades potencialmente relevantes, dado que operan con un micro-conjunto de principios y universo del discurso acotado, con una tesis de relevancia intersubjetivamente aceptada. Quiero ilustrar esta afirmación echando de nuevo mano del ejemplo real acerca de cómo el Tribunal Constitucional español elaboró, en el escenario del conflicto constitucional referido, reglas de prioridad teniendo en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes (esto es, trabajando con una tesis de relevancia definitiva); en particular, se entendió que todas las propiedades potencialmente relevantes – a través de las cuales construir el universo de casos definitivo – eran las siguientes:

C<sub>1</sub>: que la noticia y/o información tenga relevancia pública (considerando que tiene relevancia pública si afecta a una personalidad pública, o a alguien que, sin serlo, desempeñe un cargo a profesión de interés público).

C<sub>2</sub>: que la noticia y/o información sea veraz (es decir, que sea verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada).

---

<sup>867</sup> Por ello, en mi opinión, cabe rechazar la crítica que COMANDUCCI, 2005 plantea sobre el enfoque de Moreso acerca de la ponderación, cuando nos dice que: “la teoría de Moreso carece de capacidad explicativa de la realidad de nuestros sistemas jurídicos: no nos dice cómo los jueces ponderan principios constitucionales, no nos dice cómo de hecho se solucionan los conflictos entre derechos fundamentales”. Creo que, contrariamente a lo que piensa Comanducci, la teoría de Moreso al respecto sí ofrece un genuino rendimiento explicativo.

C3: que la noticia y/o información no contenga extremos que afecten al honor de las personas o sean estos innecesarios.

C4: que la noticia y/o información no contradiga los usos sociales.

Por ello, gracias a tomar en consideración todas las propiedades relevantes, dada la construcción de un universo de casos definitivo, puede afirmarse que se produjo una reformulación estable de las normas que, de un modo *prima facie*, consagraban el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor (intimidad personal y propia imagen), obteniendo de este modo un conjunto de soluciones – de reglas – válidas para cualquier otro caso futuro que pudiera darse, realizando así un genuino tránsito entre la *Book Constitution* y la *Master Constitution*; pues, en efecto, se procedió a tomar en consideración todos los posibles nuevos escenarios de conflicto entre aludidos derechos que pudieran llegar a plantearse. En consecuencia, en lo sucesivo, en casos futuros de conflicto constitucional entre aludidos principios, contrariamente a lo que parecen sostener los valedores de la OCM, los jueces no acabarán desempeñando el rol propio de una “magistratura despótica” que, de manera irrestricta, imponga su voluntad frente a la voluntad del legislador democrático, sino que, necesariamente, se limitarán a desempeñarse como órganos aplicadores de la *Master Constitution*, es decir, de un sistema normativo constitucional capaz de ofrecer respuestas consistentes y completas para todos los casos que se presenten, de manera absolutamente independiente a cuales sean los valores, principios ético-políticos o la voluntad de los jueces al respecto. En conclusión, gracias a referido tránsito, ni la Constitución restará indeterminada, ni habrá espacio para la imposición de la voluntad judicial. La tesis de la radical indeterminación del contenido constitucional queda así, a mi manera de ver, necesariamente derrotada, y con ella el principal baluarte de adhesión a la OCM.

#### **3.3.1.1.2. En conclusión: conflictos constitucionales, conflictos en abstracto.**

Según se ha visto, en el caso particular de los conflictos constitucionales, en la mayor parte de las ocasiones entendemos que nos encontramos ante supuestos de *antinomias contextuales*, un tipo de antinomia o de conflicto que no presupone una inconsistencia entre las normas del sistema, pero que viene a manifestarse cada vez que este correlaciona un caso con modalizadores deónticos incompatibles de comportamientos lógicamente independientes y existe una acción individual subsumible simultáneamente en ambos



comportamientos<sup>868</sup>. Un ejemplo de ello lo constituye el caso de conflicto constitucional expuesto entre la libertad de información y el derecho al honor, pues, en principio, no parece existir una contradicción conceptual entre ambos derechos. Sin embargo, en ciertas circunstancias concretas – C -, cierto tipo de informaciones o expresiones pueden resultar lesivas en relación con el derecho al honor de determinado(s) sujeto(s). Pues bien, para muchos, ello nos debe hacer entender que el conflicto se da o sucede en función de las *concretas circunstancias empíricas* y no por una inconsistencia entre los dos principios, por lo que el mismo debe calificarse o comprenderse como una *antinomia in concreto*. Ahora bien, como ya adelanté apoyándome en las consideraciones de Martínez Zorrilla, creo que aún para tales supuestos resulta adecuado hablar de contradicciones o conflictos en abstracto, no en concreto.

Así, para aquella posición he calificado como “principalista”, la concepción en torno a la ponderación es aquella que la observa como una actividad sujeta al control racional, precisamente, entre otros extremos, porque es posible relacionar dicha actividad con reglas y casos genéricos, haciendo compatible la ponderación (como paso previo) con la subsunción. Creo que el mismo Martínez Zorrilla<sup>869</sup> sintetiza magistralmente cual puede ser la mejor reconstrucción de lo que los principalistas (que él denomina como universalistas) vendrían a sostener respecto de lo dicho. En este sentido, puede decirse que para tales autores:

- i. Toda actividad judicial de ponderación de principios constitucionales toma como punto de partida un caso “concreto” o “individual” de colisión al cual se le tiene que dar respuesta.
- ii. Pero, a la hora de ofrecer razones para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en conflicto, se exige que tales razones no se limiten estrictamente a ese caso, sino que sirvan asimismo para cualquier otro supuesto que comparta las mismas propiedades relevantes; esto es, que sea instancia del mismo caso genérico. De este modo, el caso “concreto” sirve como punto de apoyo para extraer de él las propiedades o circunstancias genéricas que son las que han de determinar la relación de preferencia condicionada entre los principios en conflicto. Las

---

<sup>868</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2007: 142-143.

<sup>869</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 179 y ss.

exigencias de racionalidad hacen que esas mismas razones sean válidas para cualquier otro supuesto concreto que sea idéntico al enjuiciado en sus circunstancias relevantes<sup>870</sup>.

- iii. Por ello, el objetivo último es la creación de un conjunto de *reglas* que correlacionen ciertos casos genéricos con sus correspondientes soluciones, de modo que en el futuro esos casos puedan resolverse mediante un procedimiento *subsuntivo*.

Adicionalmente, se ha visto como la única forma que tenemos para vencer al particularismo, en pro de las exigencias de racionalidad asociadas a la ponderación, en este extremo, es la de proceder con la construcción de una jerarquía o de una revisión de los principios involucrados que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes; y no sólo las que exhiba el caso particular. Ello, cabe remarcar, nos ofrece respuesta al interrogante de cuántas *situaciones genéricas de conflicto* pueden plantearse entre dichos principios (entre ese aludido micro-conjunto de principios).

Si se acepta lo anterior, cabe concluir, el procedimiento de la ponderación no sólo da lugar a la creación de reglas que permiten resolver el conflicto mediante un razonamiento subsuntivo, sino a la creación de genuinos “sistemas de conflicto” que ofrecen una respuesta clara y unívoca a la mayor parte de los supuestos posibles, del universo de casos seleccionado, de colisión entre los principios del micro-conjunto tomado como referencia.

Por ello, tras lo expuesto, estoy ya en condiciones de fundamentar lo anteriormente indicado: en la mayor parte de conflictos constitucionales nos encontramos ante antinomias contextuales que pueden ser entendidas como conflictos en abstracto. Y es que, dada la revisión estable entre los principios involucrados, realizada tomando en consideración todas las propiedades relevantes (esto es, dada la construcción de genuinos “sistemas de conflicto”), pueden preverse por adelantado todos y cada uno de los casos genéricos en los que se dará el conflicto entre tales estándares normativos y, por mor de las exigencias de racionalidad que se imponen en la *justificación* de cualquier decisión o solución, cualquier caso individual que se presente deberá ser observado como una instancia de algún caso genérico de dicho conflicto. Es por esto que di la razón a Guastini

---

<sup>870</sup> Y en el que no se den otras circunstancias que a la luz de los principios en juego hayan de considerarse también relevantes y determinen una solución distinta del conflicto.

cuando entiende que la construcción de la jerarquía axiológica entre principios (esto es, de la precedencia condicionada o de la revisión) no tiene que ser necesariamente móvil, pues, bien podría darse una suerte de conjunción entre la necesaria construcción de la jerarquía axiológica y el principio de especialidad<sup>871</sup>. En efecto, bajo la perspectiva expuesta acerca de la ponderación, como señala el propio Martínez Zorrilla, “la creación de reglas como resultado de la misma puede concebirse sin problemas como una especificación de las condiciones de aplicación de las normas involucradas, lo cual, a su vez, puede verse como el establecimiento de excepciones a la norma<sup>872</sup>”. Siguiendo con el ejemplo señalado, en el caso de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, se consideró justificado entender que prevalece la libertad de información sobre el derecho al honor si se trata de una información de interés público, verdadera o veraz y que no contenga expresiones injuriosas innecesarias<sup>873</sup>, entonces, esto puede verse como la introducción de una excepción al derecho al honor (entiéndase, a la norma mediante la que se reconoce dicho derecho) según la cual resultaría la norma: “se reconoce y protege el derecho al honor *excepto* cuando se trata de dar informaciones veraces, de interés público y no se utilicen expresiones injuriosas”.

Según lo anterior, parece que puede sostenerse cómo: “desde un punto de vista estructural, pues, no existen diferencias entre el resultado de la ponderación y la resolución de antinomias entre reglas<sup>874</sup>”. En efecto, dada la operatividad del principio de especialidad en el campo de los principios, en realidad, parece que la diferencia a la hora de resolver un conflicto entre reglas o entre principios puede ser observada simplemente como una diferencia de grado, en concreto, el ámbito de discrecionalidad para determinar excepciones parece ser más acusado en el caso de la ponderación entre principios. Ahora bien, esa diferencia de grado ni tan siquiera opera siempre. Y es que, si bien parece que las excepciones introducidas en las reglas en caso de antinomia responden a criterios claros y objetivos (norma posterior, especial, etc.), dichos criterios no son aplicables en todos los supuestos de antinomia entre reglas, con lo que la teórica diferencia de grado se diluye totalmente<sup>875</sup>. Un ejemplo de lo que se acaba de señalar nos lo suministra Ruíz

---

<sup>871</sup> Aunque, creo que resulta evidente, me limito a dar la razón a Guastini en este punto sin abrazar las premisas que lo llevan a su fundamentación.

<sup>872</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2011: 216.

<sup>873</sup> Y, también podría señalarse tal y como lo hizo el Tribunal Constitucional español, que no afecte o contradiga a los usos sociales.

<sup>874</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2011: 216.

<sup>875</sup> MARTINEZ ZORRILLA, 2011:217.

Manero: “supongamos (...) una norma N<sub>1</sub> contenida en una ley procesal, de acuerdo con la cual todos los funcionarios públicos tendrían la obligación de entregar al juez penal cualquier documento solicitado por este, y supongamos asimismo una norma N<sub>2</sub> (del mismo grado que la anterior) con arreglo a la cual los funcionarios públicos tienen prohibido entregar a cualquiera los documentos calificados como secretos de los que tuvieran conocimiento con razón de su cargo<sup>876</sup>”. Pues bien, en el ejemplo, ambas reglas resultan antinómicas, pero, dado que las dos son del mismo grado o se extraen de disposiciones que ocupan la misma jerarquía, no es de aplicación el principio *lex superior*, el principio *lex posterior* resulta aquí irrelevante y el principio *lex specialis* podría operar en ambos sentidos; vemos, por tanto, como para resolver dicha antinomia resultará necesario atender al peso, en relación con el caso, de las razones subyacentes a una y otra regla en conflicto<sup>877</sup>.

Lo recién expuesto, a su vez, nos debe hacer reflexionar sobre lo siguiente. Resulta fácilmente constatable u observable como entre el grueso de *reglas* que conforman nuestros Ordenamientos jurídicos, como lo sean buena parte de las normas infraconstitucionales o de leyes ordinarias, se producen numerosos o abundantes supuestos de colisión normativa, de antinomias. Pese a ello, salvo desde ciertos enfoques “extremos”, no suele sostenerse la tesis de que nuestros Ordenamientos jurídicos “al completo” se encuentran radical o absolutamente indeterminados. Pues bien, si resulta ser cierto que la diferencia a la hora de resolver los supuestos de colisión normativa entre reglas y entre principios resulta ser meramente gradual – y en ocasiones, directamente, inexistente –, ¿no parece igual de absurdo sostener la tesis de la radical indeterminación de nuestras Constituciones por el sólo hecho de que entre sus principios se den constantes colisiones normativas? En efecto, si no existe una diferencia estructural a la hora de resolver las antinomias entre reglas o entre principios, en rigor, sólo podrían sostenerse dos tesis: i) nuestros Ordenamientos jurídicos “al completo” – incluyendo a nuestras Constituciones, pero no sólo a ellas - están radicalmente indeterminados dados los constantes supuestos de colisión entre sus normas; ii) nuestros Ordenamientos jurídicos – incluyendo a nuestras Constituciones - no están radicalmente indeterminados, pese a los constantes supuestos de colisión entre sus normas. Por ello, lo que quiero plantear es cómo, pensando coherentemente, aquellos que sostienen la OCM sobre la tesis de la indeterminación

---

<sup>876</sup> RUÍZ MANERO, 2005: 106 y ss.

<sup>877</sup> RÓDENAS, 2012: 27.

radical del contenido constitucional debieran, necesariamente, afirmar la indeterminación radical de todo el Ordenamiento jurídico “al completo” y no sólo de nuestras Constituciones. Y, si nos parece que existen motivos para negar esto último, estos mismos motivos nos deben valer para negar la tesis de la indeterminación radical del reconocimiento de nuestros derechos y libertades, de los principios constitucionales que los recogen., en definitiva, de nuestras Constituciones.

Señalado lo anterior, cabe ahora referirse a otra cuestión específica: la fundamentación de los enunciados de preferencia (entre principios); esto es, de la construcción de la jerarquía axiológica entre principios o de sus revisiones estables<sup>878</sup>. En este sentido, se dijo cómo una concepción escéptica acerca de la ponderación entiende que en la construcción de esa relación de precedencia condicionada entre principios el órgano aplicador del Derecho siempre cuenta o actúa discrecionalmente. Así, por ejemplo, se pronuncian Guastini<sup>879</sup> o Comanducci<sup>880</sup>, entendiendo que dicha operación no se encuentra sujeta a parámetros de control racional, en tanto viene a basarse de manera exclusiva en un simple ejercicio discrecional de las preferencias del intérprete-decisor. Sin embargo, una concepción principialista de la ponderación entiende que la actividad señalada sí puede y debe ser evaluada bajo parámetros de control racional, en tanto que la construcción de una jerarquía axiológica entre los principios involucrados no constituye una acción o actividad meramente discrecional basada en juicios de valor plenamente subjetivos. Pues bien, es momento de ver el grado de plausibilidad de la concepción principialista respecto de este extremo. De ello depende, plenamente, la posible legitimación que podamos ofrecer a la actividad de nuestros jueces constitucionales y el calado real de la OCM.

### **3.3.2. La fundamentación de los enunciados de preferencia.**

Los principialistas parten de la consideración de la ponderación como un mecanismo con el que se pretende que las preferencias establecidas entre los principios se ajusten a parámetros de control racional, dicho en otros términos, a parámetros de corrección o de justicia. Desde esta visión, si sólo se tratase de resolver el conflicto se podrían adoptar criterios tales como el de lanzar una moneda al aire o cualquier otra índole de

---

<sup>878</sup> AIEXY, 1985: 136 y ss.

<sup>879</sup> GUASTINI, 2010: 90.

<sup>880</sup> COMANDUCCI, 2005.

procedimiento al azar<sup>881</sup>. Pero, no se trata solo de que deba solucionarse el conflicto, sino de que en dicha resolución debe conseguirse un resultado axiológicamente adecuado, correcto o aceptable.

Como nos ilustra Martínez Zorrilla, resulta pertinente señalar que la adecuación o corrección de las soluciones ofrecidas mediante la ponderación pueden evaluarse tanto desde un punto de vista formal como sustantivo. Desde el primer punto de vista, como se ha visto, el objetivo radica en elaborar sistemas normativos completos y consistentes<sup>882</sup>. Desde un punto de vista sustantivo, por su parte, el objetivo radica en que cada una de las reglas creadas a raíz del proceso ponderativo sea en sí misma satisfactoria o correcta desde un plano normativo o axiológico<sup>883</sup>. Pues bien, ahora pretendo centrarme en este segundo punto (aunque, obvia decirlo, ambos puntos, formal y sustantivo o material, deban presentarse unidos). En tal tarea me apoyaré principalmente en el autor que más ha contribuido al objetivo expuesto: Alexy. En efecto, el teórico germano ha tratado de demostrar cómo la ponderación debe ser observada como un procedimiento racional, entre otros extremos, en lo que respeta a la corrección axiológica de sus resultados.

### **3.3.2.1. El principio de proporcionalidad.**

El principio de proporcionalidad se corresponde básicamente con una reconstrucción y desarrollo teórico de los criterios utilizados por buena parte de nuestros Tribunales Constitucionales (siendo el Tribunal Constitucional alemán el pionero) a la hora de enjuiciar las ponderaciones realizadas por el legislador a través de la aprobación de las leyes y a la hora de tomar en consideración las controversias entre particulares<sup>884</sup>. Una primera aproximación a lo que constituye este principio puede hacerse acudiendo a la ya citada formulación alexyana de la “ley de la ponderación” (que trata de reconstruir las manifestaciones del Tribunal Constitucional alemán al respecto<sup>885</sup>):

“Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro<sup>886</sup>”.

---

<sup>881</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 236-237.

<sup>882</sup> Siempre y cuando, claro está, se acepten modelos teóricos como el de Mendonca o Moreso.

<sup>883</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 237.

<sup>884</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 237-238. STARCK, 2011: 50 y ss.

<sup>885</sup> A título de ejemplo: BVerfGE 7, 377; BVerfGE, 20, 150; BVerfGE 17, 306 o BVerfGE 25, 202.

<sup>886</sup> ALEXY, 1985: 138.

Para Alexy, cabe reseñar, esta ley tiene validez para la ponderación de principios de cualquier tipo. Formulada en otros términos, puede decirse que, según este criterio, el sacrificio impuesto a un principio en aras a la satisfacción de otro sólo se encuentra justificado en la medida en que no sea *excesivo*<sup>887</sup>.

Del mismo modo, cabe resaltar, existe, en la práctica, una opinión cuasi unánime<sup>888</sup> al considerar que este principio debe ser descompuesto en tres subprincipios: i) el *subprincipio de adecuación o idoneidad*; ii) el *subprincipio de necesidad*; y iii) el *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*. A título de ejemplo puede citarse el siguiente extracto de la Sentencia 207/1996 del Tribunal Constitucional español:

“(…) conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental (...) sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo<sup>889</sup>”.

Tales subprincipios tienen la consideración de condición necesaria, de este modo, si no se satisfacen los parámetros de alguno de ellos el resultado de la ponderación – legislativa - se entiende injustificado. De igual manera, estos subprincipios entran a operar de manera sucesiva o lineal: se analiza si la medida es adecuada o idónea, sólo si lo es, se pasa a examinar si es necesaria y, sólo si es idónea y necesaria, se procede con el examen de proporcionalidad en sentido estricto<sup>890</sup>.

Dicho lo anterior, procederé con un somero análisis de los dos primeros subprincipios, para centrarme con algo más de detalle en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

### **3.3.2.1.1. El subprincipio de idoneidad o adecuación.**

Según señala Bernal Pulido, el subprincipio de idoneidad o adecuación debe implicar que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la

---

<sup>887</sup> Por ejemplo, STC español 55/1996, FJ 8º.

<sup>888</sup> Aunque, por ejemplo, como señala SÁNCHEZ GIL, 2007: 37-38, “se ha discrepado de la opinión establecida de que los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu* son subprincipios de la proporcionalidad *latu sensu*, y afirmado que esta última en realidad se trata de una mera yuxtaposición de principios diversos (...), pero a su favor debe decirse que cada uno de los mencionados subprincipios representa un aspecto especial de la proporcionalidad, de una “justa medida” entre objetivos diversos”.

<sup>889</sup> STC español, 207/1996 FJ 4º.

<sup>890</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 239; SÁNCHEZ GIL, 2007: 39.

obtención de un fin constitucionalmente legítimo<sup>891</sup>”. Por ello, el mismo impone una doble exigencia: i) que el fin perseguido con la medida que restringe o limita un derecho fundamental sea “constitucionalmente legítimo”; y ii) que dicha medida sea objetivamente idónea o adecuada para realizarlo<sup>892</sup>. Estos aspectos deben analizarse en el orden indicado: es decir, primero se observa si la medida resulta legítima de conformidad con las exigencias constitucionales y, en segundo lugar, si la misma resulta idónea para alcanzar tal objetivo. Veamos en qué consisten:

- i) Por lo que respecta al “fin constitucionalmente legítimo”, de nuevo, creo que Martínez Zorrilla acierta al señalar que ésta exigencia opera de modo distinto en función de que lo que se esté examinando sea la constitucionalidad de una ley emanada del legislador democrático, de otra norma infra-constitucional emanada de una autoridad administrativa o, por el contrario, si se está enjuiciando un conflicto susceptible de amparo, - sea entre particulares o sea entre particulares y el poder público -<sup>893</sup>. En relación al primer caso, esto es, al examen de constitucionalidad de una ley o norma administrativa, la limitación legislativa o administrativa de un derecho fundamental debe satisfacer un principio constitucional. Esto es, dada la supremacía constitucional, la restricción que se haga de un derecho o libertad fundamental no puede hacerse en pro de cualquier interés, sino que debe hacerse, necesariamente, acorde o de conformidad con las propias exigencias constitucionales. Ahora bien, del mismo modo, en respeto por la autonomía parlamentaria y el principio democrático, toda norma infra-constitucional no prohibida clara o definitivamente por la Constitución debe reputarse, *prima facie*, como legítima. Por ende, al menos en principio, sólo quedan prohibidas las limitaciones o restricciones legislativas efectuadas sobre derechos fundamentales cuando ello se haga en pro de fines abiertamente contrarios a la Constitución<sup>894</sup>. Por su parte, en relación al segundo caso, esto es, para los supuestos de conflicto constitucional que se sustancian a través del recurso de

---

<sup>891</sup> BERNAL PULIDO, 2003 a: 687.

<sup>892</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 240; SÁNCHEZ GIL, 2007: 40.

<sup>893</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 240-241.

<sup>894</sup> BERNAL PULIDO, 2003 a: 694 y ss. Aunque, como se apuntó en el primer capítulo, dada la concepción constitucional vigente, que nos presenta un contenido constitucional claramente desbordante u onnipresente, la apreciación de “lagunas constitucionales” y, por ende, la subsiguiente posible discrecionalidad legislativa, queda sustancialmente recortada.



amparo, resulta extraño pensar o llegar a plantear que en una situación tal el Tribunal o Corte constitucional decidiera atendiendo simplemente a un fin o pretensión no prohibido por la Constitución. Por ello, parece más bien que en este tipo de situaciones, si es que realmente suponen una instancia de un conflicto constitucional, la decisión se venga a fundamentar en un fin constitucionalmente *reconocido* (explícita o implícitamente), puesto que, precisamente, la decisión vendrá a consistir en dar prioridad a uno de los derechos o bienes constitucionales en conflicto (que, por definición, deben entenderse como constitucionalmente legítimos)<sup>895</sup>.

- ii) Por lo que respecta a la adecuación o idoneidad de la medida, ello implica que la medida enjuiciada sea contribuyente a la obtención o realización del fin constitucionalmente legítimo. Y es que, se considera que si la medida restrictiva de un derecho fundamental no resulta adecuada para la obtención de un fin constitucional, se trata de una restricción o lesión inútil y, por ende, injustificada. El “nivel de adecuación”, sin embargo, se mide en grado distinto según el examen de constitucionalidad verse sobre una norma legislativa o, por el contrario, sobre un caso involucrado en un recurso de amparo. En el nivel de examen de la constitucionalidad de una norma legislativa, cabe tomar en consideración lo que señala Prieto Sanchís, y es que mediante el juicio de idoneidad: “no se trata de imponer en vía jurisdiccional las medidas más idóneas y eficaces para alcanzar el fin propuesto, sino tan sólo de excluir aquellas que puedan acreditarse como gratuitas o claramente ineficaces<sup>896</sup>”. Por ello, la exigencia que se asocia con el respecto del requisito de la idoneidad es, simplemente, que la decisión o medida contribuya de alguna manera a la consecución del fin valioso (no que sea la “mejor” manera de obtenerlo); es decir, igualmente, se busca acomodar esta exigencia con el respeto hacia la autonomía del poder legislativo y el principio democrático. Por su parte, en lo relativo a las decisiones tomadas en contexto de un recurso de amparo, en la medida en que nos encontremos ante un genuino conflicto constitucional, esto es, en la medida en que las pretensiones de las partes se encuentren adecuadamente fundadas en un derecho o bien constitucional, cualquier

---

<sup>895</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 241.

<sup>896</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003: 241.

decisión en favor de alguno de los puntos en conflicto será una decisión que, en principio, cumplirá con el requisito de idoneidad o adecuación, en tanto vendrá a significar la satisfacción de un derecho o bien constitucional<sup>897</sup>.

### **3.3.2.1.2. El subprincipio de necesidad.**

Si la medida enjuiciada ha restringido o limitado un derecho o libertad constitucional en pro de un fin constitucionalmente legítimo, y ha sido adecuada o idónea para la obtención del mismo, se debe pasar, propiamente, a examinar si tal sacrificio o restricción resulta necesaria o, lo que es lo mismo, si no se da la existencia de alguna otra alternativa igualmente idónea para alcanzar al fin constitucionalmente legítimo que no resulte tan gravosa en relación al derecho o libertad fundamental tomado como referencia. Así, como por ejemplo nos recuerda Bernal Pulido<sup>898</sup>, la exigencia de la necesidad se fundamenta en la tesis de que la solución justificada es aquella en la que no resulta posible mejorar la posición de uno de los elementos en conflicto sin empeorar la situación del otro, - esto es, descansa sobre la idea del óptimo de Pareto -<sup>899</sup>. Es decir, la necesidad o absoluta indispensabilidad de la restricción de un derecho constitucional, puede decirse, de manera muy simplificada, implica la exigencia de que no existan otras opciones para satisfacer el fin constitucionalmente legítimo o que, de entre todas las opciones disponibles, se ha escogido la enjuiciada porque es la que en menor grado afecta al derecho o bien constitucional restringido<sup>900</sup>.

Debe tomarse igualmente en consideración que no se considera la existencia de alternativas menos gravosas en términos abstractos o absolutos, sino de conformidad con un cierto conjunto de conocimientos empíricos y de asunciones valorativas. Así, puede acontecer que en términos absolutos existan alternativas menos gravosas, pero, sin embargo, que, respecto de las mismas, existan dudas por falta de conocimientos suficientes acerca de sus auténticos efectos o existan considerables dificultades técnicas en aras a su materialización. Del mismo modo, puede suceder que tampoco se estime adecuada la realización de una medida menos gravosa cuando su aplicación traiga aparejada costes exorbitantes que pudiesen hacer peligrar el desempeño de otras funciones estatales. Por último, en el caso de que se esté enjuiciando la constitucionalidad

---

<sup>897</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 241-242.

<sup>898</sup> BERNAL PULIDO, 2003 a: 735.

<sup>899</sup> BERNAL PULIDO, 2003 a: 735.

<sup>900</sup> SÁNCHEZ GIL, 2007: 45.

de una ponderación legislativa, es razonable pensar que lo que este subprincipio estará exigiendo será, simplemente, que no se aprecie la existencia *evidente* (clara, manifiesta) de otro medio alternativo menos restrictivo o vulnerador para el derecho o bien constitucional de referencia e igual de idóneo para alcanzar el fin perseguido; esto es, que no se produzcan sacrificios manifiestamente innecesarios de derechos<sup>901</sup>.

### **3.3.2.1.3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: la estructura de la ponderación.**

Si, tras su análisis, se considera que la medida lesiva de un derecho o libertad constitucional resulta idónea y necesaria, pasamos entonces a la siguiente etapa: el análisis de su proporcionalidad en sentido estricto. Dicho análisis consiste, básicamente, en examinar si el grado de satisfacción del derecho o bien constitucional que prevalece compensa la restricción, menoscabo o lesión de otro derecho, libertad o bien constitucional. Es en esta tercera fase dónde resulta propiamente de aplicación la referida “ley de la ponderación”.

Alexy es, sin lugar a dudas, el teórico que ha llevado a cabo una mayor labor de estudio, análisis y/o desarrollo de este subprincipio o fase, por ello me apoyaré en este punto directamente en sus apreciaciones<sup>902</sup>.

Así, lo hemos visto, los principios constituyen un tipo de normas que establecen razones para la acción sólo de un modo *prima facie*. Pues bien, para Alexy, la ponderación es el método que tenemos para resolver los supuestos de incompatibilidad entre normas *prima facie*. Sin embargo, en su opinión, el recurso a la ponderación no nos garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, atendiendo a una jerarquía absoluta, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos<sup>903</sup>. Por el contrario, para el teórico germano la ponderación es sólo una estructura, compuesta

---

<sup>901</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 243.

<sup>902</sup> De un modo deliberado, he optado por atenerme al análisis originario que Alexy efectúa sobre este subprincipio, y no remitirme a sus últimos trabajos. Ello por dos razones principales: la primera, su análisis originario resulta más sencillo a efectos expositivos que los contenidos en sus últimos trabajos; la segunda, como expondré un poco más adelante, creo que en realidad debemos apartarnos, en cierto sentido, de la teorización de Alexy al respecto, por ofrecer una imagen de precisión y/o exactitud matemática a la que no podemos llegar, por lo que considero que su teorización, en particular, su confuso uso de metáforas matemáticas, no aporta nada sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto que de hecho vienen usando la mayor parte de nuestros Tribunales o Cortes constitucionales, motivo por el cual he estimado que resulta estéril convertir en más compleja la exposición sobre el análisis de sus últimas y más refinadas aproximaciones sobre este punto.

<sup>903</sup> ALEXY, 2007: 90 y ss.

por tres elementos, a través de los cuales se puede fundamentar una relación de *precedencia condicionada* entre los principios en colisión, para establecer de este modo cuál de ellos debe determinar la solución del *caso concreto*<sup>904</sup> (siendo esa solución, a través de la regla que la materializa, aplicable a todos los casos futuros que exhiban las mismas circunstancias o propiedades genéricas que se extraen de referido caso concreto). Sin embargo, según vimos, el enfoque alexyano presenta ciertos déficits que lo hacen vulnerable a las críticas escépticas. No obstante, no voy aquí a volver sobre todo ello, solamente pretendo advertir que es importante no pasarlo por alto y, eso sí, analizar en qué consiste la estructura de la ponderación según el teórico germano. Lo que quiero es, a fin de cuentas, poner de manifiesto si tal estructura resulta o no operativa como criterio para proceder con la construcción de una jerarquía axiológica o relación de precedencia entre principios en conflicto; cuestión que puede ser examinada sin necesidad de tener que adherirnos a todos y cada uno de los postulados alexyanos acerca de la ponderación.

Pues bien, Bernal Pulido expone de manera sintética y brillante los elementos que en la teoría de Alexy articulan la estructura de la ponderación<sup>905</sup>. Como no sabría hacerlo mejor que él, en lo que sigue, introduciré su análisis para tratar de captar la construcción teórica alexyana sobre este extremo<sup>906</sup>.

Así, para Alexy, a la hora de establecer una relación de precedencia condicionada entre principios en colisión, resulta necesario tener en consideración los tres elementos que forman la estructura de la ponderación: i) la ley de la ponderación, ii) la fórmula del peso y iii) las cargas de la argumentación.

- i) *La ley de la ponderación*. Según la ley de la ponderación: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro<sup>907</sup>”. Si se toma en consideración esta ley, la ponderación se pueden dividir en los siguientes tres pasos o etapas - diseccionadas por el propio Alexy -: “en el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de *afectación* de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la *satisfacción* del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un

---

<sup>904</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b: 26.

<sup>905</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b: 26.

<sup>906</sup> ATIENZA; GARCÍA AMADO, 2012: 13.

<sup>907</sup> ALEXY, 1988 y 2007: 161 y ss.

tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario *justifica* la afectación o la no satisfacción del otro<sup>908</sup>”.

Como nos recuerda Bernal Pulido, debe observarse que el primer y el segundo paso de la ponderación son análogos, pues la operación consiste en establecer un grado en la afectación o no satisfacción del primer principio, y en la satisfacción del segundo principio. Es por ello que ambos pasos pueden ser caracterizados como la determinación del grado de afectación de los principios al caso concreto. En particular, para Alexy, el grado de afectación de los principios puede establecerse por medio del uso de una escala de tres intensidades. En dicha escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”<sup>909</sup>.

Ahora bien, el grado de afectación de los principios en el caso concreto no supone la única variable que debemos tomar en consideración para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica o no la afectación del primero. La segunda variable a tal efecto es el “peso abstracto” de los principios relevantes. Esta segunda variable se funda en el hecho de que, a pesar de que en muchas ocasiones, como así acontece con los principios constitucionales, los principios que entran en colisión tienen la misma jerarquía en razón de la fuente del Derecho en que aparecen, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de conformidad con la concepción de los valores predominante en la sociedad de referencia.

Aparece por último una tercera variable, a los efectos expuestos, que se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes<sup>910</sup>. Esta tercera variable nace del reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener distintos grados de certeza, por ello, en función de tal grado, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio<sup>911</sup>.

Pues bien, para Alexy, estas tres variables (pesos concretos y abstractos de los principios concurrentes, más la seguridad de las premisas empíricas) determinan el tercer

---

<sup>908</sup> ALEXY, 2002: 529. Las cursivas son añadidos míos.

<sup>909</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b: 26.

<sup>910</sup> ALEXY, 2002: 56. BERNAL PULIDO, 2003 b.

<sup>911</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b.

paso, esto es, si la importancia de la satisfacción de un principio justifica o no la afectación de otro principio, a través de la “fórmula del peso”.

ii) *La fórmula del peso.* Esta fórmula tiene la siguiente estructura<sup>912</sup>:

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

Sobre ella, nos dice Bernal Pulido:

“Esta fórmula expresa que el peso del principio Pi en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio Pi en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio Pj en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2<sup>0</sup>, o sea 1; medio 2<sup>1</sup>, o sea 2; e intenso 2<sup>2</sup>, es decir 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro 2<sup>0</sup>, o sea, 1; plausible 2<sup>-1</sup>, o sea, 1/2; y no evidentemente falso 2<sup>-2</sup>, es decir, 1/4.<sup>913</sup>”.

Podemos materializar esta fórmula siguiendo con el ejemplo anterior. Supongamos que se enjuicia el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, dada la difusión de una noticia que contiene expresiones innecesariamente injuriosas acerca de una persona, y que ha sido emitida en un medio escrito de tirada nacional con millones de lectores. De este modo, en el ejemplo, el peso del derecho al honor de la persona que ha sido insultada podría establecerse de la siguiente manera, partiendo de que la

---

<sup>912</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b.

<sup>913</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b. ALEXY, 2002: 42 y ss.

afectación a dicho derecho se catalogue como intensa –dado que la persona ha sido injuriada públicamente ante millones de personas– (IPiC = 4), cataloguemos el peso abstracto del principio como medio – el derecho al honor, entendiendo específicamente aquí el derecho a no ser injuriado o insultado, presenta una evidente importancia en relación a la propia visión que de sí mismo tenga una persona, ahora bien, no parece resultar equiparable en su peso abstracto a derechos como el de la propia libertad de información o de expresión, la integridad física o la vida– (GPiA = 2), y, simplificando mucho las cosas<sup>914</sup>, la certeza o el valor seguro de las premisas fácticas – claramente la persona ha sido insultada, quedando constancia y difusión escrita de ello – (SPiC = 1). Paralelamente, el grado de afectación del derecho a la libre información de los periodistas puede catalogarse como leve – los insultos fueron innecesarios, y/o, en todo caso, el contenido de la información podría haber resultado el mismo sin la utilización de éstos – (WPjC = 1), su peso abstracto como intenso – la libertad de información, entre otros extremos, es absolutamente necesaria para preservar la propia forma de gobierno democrática – (GPjA = 4) y la seguridad de las premisas sobre su afectación, de nuevo, simplificando mucho las cosas, como leve – es muy poco probable que limitar la posibilidad de proferir insultos en la elaboración de una noticia acabe afectando o no satisfaciendo el derecho a la libre información – (SPjC = 1/4).

En el ejemplo, entonces, la aplicación de la fórmula del peso al derecho al honor arrojaría los siguientes resultados:

$$G_{Pi,jC} = \frac{4 \cdot 2 \cdot 1}{1 \cdot 4 \cdot 0.25} = \frac{8}{1} = 8$$

Por su parte, la aplicación de la fórmula del peso al derecho a la libre información arrojaría los siguientes resultados:

$$1 \cdot 4 \cdot 0.25 = 1$$

---

<sup>914</sup> Para un análisis exhaustivo acerca de la seguridad de las premisas fácticas relativas a la afectación de los principios en el caso concreto: BERNAL PULIDO, 2003 a: 763 y ss.

$$GP_{j,iC} = \frac{\quad}{4 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{\quad}{8} = 0.125$$

Podría así concluirse que la satisfacción del derecho a la libre información de los periodistas – satisfecho sólo en un 0.125 – no justifica la injerencia o afectación en el derecho al honor de la persona insultada – afectado en 8 -. Por ello, el derecho al honor debería preceder en la ponderación y, como resultado de ello, debería establecerse que está ordenado por los derechos fundamentales involucrados que no puedan emitirse noticias que contengan insultos innecesarios que afecten a personas.

- iii) *Las cargas de la argumentación*<sup>915</sup>. Este supone el tercer y último elemento de la estructura de la ponderación. Las cargas de la argumentación entran a operar cuando se da una situación de empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso o, lo que es lo mismo, cuando los pesos de los principios son iguales ( $GP_{i,jC} = GP_{j,iC}$ ). Cargas de la argumentación como, por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o en favor de la deferencia hacia el legislador, etc<sup>916</sup>.

### 3.3.3. Los límites racionales del principio de proporcionalidad.

Tras haber presentado, muy sucintamente, en qué vendría a consistir según Alexy el procedimiento de justificación de los enunciados de preferencia (teniendo en cuenta, además, la aplicación que en la práctica se hace del mismo ya que, de manera más o menos abierta, ha sido acogido por algunos de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos<sup>917</sup>), creo que estoy en posición de afrontar la cuestión crucial de si la construcción de tales enunciados de preferencia o de una jerarquía axiológica entre principios en pugna, según el método alexyano, resulta siempre una actividad discrecional no evaluable bajo parámetros racionales, como señalan los escépticos de la ponderación, o si, por el contrario, es posible entender dicho procedimiento como un procedimiento no radicalmente irracional, esto es, como un procedimiento que, al menos en ocasiones, nos

<sup>915</sup> BERNAL PULIDO, 2003 a: 789 y ss., y 2003 b.

<sup>916</sup> ATIENZA; GARCÍA AMADO, 2012: 15.

<sup>917</sup> A título de ejemplo, ver por ejemplo la Sentencia.005-2008-AN (Ecuador).



arroja resultados justificables en términos racionales, calificables como adecuados o correctos en cuanto a su justificación. Vayamos por partes.

En lo relativo a los subprincipios de idoneidad y necesidad, (que según Alexy vendrían a operar dentro de la ponderación en tanto los principios exigen el mayor grado de cumplimiento posible en función, entre otras, de las circunstancias fácticas), creo que puede decirse que, en términos generales, resultan contribuyentes a la racionalización del proceso y resultado de la ponderación. En cualquier caso, desde luego, no puede pasarse por alto el hecho de que tales subprincipios no representan formulaciones idílicas de alguna suerte de teoría normativa sobre ese extremo, sino que suponen una reconstrucción teórica de la propia praxis seguida por la mayor parte de nuestros actuales Tribunales Constitucionales.

Ahora bien, resulta cierto que alguien podría alegar, con atino, que existen situaciones en las que la operatividad o aplicación de estos subprincipios, o el margen de apreciación que se correlaciona con los mismos, va necesariamente unida a una suerte de poder discrecional del órgano aplicador. Así, se podrá decir que existen casos en los cuales resulta dudoso afirmar si la ley que está siendo sometida al juicio de constitucionalidad respeta o no un fin “constitucionalmente legítimo”, si dicha ley resulta adecuada o idónea para la obtención del mismo, o si la restricción de los derechos resulta estrictamente necesaria; dado que en tal tarea será necesario acudir no sólo a un cierto conjunto de conocimientos empíricos, sino asumir toda una suerte de asunciones valorativas que pueden no resultar pacíficas. Por lo tanto, cabe aceptar, la existencia de supuestos dudosos en cuanto a la operatividad, en uno u otro sentido, de estos subprincipios parece innegable. Ahora bien, del mismo modo, considero que puede afirmarse como también se da la existencia de toda otra serie de casos en los cuales la aplicación de estos subprincipios resulta indiscutible. Pondré un par de ejemplos sobre esto último. Si el legislador restringiese una serie de derechos constitucionales con la finalidad, pongamos por caso, de lograr un mayor grado de “homogeneidad étnica” entre el alumnado de los centros universitarios, de manera obvia, podría decirse que la restricción de tales derechos no se justifica en un fin constitucionalmente legítimo o amparable y, en consecuencia, en aplicación del subprincipio de adecuación o idoneidad, tal restricción resultaría tachable como injustificada – sin que pudieran existir genuinas dudas al respecto - . Imaginemos ahora otro ejemplo, que el legislador o la administración buscara incrementar el porcentaje de personas pertenecientes a minorías étnicas entre el

alumnado de los centros universitarios. Imaginemos, del mismo modo, que dicho objetivo se buscara materializar prohibiendo, por un lapso de x años, el nuevo ingreso como alumnado universitario a personas de etnia caucásica. Pues bien, dado el ejemplo, no parecen poder albergarse dudas razonables acerca de cómo debería plantearse la existencia de alternativas – sustancialmente - menos gravosas para tratar de lograr el objetivo (constitucionalmente legítimo) de la ley; en consecuencia, por operatividad del subprincipio de necesidad, la restricción de derechos asociada a referida ley tendría que ser, sin lugar a dudas, calificable como injustificada, como inconstitucional. En definitiva, creo que resulta pacífico sostener que existen casos claros en los cuales la aplicación de tales subprincipios otorga racionalidad al acto de considerar como inadmisibles la restricción de derechos, por ello, la decisión en tal dirección tomada en el marco de estos casos claros, pacíficos o fáciles deberá ser considerada como correcta o justificada - como racional -, sin que pueda ser observada, en grado alguno, como una simple imposición de las personales asunciones o preferencias del juez. En conclusión, puede decirse, la operatividad de estos subprincipios nos permite arribar a algunas decisiones racionalmente justificables en caso de conflicto constitucional.

Dicho lo anterior, me interesa de manera esencial centrarme en determinar si el juicio de proporcionalidad en sentido estricto nos permite igualmente calificar a algunas decisiones, que se producen en caso de conflicto constitucional, como racionalmente admisibles. Esto es, si los elementos que componen la estructura de la ponderación nos permiten arribar a tal tipo de decisiones, a soluciones no irracionales o arbitrarias. Es decir, si nos permiten proceder con una construcción de una jerarquía axiológica, relación de prevalencia o revisión de los principios en juego que sea racionalmente justificable.

A tal efecto, en primer lugar, no cabe sino admitir que respecto de los elementos que componen la estructura de la ponderación se puede predicar una suerte de “límites racionales<sup>918</sup>”. Así, por lo que se refiere a la “ley de la ponderación” y a “la fórmula del peso”, resulta fácilmente constatable la existencia de los referidos límites<sup>919</sup>. En efecto, resulta manifiesto que no existe un criterio objetivo que nos permita determinar el peso que tienen los principios en la ley de la ponderación o el grado o cuantificación de las variables que conforman la fórmula del peso, esto es (y aquí invertiré el orden): i) el peso

---

<sup>918</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b.

<sup>919</sup> Límites racionales que de igual modo se pueden predicar respecto de las “cargas de la argumentación”, para cuyo examen remito al lector al trabajo de BERNAL PULIDO, 2003 b. No lo abordo de manera expresa en el cuerpo del trabajo porque no resulta un punto central en el mismo.

abstracto de los principios en conflicto; ii) el grado de afectación de los mismos en el caso concreto; iii) y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación.

(i) El *peso abstracto* de los principios en conflicto. Sobre los límites racionales asociados a la compleja cuestión relativa a la determinación del peso abstracto de los principios en conflicto, considero conveniente reproducir las siguientes palabras de Guibourg:

“La elección de la balanza como símbolo de la justicia es en verdad una tradición sensata: cuando se requiere pesar, el instrumento adecuado no es otro que la balanza. Pero las balanzas reales y materiales reciben pesos materiales en cada uno de sus platillos: el verdadero peso de una cosa puesta sobre un platillo es el resultado del peso específico de su material multiplicado por el volumen (en rigor, la masa) del objeto concreto. Ambos elementos son datos naturales y susceptibles de prueba: el plomo es más pesado que la madera, pero un milímetro cúbico de plomo es más liviano que un metro cúbico de madera; y cada paso de este argumento es perceptible por todos y puede ser probado a cualquiera que no crea en su verdad. De esta forma, la primera condición para la aplicabilidad práctica de la Fórmula del Peso es un medio común y susceptible de prueba para asignar un peso específico a cada principio, ya que los principios no son elementos materiales y su valor individual en comparación con el de otros no es evidente a la percepción material <sup>920</sup>”.

Del mismo modo, resulta interesante ver que es lo que García Amado escribe al respecto:

“Ponderar se parece más a sopesar que a pesar. (...). Supongamos que tengo un lápiz y quiero pesarlo para conocer su peso. Necesito: a) un instrumento de pesaje que b) aplique un patrón establecido (...). O tengo esa balanza que dé una información objetiva y fiable del peso de mi lápiz o no podré pesarlo. Puedo sopesarlo. Sopesar y ponderar son términos que funcionan como sinónimos a estos efectos. Sopesar mi lápiz significa que lo tomo en mi mano y hago un cálculo a ojo, siempre aproximativo. Es mi experiencia, mi sensibilidad y mi habilidad lo que me pone en situación de calcular con más o menos acierto el peso de tal objetivo, pero nunca voy a acertarlo con gramos o miligramos exactos. Ese

---

<sup>920</sup> GUIBOURG, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-guibourg-castellano.pdf>

sopesar puede acontecer de dos modos o por dos razones. Yo puedo tener un motivo o interés para saber cuál es el peso de mi lápiz. (...). Pero mi interés también puede ser (...) el de saber si mi lápiz pesa más que mi bolígrafo. (...). Si mi afirmación sobre el mayor peso del lápiz se apoya en que en mi mano lo sopesé y sopesé también el bolígrafo, ¿en qué situación estamos? ¿Podrá mi interlocutor preguntarme por qué mi sopesar da ese resultado y no otro? Sin duda podrá, pero únicamente cabe que yo responda que es lo que *me parece a mí* (...). Es decir, una impresión *puramente subjetiva*, como la que resulta al sopesar un objeto (o dos objetos comparativamente) *no es susceptible de ser justificada con más razones que razones personales*: lo que me parece, lo que siento, lo que opino...<sup>921</sup>”.

Pues bien, quizá la analogía que García Amado señala entre la ponderación y la actividad de “sopesar” sea adecuada. Así, según piensa asimismo Guibourg, no disponemos de un medio común y susceptible de prueba para asignar un peso abstracto a cada uno de los principios en conflicto, no por otro motivo sino porque los principios no son elementos materiales, esto es, entre otros extremos, no son elementos cuya comparación con otros principios nos sea evidente a la percepción material. Sin embargo, si aceptar lo anterior implica aceptar que únicamente contamos con razones de índole subjetivo (únicamente con pareceres, sentimientos u opiniones personales) para asignar el peso abstracto de los principios en pugna, esto último resulta incorrecto, se trata de una conclusión equivocada.

Puede de igual modo aceptarse - como continúa señalando Guibourg - que una primera condición para la aplicabilidad práctica de la fórmula del peso es la de contar con un medio común y susceptible de prueba para asignar un peso abstracto a cada principio; razón por la cual se crítica que Alexy no venga a proponer método alguno al respecto (¿cómo iba a poder hacerlo?): esto es, para adquirir el conocimiento de tales pesos abstractos, más allá de la referencia al discurso racional. Y ello, según Guibourg, resulta insuficiente por lo siguiente: si se describe el discurso racional como una especie de continente para el intercambio de buenos argumentos y, a su vez, se afirma que, sí pueden esgrimirse buenos argumentos en favor y en contra de una misma solución, cualquier decisión sería objetiva, si dos principios están en conflicto en un caso, y ello significa que cada uno de ellos puede ser defendido con buenas razones, en tal situación, cualquier

---

<sup>921</sup> ATIENZA; GARCÍA AMADO, 2012: 39-41. Las cursivas son añadidos míos.

solución es objetiva y racional, por lo que es preciso a) admitir que los dos principios tienen el mismo valor, o b) admitir que no hay un método (racional, objetivo) para establecer el valor diferente de cada uno de tales principios<sup>922</sup>.

Dicho lo anterior, o precisamente por ello, no cabe sino insistir en la inexistencia o indisponibilidad de un criterio objetivo para determinar el peso abstracto de los principios. En este sentido, como señala Bernal Pulido, debe admitirse que el peso abstracto de un principio es una variable muy singular que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria la toma de postura por parte del intérprete sobre diversos aspectos materiales. Por ello, no cabe sino reconocer que la fijación del peso abstracto presenta límites racionales que deparan un espacio de subjetividad o discrecionalidad del intérprete<sup>923</sup>. Ello, necesariamente, nos debe llevar a admitir que una completa graduación preestablecida de pesos abstractos, de todos y cada uno de los principios constitucionales, formulada en términos de la escala triádica, parece bien difícil, sino directamente imposible, sin dar entrada a la mencionada discrecionalidad o subjetividad. Ahora bien, pese a esto, considero que existen, por así decirlo, pesos abstractos, en relación a ciertos principios, “claros” o no seriamente discutidos. Por ejemplo, seguramente la idea de que el derecho a la vida tenga el valor más elevado (4) no se topa con franco desacuerdo al respecto; aunque ello, obvia decir, no nos exime de otras difíciles tareas como la de tratar de acordar cuando se entiende que se produce el inicio de ese derecho (¿tras la fecundación? ¿tras x meses de gestación? ¿tras el parto?<sup>924</sup>), tareas en las que, quizá o seguramente, de nuevo entra en escena la discrecionalidad del intérprete. Sin embargo, en los conflictos constitucionales en los que concurra el principio del derecho a la vida, frente a, pongamos por caso, el principio que consagra el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no será tan problemático, esto es, discutible y/o dependiente de asunciones plenamente subjetivas del intérprete, atribuir un mayor peso abstracto a uno de los principios concurrentes en conflicto, en este caso, al principio que consagra el derecho a la vida. Del mismo modo, debe señalarle la existencia de otro tipo de casos, en particular, de aquellos casos en los que el conflicto se da entre dos o más sujetos, pero respecto de un mismo derecho (*conflictos intra-derechos*). Pues bien, en este último tipo de casos, cabe decir, independientemente de que se considere que el hecho de

---

<sup>922</sup> GUIBOURG, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-guibourg-castellano.pdf>

<sup>923</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b.

<sup>924</sup> GASCÓN, 2016.

atribuir un mayor o menor valor o peso abstracto a los principios concurrentes termina siendo una actividad subjetiva o discrecional, en realidad, dado que en ellos el peso abstracto es igual por tratarse de un conflicto que versa sobre un mismo derecho, la fijación de dicho peso no será - a efectos prácticos - significativa para arribar al cociente resultado de la fórmula del peso, esto es, para entender justificado el resultado que arroje la ponderación<sup>925</sup>.

Por ello, en conclusión, creo que tiene sentido sostener que: i) la fijación del peso abstracto de los principios en pugna únicamente resultará significativa, a efectos de determinar la justificación del resultado de la ponderación, si el conflicto versa sobre distintos derechos (esto es, sólo en casos de *conflicto inter-derechos*), no sobre un mismo derecho imputable a dos o más sujetos (esto es, no en los casos de *conflictos intra-derechos*); ii) que, dado que no contamos con un criterio objetivo o intersubjetivamente válido para fijar el peso abstracto de los principios, en la apreciación del mismo, intervendrá la discrecionalidad o subjetividad del intérprete (es así que García Amado parece tener razón cuando expone la analogía entre “ponderar” y “sopesar”); iii) que, pese a lo anterior, existen casos claros en los que un principio posee un mayor peso abstracto que otro/s principio/s en pugna; esto es, que existen casos para los cuales, pese a la teórica discrecionalidad siempre asociable o predicable a la hora de fijar el peso abstracto de los principios, no parece plausible la existencia de desacuerdos significativos a la hora de atribuir un mayor peso abstracto a uno de los principios en pugna. En tales casos, pues, no parece tener sentido afirmar que la fijación del peso abstracto resulta plenamente dependiente de una irrestricta valoración subjetiva del juez, o sea, no parece descabellado sostener que, en los mismos, la teórica discrecionalidad desaparece o queda atenuada en buen grado, casi en su totalidad.

(ii) El *grado de afectación* de los principios en conflicto. Como continúa señalando Guibourg, con independencia de la cuestión relativa al peso abstracto, “parece imposible usar la balanza ideal de la justicia sin algún modo de determinar el peso concreto de cada principio envuelto en el caso<sup>926</sup>”, es decir, sin algún modo de determinar el grado de afectación para el caso concreto de cada uno de los principios en colisión.

---

<sup>925</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b.

<sup>926</sup> GUIBOURG, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-guibourg-castellano.pdf>

De nuevo, entra a operar la fórmula del peso. Dicha fórmula, como se ha visto, depende del peso de la interferencia con un principio que sea necesaria para satisfacer otro principio. Tal interferencia, afectación o no satisfacción puede calificarse, acorde con la expuesta escala triádica, como leve, moderada o intensa. A su vez, cada una de estas calificaciones, puede expresarse con un número (1, 2 ó 4). Ahora bien, el problema, también de nuevo, radica en que no contamos con método objetivo alguno para calificar la afectación o no satisfacción como leve, moderada o intensa<sup>927</sup>, más allá de la afirmación efectuada por Alexy según la cual resulta posible emitir juicios racionales sobre el grado de afectación de los principios en conflicto<sup>928</sup>.

Pues bien, otra vez, no queda sino reconocer como resulta patente que tampoco contamos con ese método objetivo para calificar el grado de afectación o no satisfacción de los principios en conflicto en el caso concreto, como leve (1), moderado (2) o intenso (4). Sin embargo, no creo que ello nos deba hacer concluir que, en cualquier caso, el intérprete siempre cuenta con absoluta discrecionalidad para acometer tal tarea. En efecto, creo que puede razonablemente defenderse la idea de cómo en ocasiones el grado de afectación de los principios en pugna en el caso concreto será determinable sin que dicha tarea venga directamente condicionada por un no constreñido juicio subjetivo del intérprete-decisor. Esto puede observarse adecuadamente a través de algún ejemplo, a tal fin, utilizaré uno ya expuesto<sup>929</sup>. Así, volvamos a imaginar que se produce la emisión de una noticia manifiestamente falsa (o no veraz), en el que se acusa a un ministro, a un catedrático de universidad o a un sacerdote, de pertenecer a una red que se dedica a la prostitución infantil. Pues bien, dado el ejemplo, de manera clara, podemos construir una graduación de los principios afectados, en este caso, el de la libertad de información y el del derecho al honor, según la cual no se considere – razonablemente - discutible determinar que se ha afectado de manera grave al derecho al honor (4), mientras que la afectación o satisfacción de la libertad de información se ha realizado – si es que puede decirse realmente que ha sido afectada o satisfecha en algún grado – de manera leve (1). Ejemplos como el señalado nos deben permitir ver cómo existen ciertos casos, calificuémoslos como fáciles o claros, donde no resulta discutible una cierta cuantificación del grado de afectación de los principios involucrados, es decir, donde la

---

<sup>927</sup> GUIBOURG, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexys-guibourg-castellano.pdf>

<sup>928</sup> ALEXY, 2002: 529 y ss.

<sup>929</sup> Extraído de MORESO, 2009: 105-106.

misma será aceptada de manera unánime (o cuasi unánime) por todos. Siendo esto así, tiene sentido afirmar como se da la existencia de casos para los cuales parece existir una clara línea que demarca las reconstrucciones o gradaciones de la afectación de los principios involucrados como admisibles o inadmisibles. Es por lo recién dicho que considero que Alexy tiene razón cuando nos dice que: “es posible encontrar algunos ejemplos fáciles en los que resulta plausible formular juicios racionales sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales y sobre los grados de realización de los principios, de tal modo que mediante la ponderación pueda establecerse un resultado de forma racional<sup>930</sup>”. Ahora bien, pese a ser cierto esto último, no puede obviarse como, junto a tales casos fáciles, también aparecerán casos difíciles, en los cuales será problemática o discutida cada una de las gradaciones relativas a la afectación de los principios involucrados en el conflicto. Para estos últimos casos, pues, precisamente por no contar con un instrumento que nos permita acometer tal tarea con absoluta objetividad, parece que no nos queda más que admitir el margen de discrecionalidad del que goza, o del que padece, el intérprete-decisor. Por ello, debe resaltarse de igual modo este límite racional a la caracterización alexyana de la ley de la ponderación y de la fórmula del peso.

(iii) La *seguridad de las premisas empíricas* relativas a la afectación de los principios en conflicto. Sobre este extremo, igualmente, como por ejemplo nos ilustra Bernal Pulido<sup>931</sup>, deben apreciarse límites de la racionalidad. Así, cabe señalar, la afectación de un principio, desde el punto de vista empírico, dependerá “de la mayor o menor eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la intervención que en él implique la medida enjuiciada en la ponderación. De esta manera, la afectación negativa y la satisfacción de los principios será mayor, cuanto mayor eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración ostente la medida examinada<sup>932</sup>”. Pues bien, aquí de nuevo, cabe decir, referidos límites racionales se dan porque tampoco existe un método objetivo en relación a la certeza de las premisas empíricas; y no cabe sino admitir que los conocimientos empíricos con los que pueda contar el intérprete son también limitados. Por otro lado, dichas limitaciones racionales también se encuentran relacionadas con la complejidad inherente a la combinación de todas y cada una de las anteriores variables. Pongamos un ejemplo del propio Bernal Pulido: “¿Cómo debe catalogarse, por ejemplo, la certeza de una

---

<sup>930</sup> ALEXY, 2002: 530.

<sup>931</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b, y 2003 a: 763 y ss.

<sup>932</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b.



premisa empírica cuya eficacia puede establecerse de forma plausible ( $\frac{1}{2}$ ), su rapidez de manera no evidentemente falsa ( $\frac{1}{4}$ ), su probabilidad segura (1), su alcance plausible ( $\frac{1}{2}$ ) y su duración segura (1)? Y, correlativamente, ¿será mayor esa certeza si a las mismas variables se les atribuyen los mismos valores de seguridad pero en un orden distinto: eficacia ( $\frac{1}{4}$ ), rapidez (1), probabilidad ( $\frac{1}{2}$ ), alcance (1) y duración ( $\frac{1}{2}$ )? En fin ¿cuál de estas variables es más determinante de la certeza, en definitiva?<sup>933</sup>. Por todo ello, cabe concluir que inevitablemente existirá un margen de discrecionalidad para el órgano aplicador en lo relativo a este extremo. Sin querer detenerme más en este punto, no obstante, creo que de nuevo resulta pertinente distinguir entre ciertos casos calificables como fáciles, o no francamente discutibles, en los cuales dicho margen de discrecionalidad asociado a la fijación de las premisas empíricas queda sustancialmente reducido, y aquellos casos difíciles en los cuales no cabe sino entender lo contrario.

Creo que no cabe hacer más hincapié en los límites de racionalidad presentes en la caracterización alexyana para fundamentar la siguiente. La fórmula del peso de Alexy, con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicadores, cocientes, etc., no es más que un uso metafórico del lenguaje – como el propio Alexy sostiene – que, en realidad, no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir mucho a la confusión, en tanto que ha llevado a pensar a muchos que la clave para justificar la construcción de los enunciados de preferencia radica en la fórmula en sí, y no en la atribución de los valores respectivos<sup>934</sup>. Por ello, creo que cabe entender que dicha fórmula más bien cumple un papel negativo, porque da una imagen de rigor y precisión a la que no puede llegarse. En todo caso, puede decirse, no parece aportar nada nuevo a la conceptualización del principio de proporcionalidad en sentido estricto – tal y como es utilizado por la mayor parte de las actuales Cortes o Tribunales Constitucionales -, que no presenta cuantificaciones susceptibles de ser usadas matemáticamente<sup>935</sup>. Y, en contra de esa conceptualización clásica, corre el riesgo de presentar como no discrecional lo que, sin embargo, sí lo es (en muchos casos).

Pese a lo anterior, sin embargo, no tengo intención alguna de sostener o defender lo subrayado por los escépticos de la ponderación o acabar, tras todo este recorrido, abrazando la tesis de la indeterminación radical desde la que se sostiene la OCM. Y es

---

<sup>933</sup> BERNAL PULIDO, 2003 b: 26.

<sup>934</sup> ATIENZA; GARCÍA AMADO, 2012: 20 y ss.

<sup>935</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007: 249; GASCÓN, 2016.

que, me parece crucial insistir como no siempre que debe acudir a la ponderación entra en escena un radical o un irrestricto subjetivismo o discrecionalidad del órgano aplicador, de tal modo que no nos quede otra alternativa más que la de asumir que dicho procedimiento conduce siempre a decisiones o soluciones no evaluables en términos racionales, no susceptibles de ser calificadas como correctas o incorrectas, tal y como quieren apuntar los escépticos de la ponderación y los valedores de la OCM.

Así, según he ido sosteniendo, creo en la existencia de casos para los cuales, al proceder a examinar si el grado de satisfacción del derecho, libertad o bien constitucional que prevalece compensa la restricción, menoscabo o lesión de otro derecho, libertad o bien constitucional, el margen de subjetividad que tiene el intérprete se encuentra sensiblemente restringido o cuasi ausente, dada la existencia de una nítida línea que demarca las respuestas o decisiones admisibles de aquellas que deben ser reputadas, simplemente, como inadmisibles. En tales casos, creo que cabe decir, la construcción de una jerarquía axiológica de los principios involucrados resulta, así, susceptible de previsión, evaluación y crítica racional. Existen por ello, de manera clara, decisiones justificables o injustificables, correctas o incorrectas, con independencia de cuales sean las personales asunciones valorativas del intérprete-decisor referidas al caso en cuestión.

Para insistir en la fundamentación de lo recién defendido, considero útil no perder de vista algo de lo que se dijo en el segundo capítulo. Así, una de las características de las disposiciones constitucionales por las que se vienen a reconocer los derechos y libertades fundamentales, consiste en la utilización de conceptos valorativos – enunciados a través de principios -. Del mismo modo, puede afirmarse como la utilización de tales conceptos valorativos por parte de los constituyentes implica, básicamente, una renuncia de los mismos a introducir propiedades puramente descriptivas en las normas constitucionales. Por ello, una de las consecuencias derivadas de la utilización de este tipo de conceptos resulta ser el que, para muchos de los casos en los que los mismos sean de potencial aplicación, existirán genuinos desacuerdos acerca de este tipo de conceptos. Privar a los presos de cigarrillos, hacerles compartir habitaciones con letrinas físicamente no separadas por pared alguna o restringirles la posibilidad de salir de la celda durante x tiempo, ¿constituyen ejemplos de tratos inhumanos o degradantes? Éstos, quizá, sean interrogantes cuyas respuestas vendrán directamente condicionadas por la concepción particular que se tenga acerca del concepto “trato inhumano o degradante”, y puede ocurrir que se dé la existencia de concepciones enfrentadas que arrojen respuestas

distintas y en fuerte controversia entre sí. Ahora bien, esto no nos debe hacer negar u olvidar que, junto a tales casos controvertidos, también se dará la existencia de un conjunto de casos que vienen a constituir paradigmas de la aplicación del concepto – casos claros o fáciles -<sup>936</sup>. Así, sin lugar a dudas, supone una instancia paradigmática del concepto de trato inhumano o degradante el marcar a hierro candente a los presos o el atarles con cadenas a una pared. Por ello, estas instancias paradigmáticas no se topan con franco desacuerdo de ninguna de las concepciones que pivotan alrededor del concepto. Pues bien, en esencia, considero que las consecuencias derivadas de la reconstrucción de tales paradigmas de aplicación se hacen extensibles también a la construcción de una jerarquía entre los principios que aparecen en conflicto en el contexto de tales casos.

Tal vez lo que acabo de expresar parece decir bien poco, pues, si lo que estoy afirmando es únicamente que la actividad del intérprete es “no discrecional” sólo en el caso de que nos encontremos ante casos fáciles (reducibles a los casos paradigmáticos), podrían plantearse dos objeciones muy básicas: i) en realidad, la calificación de un caso como fácil es siempre un tanto arbitraria, pues el intérprete siempre podrá tomar en consideración alguna propiedad adicional a la hora de proceder con el juicio de valor comparativo de los principios en conflicto, con lo que, en consecuencia, el caso puede pasar a ser calificado como difícil; ii) independientemente de lo anterior, o por ello, únicamente podría trazarse una línea entre revisiones admisibles o inadmisibles de los principios en conflicto para unos pocos casos, quizá, para un puñado de casos aislados, es decir, sólo para aquellos que – sólo - en última instancia puedan ser reputados como fáciles. ¿Son estas objeciones rebatibles o definitivas?

Al exponer la manera que tenemos de enfrentar las críticas particularistas y/o escépticas respecto de la ponderación, se vio como ello únicamente resulta posible articulando genuinos sistemas normativos “de conflicto” que prevean soluciones, en forma de reglas – compatibilizando de este modo a la ponderación como paso previo de la subsunción -, para todos y cada uno de los casos genéricos de conflicto que puedan plantearse en relación a los principios tomados como referencia, debiendo tener en consideración, para poder cumplir este objetivo, a todas las propiedades potencialmente relevantes, gracias a las cuales, precisamente, poder construir el universo de casos definitivo. A su vez, como puede apreciarse con cierta facilidad, para que podamos

---

<sup>936</sup> RÓDENAS, 2012: 30; MORESO, 2009.

observar a este objetivo como un objetivo plausible, debe admitirse, al menos desde un plano ideal, la posibilidad de que el conjunto de propiedades que puedan ser consideradas como potencialmente relevantes sea limitado o finito; pues de lo contrario nunca llegaremos a una tesis de relevancia última, con la que efectuar una genuina revisión estable de nuestros principios o con la que poder crear un sistema normativo de conflicto completo y consistente. Pero, si se recuerda, di un paso más, y señalé como esta posibilidad no parece operar sólo en un plano ideal, sino que afirmé cómo, *de facto*, el conjunto de propiedades que tomamos como potencialmente relevantes es – considerado como - limitado o finito. Ejemplifiqué esta tesis aduciendo cómo, dado el aludido conflicto constitucional entre el derecho a la libre información y el derecho al honor, a la hora de ofrecer solución al mismo, poco parece importar si la persona insultada tiene o no el cabello oscuro o si prefiere el refresco o la cerveza. De ser esto cierto, pues, el conjunto de propiedades adicionales – relevantes - que pueden ser observadas en el caso – fácil – en el cual un periódico publica una noticia mediante insultos innecesarios dirigidos frente a una persona en particular, no es infinito; es posible acotar el mismo. Por ello, en definitiva, considero que los casos fáciles no son susceptibles de mutar con asiduidad, tal y como parecen pensar algunos escépticos, en casos difíciles. Del mismo modo, una vez contamos con una tesis de relevancia racionalmente fundada (sino definitiva si, al menos, - muy – estable), no resulta cuestión cotidiana desafiar la jerarquía axiológica o reformulación de los principios involucrados. Siguiendo con el caso ejemplificado, no resultará así probable – antes, al contrario – considerar que, para las informaciones vertidas sobre personas y emitidas en un periódico mediante insultos innecesarios, el derecho a la libre información llegará en algún momento a prevalecer sobre el derecho al honor, en una nueva reformulación o jerarquización de tales principios.

Por su parte, tal y como he ido afirmando a lo largo del trabajo, una de las características de nuestras declaraciones de derechos constitucionales radica en que los mismos aparecen reconocidos mediante principios, esto es, de un modo *prima facie*. Precisamente, este es uno de los motivos por los cuales se dan numerosos casos de conflicto constitucional. Sin embargo, me parece importante no perder de vista como no son pocas las voces que vienen a recordarnos que la mayor parte de estos conflictos pueden ser reconducidos a una solución – en algún sentido – “clara”. Así, por citar a algunas de estas voces, Dworkin nos vino a insistir como la mayor parte de las veces en

que los jueces han de interpretar y aplicar la Constitución es en el contexto de casos fáciles, no de casos difíciles<sup>937</sup>. En una línea parecida, por su parte, Moreso señala con acierto como los desacuerdos existentes acerca de cómo resolver algunos casos de conflicto constitucional se contextualizan en un marco de acuerdo general sobre cómo resolver la mayor parte de ellos<sup>938</sup>. Estas afirmaciones, por cierto, no implican a su vez afirmar o dar carta de legitimidad para que los jueces estén constantemente interviniendo en la resolución de los mismos. De hecho, cabe observar, en nuestras actuales *praxis* constitucionales los jueces no vienen a intervenir constantemente en tal tarea. A título de ejemplo de lo recién indicado, puede traerse de nuevo a colación el último informe disponible correspondiente a la memoria anual del Tribunal Constitucional español. Así, según consta en citado informe, a lo largo de todo el transcurso del año 2015, este tribunal sólo declaró la inconstitucionalidad – total o parcial – de 25 preceptos legales estatales; cantidad respecto de la cual tiene sentido afirmar que supone un número sensiblemente reducido, si nos atenemos a los números resultantes del global de la producción legislativa.

A mi modo de ver, el dato recién expuesto sólo puede ser explicado si somos capaces de comprender o de no olvidar – tal y como ha venido insistiendo en los últimos años Oliver Lalana – que: “las Constituciones también las interpretan legisladores, y a menudo las leyes encierran decisiones interpretativas sobre textos constitucionales<sup>939</sup>”. Traducido en los términos que he venido empleando, en consecuencia, no debemos olvidar que nuestros legisladores también ponderan<sup>940</sup> y, por cierto, que lo hacen de manera constante. Es así cómo, a su vez, podemos comprender que la inmensa mayoría de conflictos entre principios constitucionales encuentran su solución en sede legislativa. En este sentido, pues, resulta importante no perder de vista la reflexión ya citada de Guastini: “en realidad, cualquier ley que imponga una obligación a los ciudadanos, con la finalidad de concretizar uno u otro principio constitucional, se traduce en una limitación de algún derecho constitucional de los propios ciudadanos y, por tanto, en un conflicto con algún (otro) principio constitucional<sup>941</sup>”. Es decir, nuestros legisladores operan, en el marco de aprobación o promulgación de cualquier ley, sobre un escenario de constantes

---

<sup>937</sup> DWORKIN, 1996. Obvio aquí la tesis de Dworkin según la cual la distinción entre casos fáciles y difíciles no tiene mucho sentido o razón de ser.

<sup>938</sup> MORESO, 2009: 271.

<sup>939</sup> OLIVER LALANA, 2016.

<sup>940</sup> GASCÓN, 2016.

<sup>941</sup> GUASTINI, 2010: 86 y 87.

conflictos constitucionales. Por ello, de manera necesaria, aunque puede que, al menos en algunas ocasiones, no consciente o deliberada, efectúan una interpretación acerca del contenido constitucional, a raíz de la cual realizan una ponderación entre los principios constitucionales involucrados, y todo ello como paso previo a la promulgación de cualquier ley.

Adicionalmente, en línea con lo sostenido, cabe plantear como no resulta desafortunado afirmar que, al menos, algunos de estos casos de conflicto constitucional subyacentes a toda ley resultan, en cierto sentido, claros en cuanto a su solución (por ser reconducibles a instancias paradigmáticas), y el legislador opera con normalidad ofreciendo o adoptando la respuesta correcta frente a los mismos<sup>942</sup>; a través de leyes que deben ser entendidas como las reglas que surgen de las relaciones de prevalencia entre principios constitucionales involucrados – o como normas de derechos fundamentales adscritas<sup>943</sup> – construidas o articuladas por nuestros representantes democráticos. Y, quizá por ello, no resulta del todo descabellado aceptar que este sea en realidad todo el contenido regulativo que nuestras Constituciones imponen al legislador. Creo, de hecho, que esta es la línea que vienen a defender Moreso cuando señala lo siguiente: “el debate que existe (...) acerca del significado de las cláusulas constitucionales que autorizan al legislador a desarrollar los derechos fundamentales con el límite del respeto a su *contenido esencial* tal vez pueda ser comprendido así: el legislador puede desarrollar legislativamente el contenido de un derecho siempre que dicha regulación no excluya del ejercicio del derecho los casos considerados como paradigmáticos<sup>944</sup>”. Esto, por último, a su vez nos puede hacer ver cómo los jueces constitucionales deben operar en un marco general de deferencia hacia el legislador en la regulación de las cuestiones ius-fundamentales, tal y como sucede en la mayor parte de nuestras realidades constitucionales, salvo, en principio, cuando el mismo vulnera el contenido esencial – así comprendido – de nuestros derechos y libertades fundamentales<sup>945</sup>; escenario en el cual tiene pleno sentido observar a nuestros jueces como necesarios órganos de control en aras

---

<sup>942</sup> Al menos en sociedades en las que pueda predicarse una cultura política de respeto hacia nuestros derechos y libertades fundamentales y el legislador funcione de una forma razonablemente correcta. Recuérdese, dos de las condiciones que WALDRON, 2006 o 2015 afirma como necesarias para sostener la OCM frente a nuestros jueces constitucionales.

<sup>943</sup> ALEXY, 1985: 78-79.

<sup>944</sup> MORESO, 2009: 329.

<sup>945</sup> Cuestión que, repito, no constituye algo habitual en el seno de sistemas jurídico-políticos en los que exista una cultura de respeto hacia los mismos y sus instituciones representativas funcionen de una manera razonablemente correcta.

a materializar la propia normatividad constitucional. En buena medida, esta suerte de armonización entre la libertad o discrecionalidad legislativa y el papel de necesario control que deben ejercer nuestros jueces, en última instancia, nos puede servir para justificar en términos – normativos y - democráticos el rol que hayan de desempeñar los jueces en nuestros sistemas constitucionales. Por ello, quizá, la justificación normativa de la justicia constitucional, en el marco de un sistema democrático, puede darse en tanto nuestros jueces, en principio, sólo “rompan” esa deferencia frente al legislador en el supuesto de encontrarse ante casos de conflicto constitucional para cuya solución no exista margen u oportunidad para que los mismos puedan desempeñarse como una especie de contrapoder político al legislador democrático, esto es, sólo en el trasfondo de casos reconducibles a instancias paradigmáticas de nuestros derechos y libertades que hayan sido indebidamente afectados por la regulación legislativa. Con ello, en definitiva, parece quedar en gran modo atenuado el gran temor que genera tantas adhesiones a la OCM, pues, en gran medida, desaparece el riesgo de que, siendo así las cosas, acabemos siendo rehenes de una despótica e irrestricta voluntad de los jueces.

Ahora bien, ¿qué sucede con aquellos conflictos constitucionales que llegan a sede judicial y no pueden ser reconducibles a casos paradigmáticos, pacíficos o fáciles<sup>946</sup>? En tales casos, cabe admitir, la OCM parece tener más visos de pertinencia o aceptabilidad, y los escépticos de la ponderación parecen, al menos en principio, no estar del todo desencaminados en sus dos tesis básicas: a) la presencia de principios constitucionales, entre otros motivos, debido a su constante colisión con otros principios, contribuye a una falta de certeza o de seguridad jurídica<sup>947</sup>; b) la resolución de esos conflictos da entrada a la imposición del personal punto de vista ideológico/político del órgano aplicador.

Así, respecto del hecho de que, cuando nos situamos en el contexto de casos difíciles, los principios constitucionales contribuyen a la falta de determinación o certeza

---

<sup>946</sup> Esto es, y manejando con cierta libertad – tal y como he venido haciendo – la terminología, ¿qué ocurre con los casos difíciles o muy difíciles (o, incluso, con los casos trágicos – ATIENZA, 1997 -) en materia de interpretación constitucional?

<sup>947</sup> La cuestión de cuando se pueda predicar un mayor o menor grado de seguridad jurídica, si en presencia o en ausencia de principios, resulta, no obstante, una cuestión controvertida. En este sentido, por ejemplo, ver LIFANTE, 2013. Sin pretender entrar en consideración exhaustiva sobre este punto, me limito a señalar en el cuerpo del texto cómo, en principio, parece que debemos dar la razón a aquellos que sostienen que la presencia de principios, su operatividad, etc., contribuye a un menor grado de certeza, entendida ésta como la previsibilidad *ex ante* acerca de cuál será la solución jurídica a adoptar. Soy consciente de que lo anterior es susceptible de muchos y poderosos matices, pero, y teniendo en consideración que estoy reflexionando sobre el contexto de los casos difíciles, concluiré en este punto dando la razón parcial a los escépticos de la ponderación, pues, en principio debe entenderse que los conflictos entre principios en el contexto de casos difíciles son contribuyentes a aludida falta de previsibilidad *ex ante*.

en el Derecho, cabe admitir que los escépticos de la ponderación parecen tener parte de razón sobre este extremo. En efecto, en supuestos controvertidos, parece innegable la presencia de un cierto amplio grado de discrecionalidad del intérprete o aplicador y, en consecuencia, de cierta falta de previsibilidad *ex ante* en torno a cómo será resuelto el conflicto<sup>948</sup>. No es este, sin embargo, el lugar pertinente para proceder con un estudio de detalle sobre esto último; por lo que aquí me limitaré a introducir una breve anotación al respecto. En este sentido, simplemente quiero recalcar lo siguiente: creo que sobre este extremo las reflexiones de Dworkin, en torno a la idea de comunidad de principio y a su propia concepción del Derecho como integridad, no caen en saco roto. En particular, creo que resulta pacífico sostener que a los jueces constitucionales se les exige un cierto respeto por la integridad para con la práctica jurídica existente, para con la práctica constitucional que les precede y en la que se enmarca su actividad, muy especialmente en el contexto de los casos difíciles. Así, según señalara Dworkin, no puede pasarse por alto como: “la justificación – de sus decisiones – no necesita adaptarse a cada uno de los aspectos o características de la práctica permanente, pero sí lo suficiente para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventado una nueva<sup>949</sup>”. Por ello, puede decirse sin temor a dudas, parece claro como la interpretación constitucional es disciplinada por el requerimiento de una mínima *integridad constitucional*<sup>950</sup>. En este sentido, entendemos que la actividad que desempeñan nuestros jueces constitucionales no puede guiarse exclusivamente por meras preferencias ideológicas. Por ello, esta exigencia de una mínima integridad - en el ámbito de la adjudicación - impide así, en no poca medida, que nuestros jueces se comporten de un modo “caprichoso o arbitrario”, aun cuando en la comunidad política de que se trate existan desacuerdos, más o menos profundos, a propósito de cuáles son precisamente las

---

<sup>948</sup> Aunque, sin embargo, aún en tales casos, siempre será posible acotar un elenco limitado de posibles respuestas argumentativamente bien fundamentadas dentro de la Constitución; es decir, no será válida cualquier respuesta, las mismas serán, necesariamente, finitas.

<sup>949</sup> DWORKIN, 1986: 58.

<sup>950</sup> Cómo escribía Dworkin: “Los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las abstractas cláusulas morales como expresando un juicio moral particular, sin importar qué tanto esa opinión les pueda atraer, salvo que la encuentren consistente en principio con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y además con las líneas dominantes de la interpretación constitucional del pasado de otros. Deben considerarse a sí mismos como socios de otros oficiales (otras autoridades), pasados y futuros, quienes conjuntamente elaboran una moralidad constitucional coherente, y deben cuidar de ver qué aquello que contribuyen encuadre (*fits*) con el resto. (He dicho en otra parte que los jueces son como los autores que conjuntamente crean una novela en serie en la cual cada uno escribe un capítulo que tiene sentido como parte de una historia como un todo.) DWORKIN, 1996.



exigencias derivadas de los derechos en conflicto<sup>951</sup>. Creo, en consecuencia, que esto nos permite poder extraer algún grado, por mínimo que este sea, de previsibilidad *ex ante* respecto de posibles soluciones a los conflictos constitucionales, aun cuando los mismos sean calificables como casos difíciles.

Directamente relacionado con lo anterior, respecto de la consideración de que en los casos de conflicto constitucional calificables como difíciles se acaba dando entrada o pie a la imposición del personal punto de vista ideológico o político del órgano aplicador, dado el amplio margen de discrecionalidad con el que parece contar a la hora de resolver tales conflictos, creo que, de nuevo, cabe admitir que los escépticos de la ponderación parecen poder llevar algo de razón en este punto. Sin embargo, esto resulta susceptible de evidentes matizaciones. Así, parece pacífico aceptar como no cualquier argumento, a la hora de construir una tesis de relevancia u ordenar los principios en conflicto, puede ser considerado como válido. Existen límites o exigencias del discurso racional que claramente constriñen este tipo de actividades, aún (o especialmente) en el supuesto de los casos especialmente controvertidos. A su vez, cabe volver a traer a colación la idea de cómo no puede olvidarse que el juez se encuentra constreñido en su actividad por la obligación de guardar una cierta coherencia, por mínima que esta sea, para con los precedentes, el global de la praxis jurídica y/o constitucional, etc., por ello, cabe afirmar, el juez no ostenta, por lo general, una libertad de actuación o elección al grado que la pueda ostentar el legislador. Ahora bien, presentados estos matices, parece resultar cierto que, por muy diversos motivos (la inconmensurabilidad de los valores en conflicto, tesis de relevancia no privilegiadas, etc.), en el supuesto de los casos difíciles o controvertidos el juez goza o padece de un margen de discrecionalidad. Ello es debido a que, si así se quiere plantear, se presentarán ante él un elenco de opciones plausibles o admisibles a la hora de dar solución al conflicto constitucional y, entre las mismas, debe elegir. Y es, precisamente, en ese acto de elección donde puede haber lugar para una posible “imposición” de su personal punto de vista o de su posición ético-política. En por ello que los defensores de la OCM observan, al menos para tales casos, al juez constitucional como una suerte de contrapoder político al legislador democrático, pues, puede sostenerse, es en este escenario en el que se viene a subrayar como la adscripción ideológica o política del juez, en uno u otro sentido, opera un papel relevante en el

---

<sup>951</sup> SANTOS PÉREZ, 2003.

desempeño de su propia actividad. En conclusión, debemos aceptar como para tales supuestos la OCM no parece resultar del todo desenfocada, por lo que cabe tomarla muy en serio y darle el peso que se merece.

Es por lo recién expuesto que, un poco más arriba, señalaba lo acertado de las reflexiones de Moreso, según las cuales, en principio, debe otorgarse libertad o discrecionalidad al legislador para desarrollar nuestros derechos y libertades constitucionales, siempre y cuando en la regulación de los mismos no se acabe afectando indebidamente a su contenido esencial, entendido este como aquellas instancias paradigmáticas de ejercicio o de aplicación del derecho en cuestión. Por ello, compartiendo el enfoque de Moreso, puede concluirse como, en principio, en aquellos casos de conflicto constitucional fuertemente controvertidos (o no reconducibles a instancias paradigmáticas o no discutidas), los jueces no deben entrometerse en el ámbito de libertad legislativa, dada la innegable fuerza del principio democrático, en base al cual, parece razonable confiar en la especificación y desarrollo de los derechos llevada a cabo por nuestros representantes democráticos<sup>952</sup>.

Creo que - *grosso modo* - lo mismo que acaba de apuntarse puede sostenerse desde el entramado teórico de Alexy. Así, en los términos del autor germano, podríamos decir que cuando nos encontremos ante conflictos constitucionales de muy difícil resolución, deberemos operar con ciertas *cargas de argumentación*<sup>953</sup>. En particular, deberá entenderse que, ante este tipo de situaciones o de conflictos, debemos operar con un notable grado de deferencia al legislador democrático, y cualquier solución que se oponga a esta deferencia, deberá asumir el peso de presentar argumentos (la carga de la argumentación), lo suficientemente sólidos, para tratar de hacer ver cómo, para el caso en cuestión, esta deferencia debe o tiene que entenderse como derrotada.

En definitiva, pues, podemos concluir como tomarse en serio a la OCM, y al propio principio democrático, *prima facie*, ha de llevarnos a defender un amplio grado de deferencia hacia las leyes emitidas por nuestros representantes democráticos, al menos, cuando a las mismas subyacen conflictos constitucionales de muy difícil resolución o genuinamente controvertidos. Del mismo modo, creo que ésta es la razón que explica el

---

<sup>952</sup> MORESO, 2009: 329. Creo que lo mismo es sostenido por HIERRO, 2016: 203, cuando señala que: “allí donde la Constitución admite cualquier margen de interpretación, cualquier alternativa racional – planteada por el legislador – es constitucional”; el contenido entre guiones es añadido mío.

<sup>953</sup> BERNAL PULIDO, 2003 a: 789 y ss., y 2003 a.

porque algunos autores han tratado de analizar, exponer o defender cuál sea el mejor diseño institucional concebible en aras a hacer valer o garantizar esta deferencia hacia el legislador<sup>954</sup>. En este sentido, por ejemplo, podría parecer razonable, con el objetivo de “obligar” a nuestras Cortes o Tribunales constitucionales a respetar el ámbito de discrecionalidad legislativa, exigir mayorías muy cualificadas o, incluso, la unanimidad entre sus magistrados, como requisito previo y preceptivo para decretar la inconstitucionalidad de una ley emanada del Parlamento. De este modo, tal vez, nos aseguraríamos el que las Cortes o Tribunales constitucionales sólo anularán las leyes aprobadas por nuestros representantes cuando sin ningún género de duda, rotunda y tajantemente, puede afirmarse que se ha vulnerado un derecho o bien constitucional y, en todo caso, no cuando existan dudas, controversias o discrepancias, por mínimas que éstas sean, sobre ello. Sin embargo, de un modo deliberado, optaré aquí por no hacer referencia a posibles diseños institucionales en aras a tratar de salvaguardar esta exigencia de deferencia hacia el legislador, por motivos tales como mi temor por tratar de fundamentar en términos abstractos algún tipo de reforma institucional que resulte desafortunada para no pocas de nuestras realidad políticas, pues, como bien sabemos, cualquier cuestión de política institucional debe ser formulada desde su adecuación tanto en términos absolutos como contingentes, en función de cuál sea la concreta realidad sobre la que se pretende proyectar con visas de resultar medianamente operativa o funcional. Ello, de manera clara, exigiría por mi parte un estudio de campo respecto del que considero no es este el lugar pertinente. A lo anterior se suma otro motivo, y es que, en particular, temo que reformas institucionales tendentes a asegurar la deferencia hacia el legislador, en caso de que existan dudas acerca de cómo dar solución a un conflicto constitucional, quizá, harían operar esta deferencia de un modo deontológico o excesivamente rígido. Sin embargo, en contra de ello, creo que existen buenos argumentos para sostener que esta deferencia no debe operar siempre, sin excepciones o al modo de una regla inderrotable. En esta dirección, Ferreres se ha encargado de demostrar, con muy buenas razones, como más bien debemos defender que la deferencia hacia el legislador funcione al modo de una suerte de *presunción*<sup>955</sup>. Por ello, no me parece tarea ociosa el pasar revista a la tesis de Ferreres, para ver cuándo, cómo y hasta dónde debe operar la presunción de constitucionalidad de la ley.

---

<sup>954</sup> Ver por ejemplo LINARES, 2008.

<sup>955</sup> FERRERES, 1997.

#### 4. La presunción de constitucionalidad de la ley.

Ferreres ha llevado a cabo una magnífica sistematización de los grandes bloques de argumentos que se pueden poner sobre la palestra para defender la presunción de constitucionalidad de la ley. En tal sentido, lo primero que debemos entender es cómo dicha presunción opera del siguiente modo: quién sostenga que una determinada norma infra-constitucional es incompatible con una norma constitucional<sup>956</sup>, debe demostrar que dicha incompatibilidad se produce dada la correcta interpretación tanto del texto de la ley, como del texto de la Constitución. Por ello, lo que la presunción citada vendría a imponer es que, ante cualquier duda acerca de la interpretación correcta de uno u otro texto, se resuelva a favor de la constitucionalidad de la ley: *in dubio pro legislatore*.

Así, las dudas pueden suscitarse respecto de la adecuada interpretación de la ley o de la Constitución, por ello, cabe diferenciar entre: (a) los casos en los que no queda claro que norma expresa la ley, si N<sub>1</sub>, que se reputa como constitucionalmente admisible, o N<sub>2</sub>, que se reputa como constitucionalmente inadmisibles, para los cuales, en vistas de citada presunción, entra a operar la doctrina de la “interpretación conforme de la ley con la Constitución” (escogiendo N<sub>1</sub> en detrimento de N<sub>2</sub>)<sup>957</sup>; y (b) los casos en los que existen dudas acerca de qué norma expresa el texto constitucional, si N<sub>1</sub>, atendiendo a la cual la ley se reputa como constitucional, o N<sub>2</sub>, atendiendo a la cual la ley se reputa como inconstitucional. Pues bien, para tales supuestos controvertidos, lo que la presunción de constitucionalidad estará exigiendo del juez es que escoja la norma N<sub>1</sub>, esto es, aquella que no repute como inconstitucional a la ley emanada del legislador democrático. Por citar un autor relevante, puedo reproducir las palabras de De Otto acerca de este tipo de supuestos:

“De que la ley sea expresión de la voluntad popular deriva la consecuencia de que opere en su favor una presunción de legitimidad constitucional, en virtud de la

---

<sup>956</sup> Lo cual puede en muchas ocasiones traducirse a un caso de conflicto constitucional, en tanto detrás de cada norma infra-constitucional se puede buscar un principio constitucional que opera a modo de razón o justificación subyacente, con lo cual se produce el conflicto frontal entre dos principios: aquel que justifica la ley y aquel principio constitucional que se considera infringido por la ley. A título de ejemplo ver GASCÓN, 2016.

<sup>957</sup> Por otro lado, como nos indica GUASTINI, 2003: 57, esta doctrina o este tipo de interpretación de la ley está bien presente y es uno de los rasgos característicos de aquellos Ordenamientos Jurídicos que pueden decirse “constitucionalizados”.

cual sólo procederá declarar su inconstitucionalidad cuando se haya producido una clara e inequívoca colisión con la norma constitucional<sup>958</sup>”.

Centrándome de manera especial en el segundo tipo de supuestos, traduzcamos lo dicho a los términos que he venido empleando. Supongamos que se da el siguiente conflicto constitucional:

- El principio constitucional P<sub>1</sub> permite *prima facie* para el caso C la conducta Y.
- El principio constitucional P<sub>2</sub> prohíbe *prima facie* para el caso C la conducta Y.
- El legislador ha promulgado una disposición normativa (una ley), de la que se extrae la norma X, según la cual, para el caso C, Y está permitido.
- Por ello, se produce un conflicto entre la norma legislativa X y el principio constitucional P<sub>2</sub>.
- Dicho conflicto se traduce en un conflicto constitucional entre P<sub>1</sub> y P<sub>2</sub> para el caso C.
- Del caso C, se extraen las propiedades relevantes (A<sub>1</sub>, A<sub>2</sub>, A<sub>3</sub>, etc.) a partir de las cuales se procede con la revisión de los principios P<sub>1</sub> y P<sub>2</sub> para llegar a determinar una respuesta que establezca si en el caso C la conducta Y está constitucionalmente permitida o prohibida.
- La solución al conflicto constitucional resta indeterminada, siendo por tanto un caso difícil, pues, por el motivo que fuere, no parecen haber razones concluyentes para optar por una u otra solución, esto es, por optar entre (P<sub>1</sub> P P<sub>2</sub>) C o (P<sub>2</sub> P P<sub>1</sub>) C.

Pues bien, en casos como este, la presunción de constitucionalidad de la ley lo que debe determinar es que el juez sea deferente con la decisión legislativa, esto es, dado el ejemplo, que entienda como constitucional la norma legislativa por la que se permite la conducta Y para el caso C - lo que puede traducirse a su vez, en el ejemplo planteado, como decidir (P<sub>1</sub> P P<sub>2</sub>) C -.

---

<sup>958</sup> DE OTTO, 1996: 148 – citado por FERRERES, 1997 -.

#### **4.1. Argumentos en favor de la presunción de constitucionalidad de la ley: el valor epistémico del proceso legislativo, la corregibilidad de los errores y la igual dignidad política.**

Llegados a este punto, cabe destacar que son abundantes los argumentos que pueden darse en favor de la presunción de constitucionalidad de la ley (en aquellos supuestos en los cuales la interpretación constitucional resulte controvertida). Es por ello que adquiere un especial valor la excelente síntesis que Ferreres hace de los mismos<sup>959</sup>. Por cuestión de espacio (y, evidentemente, porque no podría reconstruirlos mejor que él), optaré por remitirme directamente a la propia síntesis del autor recién señalado y, sin ser este el lugar adecuado para detenerme en su análisis en detalle, me daré por satisfecho ofreciendo una breve reseña de los tres principales argumentos que coloca sobre el tapete. Tales argumentos son los siguientes:

a) El *argumento epistémico*: que implica que debe presumirse la constitucionalidad de la ley porque, en la medida en que la misma haya sido aprobada por nuestros representantes democráticos, tras la oportuna deliberación, escuchando y reflexionando sobre todos los puntos de vista implicados y de los afectados, etc., la solución que el legislador haya alcanzado, dando solución al conflicto que la subyace, tendrá una mayor probabilidad de ser correcta<sup>960</sup> que la solución que pueda alcanzar el juez en la “soledad” de su despacho<sup>961</sup>.

b) El argumento de la *corregibilidad de los errores*: este argumento nos lleva a concluir que resulta adecuado presuponer la constitucionalidad de la ley en casos controvertidos, en tanto que, en el marco de sistemas de justicia constitucional de control

---

<sup>959</sup> FERRERES, 1997: Capítulo V.

<sup>960</sup> Ver NINO, 1992. Sin embargo, para que la democracia pueda cumplir este mayor valor epistémico se requieren de ciertos derechos *a priori*. NINO, 1992: 209. El primer problema que deriva de esto es cómo deslindar la extensión de los derechos *a priori* respecto de los derechos *a posteriori*. Nino, como apunté, considera que el control judicial de constitucionalidad es un caso claro de elitismo epistémico, y va en contra de su visión, el constructivismo epistémico. Por ello Nino sostiene que los jueces deberían deferir su juicio al juicio colectivo expresado por la decisión democrática. Ahora bien, en caso de que no se respeten los derechos *a priori*, los jueces no tienen por qué restar deferencia a las decisiones legislativas a la hora de interpretar los principios contenidos en la Constitución. Ésta es, como igualmente se señaló, la primera excepción que Nino admite respecto del control judicial de constitucionalidad. Pero, recuérdese, Nino establece también una segunda excepción, el legislador no puede imponer una ética perfeccionista (NINO, 1992: 697-701) y una tercera excepción, que está relacionada con la necesidad de asegurar la continuidad de la práctica constitucional, pues esta continuidad es condición para la eficacia y operatividad del proceso democrático (NINO, 1992: 702).

<sup>961</sup> Este argumento o tesis de que los jueces toman sus decisiones en la “soledad de sus despachos”, absolutamente absortos de la realidad social y política en la que se insertan, me parece desde luego sensiblemente débil, más bien, notoriamente errado. Sin embargo, no volveré a hacer hincapié sobre este punto.

abstracto y/o concentrado, si el juez constitucional declarara constitucional (válida) una ley que en realidad, según posteriormente se manifiesta mediante argumentos ulteriores, es inconstitucional, existe la posibilidad de invalidarla en momentos posteriores<sup>962</sup>; pero el hecho inverso provoca consecuencias más drásticas, esto es, si se declara inconstitucional una ley que posteriormente se demostró que era constitucional, dicha declaración tiene efectos prácticos irreversibles, en tanto habrá supuesto la “expulsión” de la norma del Ordenamiento Jurídico.

c) El argumento de la igual *dignidad política*: por el que se vendría a exigir la presunción de constitucionalidad de la ley apelando al valor de la igualdad y/o de la autonomía política de todos los miembros del cuerpo político. En efecto, - tal y como se expuso de la mano de Bovero<sup>963</sup> -, a la hora de analizar el fundamento y la naturaleza de la democracia debe acudir a dos nociones primarias, como son el respeto o consagración de la igualdad y la libertad de todos los ciudadanos. En particular, de la igualdad entre todos los destinatarios de las decisiones políticas en el derecho-poder de contribuir a la formación de las decisiones mismas. Igualdad que, recuérdese, se fundamenta en el principio de igual consideración y respeto, según el cual debemos tratar a las personas como iguales en su capacidad para formar y revisar concepciones de la justicia que indiquen cómo deben ser resueltos los conflictos intersubjetivos<sup>964</sup>. Y de la libertad individual entendida como capacidad (subjetiva) y oportunidad (objetiva) de la decisión racional autónoma del ciudadano en materia política; una libertad como autonomía (política), esto es, como capacidad individual de selección y decisión políticas, que subsiste cuando el ciudadano no sufre condicionamientos tales que determinen desde el exterior su voluntad, volviéndola heterónoma. Pues bien, puede decirse que la mejor manera de consagrar o garantizar el respeto por tales valores es que las decisiones políticas de la comunidad sean adoptadas por los representantes democráticos mediante

---

<sup>962</sup> FERRERES, 2011: 36.

<sup>963</sup> BOVERO, 2002 a.

<sup>964</sup> Como señala Bovero: la igualdad democrática consiste en “la igual distribución de poder de decisión colectiva entre todos los individuos miembros de la colectividad a los que las decisiones se encuentran dirigidas, justificada por el reconocimiento (o presuposición) de que todos los individuos son iguales en la capacidad de juicio político”. BOVERO, 2000, (trad. de SAALZAR UGARTE, 2006: 127). Del mismo modo, por citar otro autor relevante, Rawls también parte de la consideración de que la participación de los ciudadanos en el proceso democrático se fundamenta en su doble condición como titulares de intereses y como sujetos morales con capacidad para desarrollar un sentido de la justicia. Ver RAWLS, 1993: 334-340.

la regla de la mayoría, y, en este sentido, la misma parece susceptible de una genuina fundamentación axiológica<sup>965</sup>.

Sin embargo, a esto último, se le pueden oponer otros argumentos. De hecho, el propio Ferreres<sup>966</sup> da cuenta de un argumento potencialmente esgrimible para desacreditar este punto en favor de la presunción de constitucionalidad de la ley. En este sentido, cabe destacar como algunos apelan al hecho de que nuestros representantes democráticos, en realidad, constituyen una minoría respecto a los representados, esto es, respecto al conjunto de la ciudadanía. Por ello, si se entiende que no lesiona el principio de la igual dignidad política de toda la ciudadanía el hecho de que la opinión de unas decenas o centenas de representantes prevalezca sobre la de millones de representados, a la hora de legislar o de apodar las decisiones políticas, tampoco debería entenderse lesionado este principio por el hecho de que la opinión de otra minoría – la de los jueces constitucionales – prevalezca frente a la opinión de representantes y representados. Sin embargo, este argumento, como el mismo Ferreres apunta, parece débil por lo siguiente: “esta división del trabajo entre representantes y representados es aceptable desde el momento en que la participación en el debate público genera importantes costes de oportunidad que la inmensa mayoría de los ciudadanos no están dispuestos a asumir”. No obstante, cabe matizar, para que esta división del trabajo entre representantes y representados ostente algún grado de legitimidad, es necesario, entre otros extremos, que el pluralismo social tenga su reflejo en el pluralismo de los grupos políticos<sup>967</sup>, y que todos los votos valgan

---

<sup>965</sup> Ya sea porque entendamos que, según sostuvo KELSEN, 1934, esta regla se justifica porque promueve y permite compatibilizar los valores según los cuales todos los ciudadanos son igualmente libres e iguales con la necesidad de adoptar decisiones colectivas; o, al modo de WALDRON, 2006 o 2015, porque es una exigencia derivada del principio de igualdad política entendido en sus consideraciones más elementales.

<sup>966</sup> FERRERES, 1997: 191 y ss.

<sup>967</sup> Sobre este aspecto vino a insistir el propio KELSEN, 1988 b. Así, para el jurista austriaco, los partidos políticos deben representar en el Parlamento los plurales intereses que componen la sociedad (encamiándolos al momento de la mediación). Esta representación, del mismo modo, debe ser absolutamente proporcional, es decir, cada grupo político presente en el Parlamento debe estarlo en proporción con el consenso o adhesión del que efectivamente goce en la sociedad, a la cantidad de intereses y/o de necesidades que haya logrado materializar en el plano político según resulte de la verificación electoral. Si no fuera así, como bien nos recuerda FIORIVANTI, 2001: 156 – 157, para Kelsen, las fuerzas políticas y/o grupos sociales excluidos de la representación parlamentaria se encontrarían en una posición de extrañeza y, probablemente, en tendente oposición respecto de la ley emanada del Parlamento, fallando así la Constitución en la función principal de la misma – según la visión del propio Kelsen -, la cual no es otra que la integración, para una pacífica y razonable coexistencia, de la pluralidad de las fuerzas sociales y políticas. Ello, pues, enlaza este punto directamente con la propia concepción kelseniana acerca de lo que sea una Constitución democrática, la cual, según la síntesis de ésta visión expuesta por el propio FIORIVANTI, 2001: 159 – 160, entiende que una Constitución es democrática “porque rechaza toda “unidad” preconstituída y porque permite desplegar completamente el mismo pluralismo, con los partidos en el Parlamento y con el ejercicio de la justicia constitucional – vista como un mecanismo de garantía dirigido contra todo intento de romper el equilibrio entre las fuerzas políticas y sociales, de reducir la ley a la pura voluntad de la mayoría –”. No estoy queriendo afirmar, no obstante, que todo lo anterior nos deba



igual, tanto en las elecciones como en la asamblea legislativa. De este modo, apelando a las ventajas de la división del trabajo, y dándose estas condiciones, se puede justificar la prevalencia de la opinión de los representantes, que constituyen una minoría, sobre la opinión de la mayoría de los representados. Sin embargo, este argumento, por muy diversos motivos, no puede extenderse fácilmente al caso del control judicial de la ley. Básicamente, me limito a señalar aquí, el Tribunal Constitucional no es ni un órgano representativo de los ciudadanos, ni un microcosmos de la sociedad, pues los magistrados que lo componen se reclutan entre un grupo de personas socialmente reducido, y no son elegidos por el electorado ni responden de un modo directo de su actuación ante él (aunque esto no significa que no se encuentren sujetos a grado alguno de rendición de cuentas). Por lo tanto, esta crítica, que trata de proyectar las objeciones contra la revisión judicial a los representantes democráticos, no parece poder ir mucho más lejos en su intención de desacreditar las decisiones adoptadas por estos últimos.

#### **4.2.El debilitamiento o la inversión de la presunción de constitucionalidad de la ley: la potencial justificación de la actuación de los jueces en conflictos constitucionales de muy difícil resolución.**

Los argumentos recién expuestos operan como razones en favor de la presunción de constitucionalidad de la ley, a lo que aquí interesa, cuando a la misma subyace un conflicto constitucional de muy difícil o controvertida solución. Sin embargo, y este es el mérito del enfoque de Ferreres, en primer lugar, no puede olvidarse que opera cómo lo que es, es decir, como una presunción – *iuris tantum* -, y, en segundo lugar, no debemos concluir que la misma debe entrar a operar siempre – deontológica o rígidamente -. Y es que, en efecto, parece más acertado admitir de la existencia de ciertas situaciones en las cuales dicha presunción se debilita sustancialmente o, incluso, en las cuales no resulta descabellado sostener que debe establecerse una inversión de la misma, o sea, en las cuales sea el legislador quién deba asumir las cargas de la argumentación para demostrar

---

hacer abrazar la conceptualización kelseniana acerca de lo que sea una Constitución democrática, pues, como sabemos, en Kelsen se produce una evidente inclinación a asociar democracia y relativismo, y a considerar como buenas toda soluciones legislativas adoptadas respetando las reglas generales del compromiso y/o del recíproco reconocimiento pacífico entre todas las fuerzas sociales y políticas, y/o del respeto a las minorías. Es por ello que FIORIVANTI, 2001: 161 señala que: “en el fondo, la democracia kelseniana (...) continuaba (...) siendo una democracia legislativa o parlamentaria. Y, por el contrario, (...) (ha sido) muy fuerte la tendencia, con las nuevas Cartas constitucionales, a concebir la Constitución como el lugar en el que se enuncian los principios fundamentales y las grandes decisiones que caracterizan el tipo de democracia que se intentaba construir, colocando los unos y las otras, en su objetividad, en una zona anterior a la asociación política y a su ley positiva, casi reproduciendo el modelo iusnaturalista que el mismo Kelsen siempre había rechazado coherentemente”.

la constitucionalidad de la ley<sup>968</sup>. En particular, según mi criterio, tales situaciones de debilitamiento o de inversión de la presunción pueden llegar a darse en escenarios dónde parecen palidecer, o no resultar operativos, el argumento epistémico y el argumento de la igual dignidad política recién expuestos. Trataré de expresar mis motivos al respecto.

¿Cuándo puede entenderse derrotado el argumento epistémico – en favor de la presunción de la constitucionalidad de la ley -? En respuesta a este interrogante, considero conveniente recordar algunas ideas planteadas en los inicios del trabajo. En este sentido, señalaba, Bovero sintetiza las acciones típicas que configuran el funcionamiento de la democracia en cuatro verbos: *elegir, representar, deliberar, decidir*. Estas acciones, sostiene, representan los momentos en los cuales se articula la vida pública de una colectividad democrática<sup>969</sup>. De entre ellas, soslayo ahora la importancia que tiene la actividad de la deliberación, de la cual deriva la exigencia de “garantizar iguales oportunidades para la valoración de todas las tesis y todos los puntos de vista e iguales posibilidades de persuasión recíproca entre todos los participantes<sup>970</sup>”. Por ello, comparto con Bovero, la deliberación constituye el momento esencial que confiere calidad democrática al juego político. En efecto, la esencia del juego democrático no puede ser más que la institucionalización del enfrentamiento público equitativo y equilibrado entre todas las opiniones y en todos los niveles. Pues, cabe entender, sólo mediante discusión pública las opiniones y las preferencias individuales pueden corregirse, remodelarse o convergir, de tal forma que constituyan la base de *decisiones ponderadas*.

Por lo anterior, si se acepta lo recién expuesto, cabe concluir que en el momento en que el proceso deliberativo - así comprendido - se encuentre ausente o presente graves déficits, debemos entender que resulta, cuanto menos, muy dudoso o controvertido calificar a una decisión como genuinamente democrática, pues, la simple imposición de la voluntad de una mayoría no convierte a una decisión en democrática<sup>971</sup>. Junto a estas

---

<sup>968</sup> Esta idea es propia de Ferreres. Así, a su parecer, existen situaciones en las cuales se da una pérdida de la presunción de constitucionalidad de la ley (cuando la misma pierde el respaldo por el Parlamento actual) o una inversión de la misma (en determinados escenarios en los que se afecta el principio de igualdad o proporcionalidad y cuando se produce la restricción de los derechos de participación política desde una posición de parcialidad por parte de la mayoría). Ver FERRERES, 1997: 218-274.

<sup>969</sup> Ahora bien, como se ha indicado desde un principio, cada una de las acciones correspondientes a estos cuatro verbos asume un significado propiamente democrático sólo bajo ciertas condiciones, que cabe calificar como condiciones y precondiciones de la democracia.

<sup>970</sup> BOVERO, 2006.

<sup>971</sup> BOVERO, 2002 a. Sobre esta última afirmación lanzada en el cuerpo del texto, me parece interesante no perder de vista la reconstrucción que FIORIVANTI, 2001: 157 realiza en torno al pensamiento de Kelsen respecto de la teórica tensión entre el control judicial de constitucionalidad y el propio ideal democrático. Así, para Kelsen, si comprendemos adecuadamente el principio o la fundamentación del ideal democrático,

consideraciones, y a lo que aquí interesa en relación con el argumento epistémico, en ausencia de una fase o proceso deliberativo de una mínima calidad, defender que nuestros representantes democráticos están en mejor posición para alcanzar la respuesta materialmente correcta en el escenario de un conflicto constitucional (es decir, defender el mayor *valor instrumental* del procedimiento democrático sobre el judicial), parece poco plausible. En otros términos, sin una auténtica presencia y consideración de los puntos de vista del conjunto de nuestros representantes democráticos (que han de reflejar una suerte de microcosmos de la sociedad de referencia<sup>972</sup>), parece poco prometedor sostener el hipotético valor epistémico y/o instrumental de la toma de decisiones llevada a cabo en un Parlamento. Esto, en definitiva, nos debe hacer ver cómo en tal escenario resulta poco fructífero sostener, con pretensión de fundamento, el argumento epistémico en favor de la constitucionalidad de la ley.

Quizá este punto se entienda adecuadamente a través de algún ejemplo. Así, a lo largo de los últimos años, en España se ha venido consolidando una práctica reiterada consistente en huir de los debates o de la deliberación parlamentaria; siendo que esta práctica ha venido a “naturalizarse” por vía de la utilización indiscriminada del “procedimiento exprés” del “Decreto-Ley” (desvirtuando plenamente la finalidad o justificación de este instrumento)<sup>973</sup>. Dada la reiteración de la misma, puede decirse, la calidad deliberativa que ha de presuponerse a cualquier norma emanada de nuestros representantes democráticos ha quedado sensiblemente atenuada, des-potenciada. Pues bien, creo que este tipo de prácticas o de realidades pueden (al menos, pueden) hacernos

---

la ley emanada del Parlamento no es “inatacable” porque en realidad no contiene – a través de la representación – la mitificada “voluntad general” o la teórica voluntad del “pueblo soberano” – tal y como se conceptualizó en tiempos de la Revolución francesa -. Por el contrario, la ley “vale” sólo en cuanto realice en sí el ideal democrático, el cual, rectamente entendido, no es otro sino el ideal de la pacífica convivencia entre la pluralidad de las fuerzas e intereses que operan en toda sociedad. Por ello, entre una Constitución democrática – como las actuales – que contiene y garantiza este último ideal y una ley que se aparta de él, tendiendo a proponerse como un puro acto de imposición de la mayoría, en nombre del propio ideal democrático, no se debe dudar en preferir la primera y sancionar la segunda con la invalidez a través del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Es por ello que el Tribunal Constitucional es para Kelsen un instrumento necesario para garantizar la pacífica convivencia o coexistencia en nuestras sociedades, en definitiva, un instrumento necesario en salvaguarda del propio ideal democrático, evitando el incorrecto uso de la ley como instrumento para la dominación de la mayoría sobre la minoría; ver KELSEN, 1988 a.

<sup>972</sup> KELSEN, 1988 b.

<sup>973</sup> En España, en el lapso correspondiente del 2011 al 2015, fueron aprobados 73 Decreto-Ley sobre un total de 143 proyectos legislativos, es decir, más de un 50% de las leyes aprobadas por el legislador se hicieron por medio de un instrumento, al menos teóricamente, “excepcional”.

[http://politica.elpais.com/politica/2015/08/19/actualidad/1440011805\\_580128.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/08/19/actualidad/1440011805_580128.html)

En principio, según preceptúa el artículo 86.1 de la Constitución española, con el Decreto-Ley no puede afectarse a los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la propia Constitución (recogidos en el Título I), aunque, en la praxis, dada la vocación irradiante ius-fundamental, sea muy complicado que esto sea así.

albergar dudas razonables acerca de si realmente la intervención del juez constitucional es anti-democrática cuando procede a enjuiciar la constitucionalidad de una ley promulgada en ausencia de un proceso deliberativo de una mínima calidad. En tales escenarios, quizá, y en la medida en que el procedimiento que se sustancia ante la Corte o Tribunal Constitucional pueda operar como marco en el cual es posible dar cabida o atender a los argumentos de las partes implicadas o afectadas por la ley, (argumentos que fueron desoídos o ignorados en la promulgación de la misma), lejos de todo, dicho procedimiento pueda verse como contribuyente a la obtención o consecución de una mayor calidad deliberativa y/o democrática, y, quizá también, pueda afirmarse que el procedimiento sustanciado ante el juez constitucional viene a presentar un mayor valor epistémico – o instrumental<sup>974</sup> – que el del propio proceso legislativo “deficiente”.

Desde un plano accesorio, aunque no menos importante, creo que estas consideraciones adquieren todavía más peso en aquellos escenarios en los que, de plano, no presenta fundamento alguno observar la composición parlamentaria al modo de un microcosmos social. En efecto, si “la acción de la justicia constitucional en materia de derechos opera en sociedades marcadas por la exclusión, (...), el desprestigio de la política”, etc. “es obvio que aquellas dinámicas de intervención que contribuyen a *dar voz* a quien no la tiene (..) y que parecen ayudar, aunque sea marginalmente, a redirigir el funcionamiento del sistema en beneficio de la mayoría, no deben ser rechazadas<sup>975</sup>”. Este último tipo de realidades, sin embargo, se enmarcarían fuera de las condiciones ideales conceptualizadas por autores como Waldron<sup>976</sup> a la hora de sostener la OCM, por ello, no me ocuparé en insistir sobre este punto, sino que simplemente añadiré un comentario adicional. Aunque se trate de una generalización, puede que marcada por acentuados tintes de imprecisión, quizá Latinoamérica contenga varios ejemplos de realidades políticas marcadas por una agravada “exclusión”, ejemplos manifestados en muchos de sus países, en los cuales resulta difícil entender que las dinámicas de acción política

---

<sup>974</sup> Incluso, tal y como parece querer señalar POU, 2011, podría llegar a afirmarse que el proceso judicial siempre ostenta un mayor valor instrumental que el proceso legislativo dado que: “la intervención de la justicia constitucional contribuye (...) a materializar la vertiente deliberativa (en oposición a la electoral) del proceso por el cual los ciudadanos ponderan las implicaciones de imaginarse como titulares iguales de derechos (...), dado que los jueces atienden y responden individualmente a los intereses de las personas según sus méritos – no por el dinero, el poder o los votos que las respalden - (...), lo cual abre vías relevantes de reconocimiento e inclusión”.

<sup>975</sup> POU, 2011. Ver SMULOVITZ, 2009. Quizá por ello debemos comprender cómo, en tales contextos, la “arena judicial” supone el espacio en el que el ciudadano logra algún grado de influencia sobre lo público – IBARRA, 2014: 54 -.

<sup>976</sup> WALDRON, 2006 o 2015.

contribuyen a dar voz a la mayoría o a actuar en beneficio de la misma. Es precisamente por ello que me confieso incapaz de entender porqué tantos autores latinoamericanos - de nuestros días - han importado de un modo (tan) a-crítico la OCM a sus propias fronteras, olvidando, en cierto modo, como la OCM parece requerir de ciertas condiciones que operan en su fundamentación. Quizá, cabría concluir, en muchos de estos países, en la medida en que las Cortes o Tribunales Constitucionales y los procesos que se sustancian ante los mismos contribuyan, por mínima que sea esta contribución, a dar un cierto peso a los intereses, pretensiones y expectativas generadas en torno a los derechos y libertades de (la mayoría de) los ciudadanos<sup>977</sup>, y a potenciar, en algún grado, la calidad deliberativa de las decisiones en materia ius-fundamental, lejos de todo, deba defenderse con mayor ímpetu un sistema de control constitucional fuerte o robusto en lugar de enarbolar la bandera de la OCM. Éstas son, sin embargo, reflexiones proyectadas sobre un escenario muy específico y que escapa a los objetivos inmediatos del presente trabajo, por ello, no seguiré insistiendo en ellas.

Pues bien, abstrayéndome de muchos de los problemas de “detalle”, me daré aquí por satisfecho si, con lo recién expuesto, he logrado, al menos, hacer albergar las dudas del lector respecto de lo que a mí me parece innegable: el argumento epistémico – o del presunto mayor valor instrumental - en favor de la constitucionalidad de la ley no nos debe hacer abrazar esta presunción de un modo absolutamente rígido o deontológico; sino que, por el contrario, cabe admitir de la existencia de situaciones en las cuales la misma debe entenderse como sensiblemente atenuada o, incluso, notoriamente derrotada.

A su vez, por lo que se refiere específicamente a la posibilidad de rebatir el argumento - en favor de la constitucionalidad de la ley - de la igual dignidad política de todos los ciudadanos, debo, en primer lugar, señalar cómo un examen pormenorizado de esta posibilidad exigiría de un análisis específico sensiblemente amplio (en extensión) y profundo (en cuanto a sus detalles). Sin embargo, considero a su vez, no es este el escenario propicio para acometer tal empresa. Por ello, me contentaré aquí con presentar de un modo sintético esta posibilidad.

Así, a lo largo del trabajo se ha hecho referencia al hecho de que existen una serie de “reglas del juego” que constituyen los rasgos de una conceptualización ideal de la

---

<sup>977</sup> En este sentido, considero que cabe compartir la reflexión de ATIENZA; AGUILÓ, 2014: 12, cuando señalan “que puede estar justificado un mayor grado de “activismo judicial” en circunstancias en las que el aparato judicial es la única instancia con la que se cuenta para la satisfacción de los derechos básicos”.

democracia, y a cómo las mismas operan como un genuino criterio o examen de “democraticidad”. En este sentido, escribía Bovero: “son las reglas que fijan y establecen, precisamente, las condiciones de la igualdad y de la libertad democráticas<sup>978</sup>”. Por expresarlo ahora del modo más sencillo, diré que entre las mismas adquieren un papel esencial aquellas relativas al reconocimiento de los derechos de participación política de todos y cada uno de los ciudadanos. Del mismo modo, para poder dotar de sentido al conjunto de las reglas del juego democrático y, de manera especial, a los propios derechos de participación política, resulta necesario garantizar determinados derechos – de libertad y sociales – que operan como genuinas precondiciones de toda democracia: las que Bobbio entendió por las cuatro grandes libertades de los modernos (libertad personal, de imprenta, de opinión y de pensamiento, de reunión y de asociación), que suponen el vehículo necesario para poder ejercer la propia autonomía política, y el grueso de los derechos sociales que aparecen habitualmente reconocidos en nuestros marcos constitucionales, para evitar que la misma quede reducida al patrimonio exclusivo de unos pocos privilegiados.

A consecuencia de ello, podría alegarse, cualquier ley emanada del legislador que afecte a tales condiciones y/o precondiciones de la democracia, debería, en nombre del propio ideal democrático y del valor de la igual dignidad política de todos los miembros del cuerpo político, ser sujeta a un exhaustivo control tendente a determinar si la misma erosiona en algún grado a esas mismas condiciones y/o precondiciones necesarias para posibilitar y dotar de sentido al juego democrático. A mi parecer, se abre así una vía para entender *potencialmente* justificada la actuación del juez constitucional sobre este extremo y, cabe insistir en ello, en nombre de las propias exigencias democráticas.

Como he señalado, el examen detallado de lo anterior exigiría de un análisis con un notable nivel de profundidad; este no es, sin embargo, el lugar correspondiente para ello. No obstante, y ciñéndome a los derechos de participación política que vienen a operar como genuinas condiciones de todo régimen que merezca el calificativo de democrático, creo que resulta preceptiva una breve referencia acerca de cuándo puede entenderse cómo (potencialmente) justificada la intervención del juez constitucional en este punto, en particular, de cuándo podemos entender como vencida o derrotada a la

---

<sup>978</sup> BOVERO, 2006: 33.

presunción de constitucionalidad de la ley o la deferencia hacia el legislador, aún situándonos ante conflictos constitucionales de difícil o muy difícil solución.

En tal dirección, me parece importante no perder de vista una conclusión sostenida por el mismo Ferreres, así, escribe: “me parece que debemos rechazar la idea según la cual la sola circunstancia de que una ley restrinja un derecho de participación política es razón suficiente para que el juez la examine con sospecha. Sólo cuando existan razones para pensar que la mayoría tiene un interés en la causa (...) el juez debe presumir la inconstitucionalidad de la ley y, por tanto, escuchar con sospecha las razones que aduce el legislador, pues éstas pueden ser meras racionalizaciones del *interés de la mayoría en mantenerse en el poder*<sup>979</sup>”. ¿Qué podemos extraer de esta conclusión? Se recordará igualmente algo de lo planteado en los inicios del trabajo. En particular, una de las formulaciones que Bobbio<sup>980</sup> realizó acerca de cuáles son las reglas que constituyen el juego democrático. Sin pretender reproducir de nuevo todas ellas, si me parece importante volver a subrayar la importancia de aquella regla del juego democrático que debe ser entendida como la meta-regla o la regla de clausura<sup>981</sup>: ninguna mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho a convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.

Esta última regla – que opera al modo de una genuina condición de salvaguardia de la democracia – impone así una condición para que la democracia no acabe suicidándose, pues, o se respeta la misma o no se podrá seguir jugando al juego democrático. A su vez, de la misma derivan una serie de condiciones – ya no formales, sino sustanciales – que han de ser respetadas; de entre las mismas, la primera exigencia o imperativo es aquella que prohíbe adoptar cualquier decisión que esté orientada a alterar o abolir las otras reglas – formales – de la democracia, o sea, las condiciones formales de la democracia, aun cuando una decisión de este tipo haya sido adoptada en virtud de una decisión mayoritaria. A lo que ahora interesa, puede concluirse, esta meta-regla prohíbe cualquier decisión política adoptada, aún por la mayoría, que afecte, restrinja o suprima a los propios derechos de participación política del conjunto o de una parte de los miembros del cuerpo político. Ahora bien, como creo que resulta fácilmente apreciable en el extracto de Ferreres recién citado, más bien, deberíamos reconsiderar o matizar ésta

---

<sup>979</sup> FERRERES, 1997: 275.

<sup>980</sup> BOBBIO, 1999: 381; traducción efectuada por BOVERO, 2006: 32.

<sup>981</sup> BOVERO, 2006: 32-35, y 2011.

exigencia, para entender que lo que realmente la misma estará vetando es la posibilidad de adoptar cualquier decisión que afecte a los propios derechos de participación política siempre y cuando, siendo esto lo relevante, haya sido adoptada por la mayoría desde una posición de *parcialidad* (tal vez, cómo el propio Bobbio sugería, explicada la misma desde la ambición ulterior de perpetuarse en la posición de poder político).

Así, imaginemos por hipótesis, parecería extraño pensar que esta regla vetaría la posibilidad de que, por ejemplo, se restringiera el derecho de sufragio activo a aquellas personas que, habiendo ostentando con anterioridad cargos de responsabilidad pública, hayan incurrido en supuestos de corrupción o malversación de recursos públicos, acreditados fehacientemente mediante oportuno proceso judicial. Ahora bien, esta meta-regla democrática sí parece que debe vetar la posibilidad, pongamos por caso, de que se restrinja el derecho de sufragio pasivo y/o activo a aquellos que ostenten nacionalidad adquirida y no de origen<sup>982</sup>, a aquellos que tengan rentas inferiores a X cantidades, a aquellos que no practiquen una determinada religión o a aquellos que pertenezcan a minorías étnicas identificadas. Pues bien, planteando estos últimos ejemplos, simplemente, quiero evidenciar posibles situaciones – aún por muy rocambolescas que pudieran llegar a parecer, aunque no por ello imposibles – en las cuales el argumento de la igual dignidad política de todos los ciudadanos no sólo no nos permite justificar la presunción de constitucionalidad de la ley o la debida deferencia hacia el legislador, sino, más bien, lo contrario, es decir, nos “obliga” a justificar su debilitamiento e, incluso, la propia inversión de la misma, o sea, nos obliga a no considerar como irracional la posibilidad de que, en tales escenarios, sea el propio legislador quién deba asumir las cargas de la argumentación tendentes a sostener o defender la propia constitucionalidad de la ley. En definitiva, y es lo que he pretendido plantear aquí, en escenarios tales no parece estar injustificada la actuación del juez constitucional, sino que más bien parece ser lo contrario, así, razonablemente, puede entenderse como potencialmente justificada su intervención y, no se olvide esto, en nombre de las propias exigencias democráticas, aun cuando pudieran llegar a existir desacuerdos razonables acerca de qué es lo que viene a exigir en particular la Constitución sobre estos extremos.

---

<sup>982</sup> Pensemos en el supuesto de que se viniera a promulgar una ley en base a la cual se estableciera que sólo puede accederse al cargo de Presidente (poco importan si regional, estatal, etc.) en caso de ostentar nacionalidad de origen o por nacimiento. En este sentido, a mi parecer, por citar un ejemplo real, el artículo 82 de la vigente Constitución mexicana, por el que se establece como uno de los requisitos para llegar a ser presidente del país el ser mexicano de nacimiento o de origen, vulnera de manera más o menos notoria la exigencia de la sexta regla del juego democrático según la idealización efectuada por Bobbio.



En definitiva, y para concluir este epígrafe, simplemente ratificar cómo lo recién señalado, aun sin haber entrado en detalles, nos debe hacer ver cómo, pese a que la deferencia hacia el legislador debe ser la regla general en el contexto de los conflictos constitucionales calificables como difíciles o fuertemente controvertidos, existen instancias de tal tipo de conflictos en los cuales el no operar con aludida deferencia parece estar justificado. En consecuencia, sostengo aquí, la actuación de los jueces constitucionales no sólo parece estar justificada en aquellos escenarios en los que el poder político ha vulnerado clara, rotunda o tajantemente, los derechos y libertades reconocidos, sino también, en no pocas ocasiones, en escenarios en los que existan dudas razonables sobre esto último. Y, paradójicamente, en algunos de estos escenarios, la justificación primaria a la intervención del juez constitucional residirá en una adecuada comprensión y respeto por los principios que operan en fundamento de toda forma de gobierno genuinamente democrática. Creo, en definitiva, que de lo anterior pueden extraerse otros argumentos decisivos contra las pretensiones de la OCM.

##### **5. ¿Siempre un rol contra-mayoritario? El papel de los jueces frente a nuevos escenarios de conflicto constitucional.**

Al inicio de este capítulo advertí de lo siguiente: la OCM frente a la jurisdicción constitucional resulta equivocada si se basa en el entendimiento que la actividad que de hecho desempeñan nuestros jueces constitucionales debe ser calificada *siempre* como contra-mayoritaria. En efecto, cabe señalar, en muchas ocasiones en las que los mismos intervienen se desempeñan más bien en un rol *complementario* al del propio legislador democrático.

Aceptar lo recién dicho requiere, no obstante, adherirse a una particular concepción del Derecho: aquella que ve en el fenómeno jurídico no sólo un instrumento para el establecimiento unívoco de cuáles sean nuestros deberes, sino, sobre todo y de manera central, un instrumento para la salvaguarda y/o realización de determinados bienes y valores<sup>983</sup>. Concepción ésta última, respecto de la cual, puede sostenerse que supone la concepción dominante acerca de cómo observar el fenómeno jurídico en el seno de nuestros Ordenamientos Jurídicos constitucionales – contemporáneos -.

---

<sup>983</sup> Para observar una contraposición entre ambas concepciones ver, a título de ejemplo, RUÍZ MANERO, 2005.

En esta dirección, conviene igualmente recordar que la Constitución del constitucionalismo sólo adquiere sentido si se tiene presente la *prioridad* de determinados fines y valores, de manera central, he insistido a lo largo del trabajo, de los derechos fundamentales. Por expresarlo por última vez empleando libremente la terminología ferrajoliana, los derechos y libertades constitucionales, su conceptualización, suponen así la “razón social” de nuestras comunidades políticas constitucionales (y “constitucionalizadas”). Quizá, por ello, adaptando su tenor literal a los términos actualmente empleados, el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>984</sup> siga teniendo vigencia en la caracterización que damos a nuestras asociaciones políticas o comunidades jurídicas: la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales supone *el fin* último<sup>985</sup> de las mismas.

Quiero ahora recordar algo de lo que se dijo en el primer capítulo. De la mano de Zagrebelsky<sup>986</sup>, vimos cómo, en la actualidad, el control que sigue a la ubicuidad de la Constitución no constituye únicamente un tipo de control abstracto. Es decir, no se trata únicamente de un control de constitucionalidad de la ley en cuanto tal, como texto normativo en sí mismo considerado, sino también de un control de esa ley en cuanto a regla aplicable a las relaciones jurídicas concretas y controvertidas y asumida como base de las decisiones jurisprudenciales<sup>987</sup>. Lo anterior, en Ordenamientos como el español, viene dado, entre otros motivos, debido al carácter incidental de la cuestión de inconstitucionalidad y del recurso de amparo. Creo que, sobre lo recién dicho, conviene volver a traer a colación el ejemplo que, tomado del propio Zagrebelsky, se puso para explicar esto. Recuérdese, en Italia existía una ley de adopción según la cual entre el menor adoptado y los padres adoptivos debía existir una diferencia de edad no inferior a los 18 años ni superior a los 40 años. Respecto de esta norma, no se cuestionaba su constitucionalidad en abstracto. Ahora bien, se presentó el siguiente caso: una pareja había adoptado válidamente a un menor de edad, y entre los padres adoptivos y el menor adoptado se daba la pertinente diferencia de edad (más de 18 menos de 40 años). El menor, sin embargo, tenía un hermano más pequeño con el cual había compartido su vida. La diferencia de edad entre el hermano más pequeño y sus potenciales padres adoptivos (que ya lo iban a ser de su hermano) era de más de 40 años. La ley resultaba

---

<sup>984</sup> Que, recuérdese, preceptúa: “la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”.

<sup>985</sup> Aunque, quizá, cabría matizar: uno de los fines, un fin privilegiado (que no exclusivo).

<sup>986</sup> ZAGREBELSKY, 2010

<sup>987</sup> ZAGREBELSKY, 2010: 427.

clara en sus consecuencias al caso: no podía darse la adopción del hermano pequeño. ¿Qué estableció la Corte Constitucional italiana en su Sentencia 148/1992? La Corte finalmente acabó decretando el sí a la adopción, sin haber expulsado del Ordenamiento, por inconstitucional, la ley de adopción sino habiendo observado en la misma una *excepción*, a la luz de las circunstancias particulares expuestas, basada en el principio de la tutela de los intereses del menor y la reconstrucción de un ambiente familiar adecuado; es decir, realizó un control de la legislación frente a la Constitución involucrando en dicho control una situación particular, un supuesto concreto de aplicación de la ley. Ante este supuesto, podemos preguntarnos, ¿actuó la Corte constitucional italiana de un modo contra-mayoritario?

Para responder a la anterior pregunta es preciso dar cuenta de algunas distinciones relevantes. Así, si nos situamos desde un enfoque o concepción del fenómeno jurídico que ve en el mismo, únicamente, un instrumento para determinar de un modo unívoco cuáles son nuestros deberes, cabe concluir que la actuación de la Corte constitucional italiana en el caso narrado puede o debe ser considerada como contra-mayoritaria. ¿En qué sentido? Pues bien, si acudimos al modelo teórico confeccionado por Alchourrón y Bulygin<sup>988</sup>, no puede sostenerse sino la conclusión anterior. Así, estos autores, observando que en la literatura jurídica se entremezclaban distintos tipos de lagunas en el Derecho, propusieron una distinción entre tres conceptos diferentes: laguna normativa<sup>989</sup>, axiológica y de reconocimiento<sup>990</sup>. Centrándonos en el concepto de laguna axiológica, Alchourrón y Bulygin nos dicen:

“En el lenguaje de los juristas en general y muy especialmente en el de los jueces, se usa a menudo la expresión “laguna del derecho” (o “laguna de la ley”) para designar situaciones en las cuales, si bien existe una solución -por lo cual esas situaciones no son lagunas normativas-, la solución existente es axiológicamente inadecuada. Pero no toda solución injusta o mala supone una laguna<sup>991</sup>; los juristas

---

<sup>988</sup> ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1975.

<sup>989</sup> Un determinado caso genérico constituye un supuesto de laguna normativa del sistema normativo cuando este no contiene ninguna norma que correlacione el caso con una solución. ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1975: Capítulo I.

<sup>990</sup> “Llamaremos *lagunas de reconocimiento* a los casos individuales en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión”. ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1975: 63.

<sup>991</sup> “(...) no toda solución axiológicamente inadecuada es llamada “laguna” por los juristas. Si el legislador ha considerado todas las circunstancias (que deben ser) relevantes del caso y después lo solucionó mal (injustamente), el resultado es un defecto axiológico del sistema, pero no una laguna”. ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1975: 160.

hablan de lagunas -en el sentido que tratamos de caracterizar- cuando la solución es inadecuada *porque* el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta. (...). El uso del término “laguna” no es aquí del todo arbitrario: se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión *por no haberla previsto*, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica (...) <sup>992</sup>”.

En síntesis, puede decirse que para Alchourrón y Bulygin nos encontramos ante una laguna axiológica del sistema jurídico cuando ese sistema sí contiene una norma que da solución al caso, pero, sin tomar en consideración una propiedad que, de conformidad con cierta *tesis de relevancia*, debiera tomarse en cuenta como relevante. Pues bien, como nos recuerda Ruíz Manero <sup>993</sup>, para Alchourrón y Bulygin cualquier tesis de relevancia, desde la que se señale que la norma no hace distinciones que debiera hacer, es *necesariamente* externa y ajena al Derecho. En este sentido, nos dirían, la decisión de la Corte constitucional italiana fue la de considerar como relevante una propiedad (que el menor, que quedaba fuera del rango de diferencia de edad permitido por la ley, fuera hermano y hubiera mantenido una relación de convivencia afectiva con otro menor, que si operaba dentro de dicho rango y que sí iba a ser adoptado), de conformidad con una tesis de relevancia externa al Derecho, no jurídica. En lo que aquí interesa, puede decirse según el enfoque de Alchourrón y Bulygin, la Corte, basándose en consideraciones axiológicas extra-jurídicas, desafió la tesis de relevancia tomada por el legislador democrático y, en consecuencia, actuó de un modo contra-mayoritario imponiendo sus personales consideraciones al acogerse o construir una nueva tesis de relevancia. Pues bien, cabe preguntarse, ¿es esto lo que opinamos cuando nuestros jueces constitucionales aprecian referidas lagunas axiológicas?, esto es, ¿creemos que los jueces actúan contra-mayoritariamente, imponiendo su propia voluntad, cuando llevan a cabo tal tarea?

Para dar respuesta a estos interrogantes, sobre la base de los aportes de Ruíz Manero <sup>994</sup>, creo, en primer lugar, que hay que redefinir el propio concepto de laguna axiológica. Para ello, conviene tener presente lo dicho al inicio de este epígrafe, la concepción dominante o vigente acerca de cómo observar el fenómeno jurídico en

---

<sup>992</sup> ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1975: 158-160.

<sup>993</sup> RUÍZ MANERO, 2005.

<sup>994</sup> RUÍZ MANERO, 2005.

nuestras realidades constitucionales no es aquella que ve en el Derecho *sólo* un sistema para establecer de un modo unívoco nuestros deberes, sino, o incluso primariamente, también para proteger determinados fines y valores. Esto es, deben ser observadas dos grandes vertientes en el fenómeno jurídico propio de los Estados constitucionales de Derecho: una vertiente autoritativa o directiva y una vertiente justificativa o axiológica. Muy sintéticamente, puede decirse, a grandes rasgos, que la primera vertiente del fenómeno jurídico se identifica con aquello que podemos rotular como reglas. Por su parte, la vertiente axiológica o justificativa viene a identificarse, *grosso modo*, con los principios (que, para muchos, como es el caso de Alexy, constituyen la vertiente deontológica de los valores, esto es, son indisociables de los mismos<sup>995</sup>). Pues bien, si tomamos esto en consideración, puede decirse que cuando Alchourrón y Bulygin conceptualizan las lagunas axiológicas parecen estar elaborando el concepto únicamente tomando en consideración aquellas normas jurídicas que consideramos como reglas, pero, ignorando (mejor dicho, desatendiendo<sup>996</sup>) en su estipulación que también, en nuestros sistemas jurídicos, existen principios y los mismos desempeñan un papel esencial. Esto es, precisamente, lo que viene a subrayar Ruíz Manero. Es por ello que este último autor considera que la conceptualización de las lagunas axiológicas ofrecida por Alchourrón y Bulygin resulta deficitaria (o no se ajusta a la *communis opinio* de los juristas), por lo que, tomando en consideración cómo nuestros Ordenamientos están compuestos por reglas y también por principios, nos ofrece un concepto alternativo de laguna axiológica. Así, según el mismo, debemos entender que:

“Un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, si debiera considerarse como relevante<sup>997</sup>”.

Pues bien, si se opera con este segundo concepto de laguna axiológica, a mi parecer, podemos captar la *communis opinio* de los juristas cuando nos encontramos ante casos como el que la Corte constitucional italiana tuvo que atender. En efecto, pareciera

---

<sup>995</sup> Por ejemplo, ALEXY, 1988.

<sup>996</sup> Producto o consecuencia obvia de su propia concepción del Derecho, comprendido, básicamente, como un sistema normativo integrado, exclusivamente, por normas jurídicas que correlacionan un caso genérico (un conjunto de propiedades) con una solución normativa entendida como una calificación deóntica concluyente. RUÍZ MANERO, 2005.

<sup>997</sup> RUÍZ MANERO, 2005: 123.

extraño afirmar que, en referido caso, la Corte actúo con una tesis de relevancia completamente ajena al Derecho italiano para considerar como relevante la propiedad, no prevista en la ley, de que los potenciales adoptados fueran hermanos (y/o hubieran mantenido un vínculo afectivo por convivencia) y al menos uno de ellos satisficiera la preceptiva diferencia de edad para con los potenciales adoptantes. Creo que, en supuestos como este, lo que los juristas usualmente entienden es que se ha actuado de conformidad con el Derecho para observar dicha propiedad no prevista en la ley y, en consecuencia, construir una tesis de relevancia más fina que la anterior. Y, dicha actuación conforme al Derecho, no extra-jurídica, se dará, precisamente, porque para construir la nueva tesis de relevancia se ha partido de las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico para el caso en cuestión. Ahora bien, y dicho lo anterior, ¿por qué afirmo que en este tipo de supuestos los jueces constitucionales actúan complementariamente al legislador (y no de un modo contra-mayoritario)?

Para responder a esta pregunta, debe igualmente traerse a colación algo de lo dicho en el segundo capítulo. Así, se señaló que las reglas, a diferencia de lo que sucede con los principios, al ser normas hipotéticas, permiten *tendencialmente* excluir la deliberación acerca de las razones en pro o en contra de su aplicación, es decir, en la mayor parte de las ocasiones no exigen de dicha deliberación. En este sentido, podemos adoptar las palabras de Schauer, cuando –a partir de Hare – señala que: “cuando una regla posee fuerza normativa, su existencia como regla brinda una razón para decidir más allá de toda razón ofrecida por su justificación subyacente<sup>998</sup>”. Sin embargo, cabe señalar, existen excepciones a lo anterior. En efecto, en ocasiones las reglas *fracasan* en el objetivo indicado: en ocasiones exigen deliberación acerca de su contenido de manera previa a su aplicación. Esto es debido a que, en determinadas situaciones, existe una tensión entre el elemento autoritativo de la regla – su función directiva – y la razón o justificación subyacente a la misma. En tales casos, hablamos de la *derrotabilidad* de las reglas.

Sobre lo recién expuesto, no obstante, hay que distinguir, a su vez, entre distintos tipos de situaciones. En particular, según Ródenas<sup>999</sup>, cabe diferenciar entre dos sentidos de derrotabilidad de las reglas: entre: i) la derrotabilidad en el nivel de las *prescripciones* contenidas en sus formulaciones; y entre ii) la derrotabilidad en el nivel de las

---

<sup>998</sup> SCHAUER, 1991: 167.

<sup>999</sup> RÓDENAS, 2012: 36 y ss.

*justificaciones subyacentes* a las reglas. ¿En qué consiste esta diferenciación? Pues bien, cabe decir:

- i) La derrotabilidad en el nivel de las prescripciones puede deberse: a) bien a que las principales razones que respaldan la regla no son aplicables al caso; o b) bien porqué, aun cuando sean de aplicación algunas de las principales razones en pro de la regla, hay otras razones presentes que no han sido consideradas en el balance de las razones que la regla contempla. En términos de Ródenas podemos rotular el primer tipo de situaciones como *casos fuera del alcance de la regla* y al segundo como *excepciones a la regla*<sup>1000</sup>. En tales supuestos se da la derrotabilidad en relación a la prescripción contenida en la solución normativa, mediante la cual la regla se expresa; pero no en el balance de las razones subyacentes a la misma. Ello es así en tanto que podemos apreciar una extralimitación de la prescripción contenida en la formulación de la regla, pero, sin reabrir el balance de razones subyacentes a la misma<sup>1001</sup>.
- ii) En cuanto a la derrotabilidad en el nivel de las razones subyacentes a las reglas<sup>1002</sup>, para comprender cuando ha lugar este segundo tipo de derrotabilidad, debemos partir de la base de que en la genealogía de toda regla regulativa hay un conflicto entre razones tutelado por el derecho; esto es, asumir que todas las reglas regulativas traen su causa en dicho conflicto y que Derecho resuelve el mismo estableciendo un balance entre tales razones. Por supuesto, en ocasiones resulta harto complejo alcanzar conocimiento respecto del balance de las razones que subyacen a una regla, sin embargo, ello no supone negar que las mismas existen y que, en

---

<sup>1000</sup> RÓDENAS, 2012: 39; ver RÓDENAS, 1997 y 2000.

<sup>1001</sup> Esto puede ser entendido como lo que Schauer, a su vez, comprende como casos de *suprainclusión normativa*. Dicho hecho se da en aquellos supuestos en los que la formulación normativa comprende supuestos para los que la justificación subyacente a la regla no justifica su regulación. A esto se refiere específicamente cuando señala que “la generalización del predicado fáctico de la regla es sobreincluyente (en la manera) que comprende estados de cosas que, en casos particulares, podrían no producir la consecuencia que representa la justificación de la regla, aunque el estado de cosas, en tanto tipo, esté relacionado de manera probabilística con la plausibilidad o incidencia de la justificación”. Del mismo modo, no resulta estéril recordar que Schauer también piensa que puede darse el fenómeno inverso, esto es, casos de *infrainclusión normativa*. Esta última se da en aquellos supuestos en los que la formulación normativa contenida en la regla no incluye o comprende casos que, de acuerdo con la aplicación de la justificación subyacente de la regla, debería regular. En palabras de Schauer: las reglas son infraincluyentes cuando “incorporan predicados fácticos que no cubren algunos estados de cosas que en casos particulares producirían la consecuencia que representa la justificación de la regla”, SCHAUER, 1991: 89-92.

<sup>1002</sup> RÓDENAS, 2012: 40 y ss.

la construcción de dicho balance, pueden apreciarse errores. Es decir, nada impide que el juicio de prevalencia entre razones que opera como justificación a una regla esté mal construido. Por ello, cuando hablamos de derrotabilidad en este nivel, entendemos que, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se encuentran implícitas o explícitas en otras normas jerárquica o axiológicamente superiores del sistema jurídico, puede apreciarse un error en el propio compromiso entre razones que opera como justificación subyacente a la regla. Así, en estos casos nos encontramos con que la regla fracasa, tanto en ese caso como en casos sucesivos. Es decir, lo que se considera erróneo es el propio juicio de prevalencia que opera como justificación a la regla, por lo que se asume que esta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras. En estos casos hablamos de la *nulidad* de la regla.

De un modo un tanto artificioso, podría decirse que este segundo tipo de derrotabilidad de las reglas – el que provoca su nulidad – es en el que aquellos que sostienen la OCM parecen estar pensando a la hora de entender ilegítima la actividad o la función del juez constitucional. En términos muy sencillos, por hipótesis, podrían estar planteando algo así como: ¿por qué la ponderación – el balance entre razones o principios constitucionales – que efectúa el juez constitucional tiene que *anular*, decretar como *inválida*, la previa ponderación o balance entre razones efectuada por el legislador para la aprobación de una ley? Esto es, ¿cuál es el motivo que nos ha de hacer ver como legítima la decisión del juez constitucional de considerar incorrecta la justificación subyacente que el legislador ha construido para promulgar su ley? ¿podemos considerar esta actuación contra-mayoritaria? Como la respuesta – para aquellos que sostienen la objeción – no es otra que considerarla como un caso que cae claramente bajo la misma, ¿cómo entender justificada la existencia y la actividad del juez constitucional? Ahora bien, al plantear de manera exclusiva así las cosas, ¿no parecen estar olvidando que en muchos casos los jueces aprecian la derrotabilidad de la ley en el nivel de sus prescripciones y no en el de sus razones subyacentes? A mi juicio, así es<sup>1003</sup>. Como se

---

<sup>1003</sup> Me parece importante, no obstante, destacar lo siguiente. Con cierta libertad, trazaré ahora esta distinción entre casos – con un impacto constitucional – “fáciles” y “difíciles” (sin que coincida con el sentido en que he empleado con anterioridad la distinción entre casos “fáciles” y “difíciles”, pues la que he usado antes ha venido a basarse en si la solución al caso puede derivarse de la reconstrucción que hagamos de las consecuencias asociadas a las instancias paradigmáticas del ejercicio de un derecho – caso fácil – o no – caso difíciles -. En particular, por casos fáciles, diré ahora, podemos comprender aquellos en los que



acaba de ver con el caso sobre el que se pronunció la Corte constitucional italiana, la misma no expulsó, por inconstitucional, la ley de adopción. Traducido a los términos de Ródenas, la Corte no apreció la derrotabilidad de la ley en el nivel de su justificación subyacente, sino en el nivel de su prescripción. En particular, dada la existencia de una laguna axiológica, consideró que debía establecerse una excepción al tenor de la ley, en tanto se dio un caso individual en el que apareció una nueva propiedad o circunstancia genérica, que adquiere el carácter de relevante a la luz de las exigencias de los principios constitucionales involucrados – la tutela del interés del menor y la protección de un ambiente familiar adecuado –. Por ello, puede decirse, la Corte no decretó que la

---

se aprecia una coherencia normativa entre la norma infra-constitucional y el contenido constitucional, por lo que, cuando se dan los mismos, el razonamiento judicial no debe abrirse a los principios constitucionales; el juez tiene una ley que ha de aplicar y con esto se resuelve – coherentemente con los valores constitucionales – el conflicto que ha de resolver. Por ello, dicho en los términos de Ródenas, en tal tipo de casos observamos un ajuste entre la vertiente directiva y la razón subyacente de la regla o norma infra-constitucional, de la ley. Ahora bien, junto a estos, se da la existencia de casos difíciles, entendidos aquí y ahora como aquellos en los cuales el juez observa una tensión – una falta de coherencia – entre la norma infra-constitucional o la ley y los principios constitucionales. Ahora bien, dentro de estos casos difíciles, debe diferenciarse entre aquellos en los que “simplemente” se produce un desajuste entre la vertiente directiva de la ley y su justificación subyacente, sea por se nos presente un caso *fuera del alcance de la regla*, sea porque se nos presenta un caso que opera al modo de *excepción*, por lo que para ese tipo de casos resulta necesario volver a ponderar los principios constitucionales involucrados, pero, sin que se considere incorrecta la ponderación legislativa que opera como justificación subyacente de la regla en aplicación para todos los demás casos que no puedan ser considerados como fuera del alcance de la regla o como excepción a la misma. Esto es, se considera que la ponderación legislativa es correcta como justificación subyacente a la regla a la hora de aplicarla para todos los demás casos – por lo que cabe predicar en los mismos el ajuste entre su vertiente directiva y justificativa -, pero que fracasa – dada la tensión entre ambas vertientes – para algún nuevo caso que se ha dado. Ahora bien, también podríamos considerar como casos difíciles, en los términos que lo vengo haciendo ahora, aquellos en los que se produce una tensión o falta de coherencia entre la norma infra-constitucional, es decir, entre la regla o ley, y algún principio constitucional, y dicha falta de coherencia la podemos predicar en un plano “abstracto”, esto es, para todos los casos que se nos puedan presentar. En este tipo de situaciones lo que se entiende es que la tensión entre la vertiente directiva y justificativa de la regla o norma infra-constitucional se produce siempre, por ello, la norma debe ser anulada porque no presenta una justificación coherente con las exigencias constitucionales y, en consecuencia, no debe desempeñar ningún papel en la resolución o calificación de ningún caso futuro. Pues bien, aunque en estos dos últimos tipos de situaciones puedan ser calificadas de manera más o menos pacífica como propias de “casos difíciles”, las consecuencias derivadas son sensiblemente distintas y, por ello, deben ser diferenciados cuando planteamos la cuestión de la posible legitimidad o ilegitimidad de la actuación del juez constitucional en relación al control sobre la legislación emanada de nuestros representantes democráticos. Y es que no pueden olvidarse dos reflexiones sobre este extremo – ya citadas -, así, AHUMADA RUÍZ, 2002, escribe: “los Tribunales Constitucionales han pasado del control de constitucionalidad al de “microconstitucionalidad”, del control de la ley al control de la aplicación de la ley, de la preocupación por la constitucionalidad de la ley en abstracto, a la prioridad del examen de su constitucionalidad en relación a supuestos concretos de aplicación”. En términos parecidos se pronuncia FERRERES, 2011: 35, cuando nos recuerda cómo “la tendencia general en la Europa occidental se mueve en la dirección de un sistema de control de constitucionalidad que se suele efectuar en el contexto de casos concretos (...). El control abstracto promovido a través del recurso de inconstitucionalidad es menos frecuente en la práctica”. Esto es, no podemos olvidar como la mayor parte de casos que resuelven nuestros jueces constitucionales están relacionados con desajustes entre la vertiente directiva y justificativa de la legislación ordinaria, repito, con la posible falta de coherencia entre la ley y la Constitución, en casos concretos que deben ser entendidos como “fuera del alcance de la ley” o como “excepción a la ley”, y no sobre la ley “en abstracto” – por ello, la función principal del juez constitucional, en la actualidad, ya no es la de actuar como “legislador negativo” (ver PRIETO SANCHÍS, 2001 o 2003; GASCÓN, 2016) -.

ponderación o revisión legislativa entre los principios involucrados era incorrecta (de ahí que no decretara la expulsión de la ley del Ordenamiento jurídico), sino que se limitó a construir una tesis de relevancia más fina que la que había sido adoptada por el legislador, tesis que generó un nuevo universo de casos respecto del universo de casos existente con anterioridad. Adicionalmente, cabe tener en consideración, al haberse apreciado la referida propiedad en un caso que no se había producido con anterioridad, puede decirse que todos los anteriores casos, resueltos con la tesis de relevancia contemplada en la ley de adopción, fueron decididos correctamente, aun cuando la misma suponía una tesis de relevancia incorrecta, no definitiva, al no construir un universo de casos definitivo. ¿Por qué se dan estas situaciones? Pues bien, el principal motivo por el cual, en ocasiones, nos topamos ante leyes que manejan o articulan tesis de relevancia no definitivas, acorde con las exigencias derivadas de los principios involucrados, no es otro que el que nos recuerda Hart<sup>1004</sup>, y está directamente relacionado con el problema de la relativa ignorancia de los hechos futuros. Y dicho problema u obstáculo puede darse, nos dice Hart, en tanto nuestros legisladores son seres humanos y no dioses omniscientes. Y es que, cuando el legislador promulga una ley, generalmente, lo hace pretendiendo que la misma no sea ambigua, esto es, pretendiendo dejar claro los supuestos o casos que regula y, obviamente, por adelantado, pues se promulga con la intención de que la ley sea aplicable a casos que acontecerán en el futuro. Pero, precisamente en el futuro, pueden darse nuevos casos que presenten propiedades relevantes que el legislador, por muy diversos motivos, simplemente no previó. Es por lo anterior que, como nos recuerda Moreso<sup>1005</sup>, debe admitirse que al menos en este aspecto la función de los jueces resulta inevitable. Y es que, como he venido insistiendo, no puede olvidarse que los derechos constitucionales se expresan mediante normas que sólo operan *prima facie*, por ello, a menudo entran en conflicto entre sí. En la mayor parte de las ocasiones, no obstante, es posible proceder con su reformulación de conformidad con una tesis de relevancia definitiva capaz de regular de un modo unívoco todos sus casos genéricos de conflicto, y esto se hace precisamente, y de manera ordinaria, por medio de las leyes emanadas de nuestros representantes democráticos. Ahora bien, en ocasiones existirán casos individuales que presenten nuevas propiedades relevantes que desafíen la tesis de relevancia construida por el legislador y será necesario, por ello, acorde a las exigencias de los principios involucrados en el conflicto, construir una nueva tesis de relevancia más fina que articule

---

<sup>1004</sup> HART, 1994.

<sup>1005</sup> MORESO, 2009: 130 y 144.

un nuevo universo de casos capaz de tomar en consideración esas nuevas propiedades no previstas; esto es, dirimir los nuevos escenarios de conflicto entre los principios en colisión. Y, si no queremos convertir los Parlamentos en órganos judiciales, tendremos que reconocer que esta misión habrá de ser llevada a cabo por los jueces. Esto es, el legislador no puede prever por adelantado todos los casos de conflicto entre derechos. Por ello, si se tiene en consideración que *muchas de las decisiones* (de hecho, la gran mayoría de ellas) de los órganos judiciales que controlan la constitucionalidad son de este tipo, ello no debe ser ignorado cuando nos preguntamos sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. En definitiva: “no siempre las decisiones de estos son contra-mayoritarias, algunas veces sólo establecen soluciones a conflictos que la mayoría no puede resolver<sup>1006</sup>”.

---

<sup>1006</sup> MORESO, 2009: 144.





## CONCLUSIONES

Expresados de un modo esquemático, los resultados de esta investigación pueden presentarse en las proposiciones siguientes.

- Suele afirmarse – aunque sin que dicha afirmación se presente exenta de discusiones – que hemos asistido a un genuino *cambio de paradigma* jurídico fruto del constitucionalismo desarrollado tras la Segunda Guerra Mundial. Cómo he tratado de mostrar, sin embargo, este cambio de paradigma debe ser observado de manera necesariamente simultánea en sus dos vertientes: i) como un cambio *estructural* en nuestros marcos constitucionales; ii) como un cambio en la *ideología* constitucional contemporánea.
- El cambio estructural que ha marcado a nuestros Ordenamientos actuales reside en el hecho de que ahora en el vértice de los mismos se encuentra una Constitución con determinadas propiedades (no presentes en las Constituciones anteriores). A su vez, este cambio estructural, de manera primaria, resulta predicable en relación a los Estados del *civil law*. Las primeras manifestaciones de este cambio estructural las suponen la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de 1919, pues en ellas se encuentran presentes algunos de los rasgos que van a impregnar a las Constituciones venideras: un catálogo de derechos fundamentales - compuesto por derechos de libertad, civiles, de participación democrática, sociales, etc. -, entendidos como inviolables (dando entrada al control judicial de constitucionalidad, expresamente previsto en la mayor parte de las Constituciones), el reconocimiento de todo un elenco de cláusulas materiales u objetivos de interés público, el establecimiento de algún grado de rigidez constitucional, etc.

- Estos cambios estructurales no suponen elementos suficientes para explicar el cambio de paradigma acontecido a raíz del constitucionalismo contemporáneo. Resulta también necesario, a tal fin, tener en consideración otros elementos necesarios: la carga axiológica o normativa implícita en nuestra actual conceptualización acerca de lo que supone o es una Constitución y las exigencias – también normativas - para el correcto empleo de la expresión “Estado constitucional” – o “democracia constitucional” -. Del mismo modo, debe ser observada la específica operatividad que en la actualidad brindamos a nuestras Constituciones, es decir, la precisa función política que en la actualidad les atribuimos.
  
- El concepto de Constitución utilizado en nuestros días constituye un concepto restringido, específico y axiológicamente robusto, que se identifica, en definitiva, con la Constitución del constitucionalismo como proyecto político. Por ello, es necesario que la forma constitucional adoptada por una comunidad política reconozca y garantice las exigencias del constitucionalismo político, exigencias que deben ser entendidas como las propias del liberalismo democrático y en las que juegan un papel central de fundamentación las asociadas a la garantía, respeto y realización de aquellos derechos y libertades entendidos como fundamentales. En particular, la estrategia que ha seguido el constitucionalismo como proyecto político para tratar de garantizar, asegurar y realizar los derechos y libertades fundamentales, ha consistido en adoptar modelos de Constitución (al menos parcialmente) regulativos o normativos, observando de este modo al conjunto de exigencias constitucionales, expresamente contempladas en el texto constitucional, al modo de deberes constitucionales, de principios y directrices dirigidas frente a los poderes estatales (especialmente frente al legislador) y frente al conjunto de la ciudadanía. Tales principios y directrices deben ser entendidos como la “razón social” de nuestros actuales modelos estatales, es decir, como aquello que les dota de sentido y de justificación.
  
- A su vez, sólo podemos afirmar que nos encontramos ante un Estado constitucional (o ante una democracia constitucional) si en torno a tal tipo de Constitución se ha producido la estabilización de la conducta jurídico-política de la comunidad. Es decir, si la Constitución del constitucionalismo político puede

ser - *de facto* - considerada como el conjunto de normas fundamental para la comunidad.

- La manera en qué entendemos que la Constitución interactúa con el resto del Ordenamiento jurídico viene directamente condicionada por nuestra actual concepción constitucional, en particular, por aquella que le otorga un específico ámbito de operatividad o le asigna una precisa función política. Así, en nuestros días, hemos pasado de observar al conjunto de exigencias constitucionales como un *límite negativo* de la actuación de los poderes estatales a verlas como el *contenido legítimo* del resto del Ordenamiento jurídico. Del mismo modo, su ámbito de operatividad ya no es exclusivo en las relaciones del Estado, o del Estado con los particulares, sino que se extiende sobre cualquier relación jurídico-política o social que pueda darse en nuestras comunidades. Por ello, puede decirse, nuestras actuales Constituciones no sólo se observan como un límite a la actuación del Estado, sino también, e incluso de manera principal, como un molde para el conjunto de las relaciones sociales y/o para la sociedad civil.
- Esta concepción ha sido acogida, aún no siempre de un modo pacífico, por nuestra jurisprudencia y doctrina constitucional. De manera simplificada, puede decirse, ello ha dado lugar para que el conjunto de exigencias constitucionales sean observadas al modo de un *sistema de valores completo y pregnante*. Por ello, cualquier sector, subsector, norma, acto o relación jurídica del resto del Ordenamiento debe guardar coherencia y adaptarse al sistema de valores reconocido por la Constitución.
- La manera en que se ha venido a asegurar el papel regulativo que han de desempeñar nuestras Constituciones, sobre el conjunto del Ordenamiento jurídico, ha sido reconociendo sus exigencias de un modo escrito y rígido, e instaurando órganos de control, en particular, introduciendo la institución del control judicial de constitucionalidad. Esto hace que el constitucionalismo contemporáneo, en principio o para muchos, entre en tensión con el ideal del autogobierno colectivo. Esta tensión puede analizarse sobre tres ejes centrales: i. sobre el reconocimiento de una serie de derechos y libertades fundamentales (así



como de objetivos y directrices de interés público) que se sitúan por encima de la competencia ordinaria del legislador democrático; ii. sobre la rigidez asociada o introducida respecto de nuestras Constituciones, al menos, en lo que se refiere al propio reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales; iii. sobre el diseño e instauración de órganos de control – jurisdiccionales o semi-jurisdiccionales – para fiscalizar que las leyes y el resto de decisiones políticas emanadas de nuestros representantes democráticos (y/o de cualquier otro poder estatal), así como el conjunto de actos y relaciones jurídicas en las que se vean involucrados los particulares, respeten las exigencias constitucionales.

- La única manera en que podemos relajar la tensión entre el reconocimiento y constitucionalización de un catálogo de derechos y libertades fundamentales, que se superponen a la esfera de la competencia ordinaria del legislador democrático, y el ideal del auto-gobierno colectivo, radica en adherirnos a Constituciones, regulativas o normativas y rígidas, “abiertas”. Ello hace que, tomando seriamente en consideración las exigencias derivadas del ideal del auto-gobierno colectivo, debamos rechazar la propuesta – normativa – que algunos autores lanzan en favor de una Constitución de “detalle”.
- Independientemente de cualquier consideración normativa, es un hecho que nuestras actuales Constituciones exhiben un notable grado de apertura regulativa. Ello no se debe sólo, o incluso no primariamente, a que ésta sea la única manera en que podamos resistir las embestidas de la objeción contra-mayoritaria frente al constitucionalismo rígido, sino a que la realidad no puede ser más que ésta si atendemos al contexto socio-político histórico en el que cualquier Constitución es elaborada, o a las dificultades y tensiones que existen al momento de cualquier aprobación de toda nueva Constitución, que pueda ser vista como el producto de un consenso compartido y no de la imposición política de una de las partes sobre las demás.
- En sociedades complejas y plurales, como las contemporáneas, ha sido o es posible adoptar una Constitución con amplio grado de consenso y comprendida al modo de reconocimiento de criterios de legitimidad para regir la acción jurídico-

política de la comunidad, gracias a los acuerdos incompletamente teorizados o a los acuerdos superficiales.

- El principal producto de los acuerdos incompletamente teorizados, que no tratan de dar satisfacción plena a nadie sino satisfacción básica a todos los que se adhieran a una Constitución, viene manifestado por el hecho de que nuestros constituyentes acometen la redacción o el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, así como de los objetivos o directrices a materializar, haciendo uso de conceptos valorativos enunciados a través de principios.
- Por lo anterior, la abundante presencia de conceptos valorativos en nuestros textos constitucionales se explica, de manera básica, como una deliberada renuncia por parte de los constituyentes a reconocer los derechos y libertades en términos puramente descriptivos. Esto, como consecuencia, provoca que las normas por las que se reconocen los derechos y libertades constitucionales presenten un tipo especial de vaguedad, una vaguedad valorativa – tanto intensional cuanto extensional – que exigirá, en buena parte de los casos, de manera previa a su aplicación o concreción, de un juicio de valor por parte del intérprete-decisor. Del mismo modo, debe advertirse, en la mayor parte de los casos, los constituyentes sólo han introducido en nuestras Constituciones conceptos abstractos – igualdad, libertad, dignidad, etc. -, pero no maneras particulares de entender los mismos o concreciones acerca de éstos, es decir, ninguna concepción particular en torno a ellos.
- Por su parte, cabe destacar como tales predicados valorativos aparecen contenidos en disposiciones que enuncian, de manera esencial, principios y no reglas. A consecuencia de ello, nuestros derechos y libertades fundamentales aparecen reconocidos de un modo in-articulado y sólo *prima facie*.
- Debe concluirse que, a causa del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales a través de principios, formulados haciendo uso de predicados valorativos, nuestras Constituciones mantienen abierto el proceso deliberativo respecto de la determinación de los mismos. Por ello, puede decirse, nuestras

Constituciones no pueden verse al modo de documentos regulativos autoritativos que buscan resolver *ex ante* todos los problemas jurídico-políticos que puedan plantearse en torno a los mismos. Planteado en los términos más rudos, debe aceptarse, así, que la constitucionalización de un catálogo de derechos y libertades, formulados del modo expuesto, no puede ser observado en grado alguno como la imposición de la voluntad de los “muertos sobre los vivos”. Ello, expuesto en los términos más sencillos, se debe a que los principios constitucionales, a través de los cuales se reconocen los derechos y libertades fundamentales, para poder ser utilizados deben previamente ser concretados y, en caso de conflicto, ponderados. Y, ésta resulta una tarea que se encomienda y es obra del conjunto de los poderes constituidos, especialmente del legislador democrático, y no del poder constituyente.

- El ideal del auto-gobierno colectivo también parece presentarse – *a priori* – en considerable tensión con la forma rígida que adoptan nuestras Constituciones. Ello explica el que la objeción contra-mayoritaria también pueda plantearse en relación a las dificultades u obstáculos que se le imponen al legislador para poder modificar el contenido constitucional, por medio de una reforma constitucional.
- No obstante, cabe advertir cómo nuestras Constituciones, dado el notable grado de apertura regulativa que exhiben, presentan una considerable *resistencia constitucional*. Ello explica el que, en la mayor parte de las ocasiones, exhiban una evidente capacidad de adaptación a la dinámica política y a ser leídas en función de los nuevos problemas, sensibilidades o expectativas a propósito de los derechos en ellas contenidas, sin asumir la necesidad de satisfacer el costo agravado que implica su reforma. Sin embargo, por muy diversos motivos, en ocasiones el grado de resistencia puede resultar insuficiente y, en consecuencia, cabe dar cuenta de los reclamos o demandas de la objeción contra-mayoritaria en contra de aludida rigidez, es decir, de las dificultades existentes respecto de la reforma de nuestras Constituciones.
- Resulta importante, no obstante, no incurrir en simplificaciones. La rigidez constitucional no supone una propiedad cualitativa, “todo o nada”, sino que se

trata de una propiedad gradual. En efecto, se da la existencia de una amplia diversidad de procedimientos de reforma constitucional agravados respecto del procedimiento legislativo ordinario, pero, sin embargo, no análogos en la dureza de sus requisitos ni en el grado de afectación a los principios democráticos. Por ello, para examinar la pertinencia de la objeción frente a la rigidez constitucional, cabe diseccionar los distintos tipos de procedimientos o situaciones existentes y ver cuáles pueden dar lugar, y cuáles no, a mencionada objeción.

- Por lo anterior, y cómo he tratado de demostrar, en la actualidad la objeción frente a la rigidez constitucional únicamente adquiere relevancia significativa frente a la existencia de cláusulas de intangibilidad ante cualquier posible reforma constitucional o frente a la exigencia de súper mayorías como requisito – único o agregado – para reformar la Constitución.
  
- He tratado de demostrar como la exigencia de súper mayorías como requisito preceptivo para la reforma constitucional resulta justificable. En particular, mi estrategia para alcanzar este objetivo ha radicado en rescatar de sus críticos la idea o la tesis del precompromiso constitucional, como mecanismo o instrumento que justifica que el reconocimiento de ciertos derechos y libertades se sitúe por encima de la esfera de la actuación política ordinaria. En términos más precisos, se ha señalado cómo el mecanismo del precompromiso constitucional resulta justificable si se acepta que la fortuna de este mecanismo radica en que supone un instrumento para alcanzar decisiones racionales, capaces de mediar con la pluralidad y el conflicto que se da en toda sociedad, que adquiere valor en la medida que protege algo considerado como digno de protección y que la calidad deliberativa que se le presupone viene dada por el consenso existente en nuestras sociedades en torno a conceptos o principios que, formulados de un modo abstracto, son aceptados por (casi) todos. Sin embargo, del mismo modo se han señalado dos límites a este instrumento: i. el primero de carácter fáctico, pues nada asegura que la comunidad política, en un momento dado, no pueda deshacer su propio precompromiso; ii. el segundo de carácter normativo, pues no parece descabellado permitir que la comunidad, si logra alcanzar grados de consenso y de calidad deliberativa semejantes a los del momento constituyente o, al menos, superiores a los de los momentos legislativos ordinarios, pueda reformar la

Constitución. Por ello, se ha concluido, la exigencia de súper mayorías parece resultar aceptable en tanto, *prima facie*, posibilita respetar el precompromiso constitucional, pero no niega la posibilidad – fáctica – de que la comunidad pueda deshacer el mismo, ni da un trato asimétrico entre las (súper)mayorías políticas presentes o futuras respecto de las (súper)mayorías políticas pasadas, es decir, entre los actores políticos que promuevan una reforma constitucional y aquellos que promulgaron la Constitución. En definitiva, he tratado de demostrar la legitimidad que podemos predicar respecto de lo que Ackerman rotuló como el “*modelo dualista*”, en el que se establecen restricciones a la regla de la mayoría, pero en el que las mismas están sujetas a la posibilidad de revisión constitucional.

- Sin embargo, en el trabajo se ha dado un paso más. En este sentido, he tratado de argumentar como nuestros actuales modelos constitucionales se parecen (al menos, se parecen) más a un “*modelo fundamentalista*” – en el que se establecen restricciones a la regla de la mayoría de una vez para siempre – que a un modelo dualista. Las razones que he dado para ello, en esencia, son las siguientes: i. en primer lugar, dada nuestra comprensión actual, entendemos al conjunto de derechos y libertades contenidos en una Constitución como reconocidos, y no como creados *ex novo* o conferidos, por el poder constituyente. Ello, en algún sentido, implica que los consideramos como pre-constitucionales, como meta-constitucionales. En consecuencia, lo que no fue nunca del poder constituyente, no puede ser reformado por poder constituyente o constituido alguno. ii) En segundo lugar, he tomado en consideración un importante argumento conceptual. Así, según el concepto de Constitución usualmente empleado en el lenguaje ordinario y en el de los juristas – que subyace a la propia Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano –, se entiende por Constitución a aquel conjunto de normas (y/o práctica social) que establece la división o la separación del poder político, estando el ejercicio del mismo regulado por el Derecho y limitado y/u orientado por el respeto hacia los derechos y libertades fundamentales. Si partimos de este concepto, en consecuencia, resulta fácil comprender cómo la competencia para reformar una Constitución no puede implicar la competencia para desnaturalizar la misma; pues tales contenidos – los derechos y libertades fundamentales, la división del poder político y el ideal del Estado de Derecho – suponen o se entienden como límites lógicos, necesarios,

intrínsecos o no contingentes a cualquier Constitución o intento de reforma sobre la misma. En consecuencia, si los mismos son afectados por una reforma, tras ésta, ya no podemos, en propiedad, afirmar la existencia de Constitución alguna. Esto hace que las críticas o demandas de la objeción contra-mayoritaria frente al constitucionalismo rígido contemporáneo se proyecten sobre él con especial virulencia, pues una (deficiente) comprensión de lo anterior podría llevarnos a concluir que nuestros marcos o textos constitucionales deben ser entendidos como absolutamente “petrificados”.

- Sin embargo, no debe llegarse a esa conclusión. Así, he argumentado en el trabajo, no cualquier reforma constitucional, aun pivotando sobre el contenido esencial de toda Constitución, debe ser entendida, *per se*, al modo de una afectación ilegítima a dicho contenido. Y es que, los hemos visto, cualquier reforma constitucional acontecida en momentos de normalidad política debe ser comprendida, *prima facie*, al modo de enmienda al texto constitucional, con el objetivo de garantizar de un mejor modo los propios derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución, e, igualmente, al modo de una concreción de los mismos, es decir, al modo de una expresa introducción de una específica o particular concepción en torno a ellos. Por ello, cabe decir, teniendo adicionalmente en mente las dificultades u obstáculos que debe superar el legislador democrático a la hora de materializar con éxito cualquier intento de reforma constitucional, el juez debe desempeñar un papel sensiblemente cauteloso o auto-restringido respecto de la posibilidad de poder anular o decretar como inválida, como inconstitucional, tal reforma; siempre y cuando, insisto en ello, la misma sólo pueda ser comprendida al modo de enmienda al texto constitucional y/o como una expresa introducción de una concepción más específica o particular acerca de nuestros derechos (motivada, en última instancia, sobre la comprensión de que el anterior reconocimiento y/o positivización de nuestros derechos y libertades resultaba fragmentario, insuficiente o frágil en el objetivo de garantizarlos del mejor modo posible).
- Junto con lo anterior, he tratado también de justificar en términos democráticos la intangibilidad del contenido mínimo de toda Constitución. Es decir, he sostenido que, vistas adecuadamente las cosas, el posible cuestionamiento frente a la rigidez

constitucional – siendo la intangibilidad el grado extremo de esta rigidez – de los derechos y libertades fundamentales, resulta equivocado o desenfocado si se sostiene sobre el entendimiento que dicha intangibilidad o imposibilidad de reforma – o de supresión – sobre los mismos choca o atenta contra el ideal del auto-gobierno colectivo. En efecto, según se ha apuntado, cabe considerar que la mayor parte de los derechos y libertades fundamentales que pueden verse como las regiones específicas del “coto vedado” o de la “esfera de lo indecible” constituyen, en realidad, el contenido de necesario respeto para que cualquier régimen genuinamente democrático sea viable como tal y para que no opere vacío de sentido alguno. En definitiva, he afirmado, la mayor parte de los derechos y libertades que deben permanecer intangibles o ser entendidos como insuprimibles, simultáneamente, deben ser comprendidos al modo de las condiciones – en lo que respecta a los derechos de participación política – y de las precondiciones – en lo que respecta a los derechos de libertad y al grueso de los derechos sociales – que posibilitan y dotan de sentido a toda forma de gobierno democrática. Ello hace, en definitiva, que no sólo existan argumentos conceptuales sobre los que defender la necesidad de que determinados derechos conformen un coto vedado frente a cualquier mayoría, sino que, para la mayor parte de ellos, su inserción dentro de este coto se fundamenta también sobre genuinas razones democráticas.

- Por último, la tensión en el marco de la cual la objeción contra-mayoritaria se ha planteado con mayor fuerza o específica fijación en los últimos años, reside en el para muchos entendido como un difícil o imposible matrimonio entre el ideal del auto-gobierno democrático y la existencia de un control judicial fuerte o robusto. En efecto, la objeción contra-mayoritaria en los últimos tiempos, también en nuestro ámbito, ha centrado sus demandas de manera especial frente a la existencia y actividad del juez constitucional, más específicamente, frente al hecho de que el mismo detente la última palabra en materia de interpretación constitucional. Es por ello que en la actualidad muchos autores se adscriben, defienden u abogan de un modo expreso por un modelo de control judicial débil, que no quite a nuestros representantes democráticos la última palabra en cuanto a la determinación del contenido constitucional. Sin embargo, y aun quizá nadando contracorriente, en el trabajo me he posicionado de un modo claro en favor de un modelo de control judicial fuerte, observándolo como un instrumento necesario

para lograr materializar la propia fuerza regulativa de nuestras actuales Constituciones, negando de este modo los reclamos de la objeción contra-mayoritaria o rechazando expresamente la adhesión hacia un sistema de control débil. Dicho de manera sintética, los motivos en base a los cuales he fundado este posicionamiento han sido tres: i. el rechazo hacia el principal motivo o causa de adhesión a la objeción contra-mayoritaria, esto es, el rechazo de la tesis según la cual nuestras Constituciones se encuentran absoluta o radicalmente indeterminadas, al menos, en sus partes dogmáticas o sustantivas; ii. he defendido que, incluso ante escenarios en los cuales la interpretación o determinación de qué es exactamente lo que exige la Constitución resulte difícil o muy difícil, en ocasiones, la actuación de los jueces constitucionales puede llegar a presentar una importancia trascendental en garantía de los propios principios que fundamentan una genuina forma de gobierno democrática; iii. por último, he recalcado cómo en muchas ocasiones, de hecho, en la mayor parte de ellas, en las que los jueces intervienen para dar solución a conflictos, casos o problemas de impacto constitucional, lo hacen desde un rol que debe comprenderse como complementario al que vienen a desempeñar nuestros representantes democráticos, y no en un rol contra-mayoritario. En consecuencia, he sostenido que resulta una equivocación sostener que nuestros jueces constitucionales son o se desempeñan siempre, o esencialmente, como un órgano o poder contra-mayoritario; antes, al contrario, en la mayor parte de las ocasiones tiene sentido observar a los mismos como un órgano necesario y en una esfera de actuación complementaria a la del legislador, salvo que aspiremos a proyectar el irrealizable objetivo de convertir a nuestros Parlamentos en una suerte de instancia jurisdiccional.





## CONCLUSIONI

Espresso in modo schematico, i risultati di questa ricerca sono presentati nelle seguenti proposizioni.

- Si è soliti affermare – sebbene questa affermazione non sia esente da discussioni – che abbiamo assistito ad un vero e proprio cambio di paradigma giuridico prodotto dal costituzionalismo sviluppatosi dopo la Seconda Guerra Mondiale. Come ho cercato di dimostrare, comunque, questo cambiamento deve necessariamente essere osservato simultaneamente su due fronti: i. come un cambiamento strutturale nei nostri quadri costituzionali; ii. come un cambiamento nell'ideologia costituzionale contemporanea.
- Il cambiamento strutturale che ha segnato i nostri Ordinamenti attuali consiste nel fatto che ora all'apice degli stessi vi è una Costituzione con determinate caratteristiche (non presenti nelle Costituzioni precedenti). A sua volta, questo cambiamento strutturale, principalmente, è prevedibile in relazione agli stati del *civil law*. Le prime manifestazioni di tale cambiamento strutturale sono la Costituzione messicana del 1917 e la Costituzione tedesca del 1919, perché in esse sono presenti alcune caratteristiche delle Costituzioni future: un catalogo dei diritti fondamentali (composto da diritti di libertà, civili, di partecipazione democratica, sociali, eccetera) intesi come inviolabili (inaugurando il controllo giurisdizionale), espressamente previsto nella maggior parte delle Costituzioni, il riconoscimento di clausole materiali o obiettivi di interesse pubblico, l'istituzione di un certo grado di rigidità costituzionale, eccetera.
- Questi cambiamenti strutturali non presentano elementi sufficienti per spiegare il cambiamento di paradigma avvenuto alla radice del costituzionalismo contemporaneo. È anche necessario prendere in considerazione altri elementi

fondamentali: il concetto normativo di Costituzione, il concetto, anch'esso normativo, di Stato costituzionale o democrazia costituzionale, e la specifica funzione politica che diamo alle nostre Costituzioni.

- Il concetto di Costituzione utilizzato ai giorni nostri è un concetto ristretto, specifico e assiologicamente vigoroso che si identifica con la Costituzione del costituzionalismo come progetto politico. Pertanto, è necessario che la forma costituzionale adottata da una comunità politica riconosca e garantisca le esigenze del costituzionalismo politico, esigenze che devono essere intese come proprie del liberalismo democratico, e tra loro ci sono quelle che svolgono un ruolo centrale in quanto associate alle esigenze di garanzia e di rispetto dei diritti fondamentali. In particolare, la strategia seguita dal costituzionalismo come progetto politico per cercare di garantire, proteggere e realizzare i diritti e le libertà fondamentali è stata di adottare modelli di Costituzione (almeno parzialmente) regolativi o normativi, rispettando così l'insieme di esigenze costituzionali, espressamente previste nel testo costituzionale, come doveri costituzionali, principi e orientamenti rivolti ai poteri dello Stato (e specialmente al legislatore) e alla cittadinanza. Per questo, si può dire che questi doveri e principi sono la ragione sociale dei nostri attuali modelli statali, cioè sono ciò che dà loro significato e giustificazione.
- Nello stesso modo, possiamo dire che ci troviamo davanti a uno Stato costituzionale (o davanti a una democrazia costituzionale) solo se attorno a questo tipo di Costituzione si è generata la stabilizzazione della condotta giuridica e politica della comunità. Cioè, se la Costituzione del costituzionalismo politico può essere - *de facto* - considerata come l'insieme delle regole fondamentali per la comunità.
- Il modo in cui intendiamo che la Costituzione interagisce con l'ordinamento giuridico è direttamente condizionato dalla nostra attuale concezione costituzionale che, in particolare, le attribuisce uno specifico campo di applicazione o le assegna una funzione politica specifica. Così, ai giorni nostri, si è passati da una visione delle norme costituzionali come un limite negativo per l'attività dei poteri dello Stato, ad una visione che le interpreta come contenuti legittimi del resto dell'ordinamento. Allo stesso modo, il loro campo di

applicazione non è esclusivo delle relazioni dello Stato, o dello Stato con i privati, ma si estende su qualsiasi rapporto giuridico, politico o sociale che può esistere nelle nostre comunità. Per questo, si può dire, le nostre attuali Costituzioni non solo sono viste come un limite all'azione dello Stato, ma anche come uno strumento per modellare l'insieme delle relazioni sociali e/o per la società civile.

- Questa concezione è stata accolta, anche se non sempre in modo pacifico, da parte della nostra giurisprudenza e dottrina costituzionale. In modo molto semplificato, cioè, si può dire che le norme costituzionali sono viste come un sistema completo di valori. Per questo, qualsiasi settore, sottosettore, regola, atto o rapporto giuridico del resto dell'ordinamento giuridico deve mantenere la coerenza e adattarsi al sistema di valori riconosciuto dalla Costituzione.
  
- Il modo in cui si è assicurato il ruolo regolativo che devono svolgere le nostre Costituzioni sull'insieme dell'ordinamento giuridico è stato di riconoscere le sue esigenze per iscritto, in modo rigido e introducendo organi di controllo, in particolare il controllo giurisdizionale. Questo fa sì che il costituzionalismo contemporaneo, in linea di principio e per molti, entri in tensione con l'ideale di autogoverno collettivo. Questa tensione può essere analizzata in virtù di tre componenti principali: i. il riconoscimento di una serie di diritti e libertà fondamentali (come gli obiettivi e le linee guida di interesse pubblico) che stanno al di sopra della competenza ordinaria del legislatore democratico; ii. la rigidità associata o introdotta nelle nostre Costituzioni, almeno per quanto riguarda il riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali; iii. la progettazione e istituzione di organismi di controllo - giudiziari o semi-giudiziari - per sorvegliare che le leggi e altre decisioni politiche prese dai nostri rappresentanti democratici (e / o di qualsiasi altro potere statale), così come tutti gli atti e rapporti giuridici in cui si vedano coinvolti gli individui, rispettino le norme costituzionali.
  
- L'unico modo in cui possiamo allentare la tensione tra il riconoscimento e costituzionalizzazione di un catalogo di diritti e libertà fondamentali, che si pongono al di sopra della sfera di competenza ordinaria del legislatore democratico, e l'ideale di autogoverno collettivo, risiede nella adesione a Costituzioni, regolative o normative, e rigide, "aperte". Ciò fa sì che, prendendo

in considerazione le esigenze derivanti dall'ideale dell'autogoverno collettivo, dobbiamo respingere la proposta - normativa – che alcuni autori lanciano in favore di una costituzione di “dettaglio”.

- Indipendentemente da qualsiasi considerazione normativa, è una realtà che le nostre Costituzioni attuali mostrano un notevole grado di apertura regolativa. Questo non si deve solo, comunque non primariamente, al fatto che questo sia l'unico modo per resistere agli attacchi della obiezione contro-maggioritaria contro il costituzionalismo rigido, ma che la realtà non può essere diversa, se si considerano il contesto storico, sociale e politico in cui qualsiasi costituzione è elaborata, o le difficoltà e le tensioni che esistono al momento dell'approvazione di qualsiasi nuova costituzione, che può essere vista come il prodotto di un consenso condiviso e non come un'imposizione politica di una delle parti sopra la maggioranza.
- Nelle società complesse e pluralistiche, come quella contemporanea, è stato o è possibile adottare una costituzione con un ampio grado di consenso e intesa come riconoscimento di criteri di legittimità per disciplinare l'azione giuridica e politica della comunità, grazie ad accordi incompletamente teorizzati o ad accordi superficiali.
- Il prodotto principale degli accordi incompletamente teorizzati che non raggiungono la soddisfazione piena di nessuno, ma solamente una soddisfazione di base di tutti coloro che aderiscono ad una Costituzione, si manifesta con il fatto che i nostri costituenti si impegnano alla stesura o al riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali così come degli obiettivi o delle linee guida da realizzare, utilizzando concetti valutativi enunciati attraverso dei principi.
- Pertanto, la presenza abbondante di concetti valutativi nelle nostre costituzioni si spiega, in modo semplice, come una deliberata rinuncia dei costituenti a riconoscere i diritti e le libertà in termini puramente descrittivi. Questo, come conseguenza, fa sì che le regole con cui i diritti e le libertà costituzionali sono riconosciuti presentino un particolare tipo di indeterminatezza, una indeterminatezza di valori che richiederà, nella maggior parte dei casi, e preliminarmente alla loro applicazione o realizzazione, un giudizio di valore da

parte dell'interprete-decisore. Allo stesso modo, si deve rilevare che nella maggior parte dei casi, i costituenti hanno introdotto nelle nostre Costituzioni solo concetti astratti - uguaglianza, libertà, dignità, etc. - ma nessuna maniera particolare di intendere gli stessi o concretizzarli, vale a dire, nessuna concezione particolare dei medesimi.

- D'altra parte, tali concetti valutativi appaiono in disposizioni che esprimono, in sostanza, principi e non regole. Come risultato, i nostri diritti fondamentali e le libertà appaiono riconosciuti in maniera in-articolata e solo a *prima facie*.
- Si deve concludere che, a causa del riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali attraverso i principi formulati utilizzando concetti valoriali, le nostre Costituzioni mantengono aperto il processo deliberativo per quanto riguarda la determinazione degli stessi. Pertanto, si può dire che le nostre Costituzioni non possono essere viste come documenti regolativi autoritativi, che cercano di risolvere *ex ante* tutti i problemi giuridici e politici che possono sorgere intorno ad esse. Nei termini più severi, si deve ammettere che la costituzionalizzazione di un catalogo dei diritti e delle libertà, formulata nei termini qui esposti, non può essere vista in nessun modo come l'imposizione della volontà dei "morti sui vivi." Questo, detto in termini più semplici, si deve al fatto che i principi costituzionali, con i quali i diritti e le libertà fondamentali vengono riconosciuti, per essere utilizzati devono prima essere concretizzati e, in caso di conflitto, ponderati. E questo è un compito che viene attribuito all'insieme di tutti i poteri costituiti, in particolare al legislatore democratico, piuttosto che al potere costituente.
- L'ideale dell'autogoverno collettivo sembra anche presentarsi - *a priori* - in forte tensione con la forma rigida adottata dalle nostre Costituzioni. Questo spiega che l'obiezione contro-maggioritaria può essere sollevata anche per quanto riguarda le difficoltà o gli ostacoli che sono imposti al legislatore per modificare il contenuto costituzionale, per mezzo di una modifica costituzionale.
- Ciò nonostante, si deve notare come le nostre Costituzioni presentino una notevole resistenza costituzionale a causa della loro apertura o flessibilità. Questo spiega il motivo per cui, nella maggior parte dei casi, presentano una capacità evidente di

adattamento alle dinamiche politiche e ad essere lette in funzione di nuovi problemi, sensibilità e aspettative per quanto riguarda i diritti fondamentali in esse contenuti, senza la necessità di affrontare il costo importante di una loro riforma. Comunque, per varie ragioni, a volte il grado di resistenza può essere insufficiente, da qui la necessità di studiare le difficoltà di riformare una costituzione tenendo conto dell'obiezione contro-maggioritaria contro detta rigidità.

- E' importante, però, non cadere nelle semplificazioni. La rigidità costituzionale non è una proprietà qualitativa, "tutto o niente", ma si tratta di una proprietà graduale. In effetti, esiste un'ampia varietà di procedure di riforma costituzionale, più severe rispetto alle procedure legislative ordinarie, ma, comunque, non sono esse analoghe nella durezza dei loro requisiti nè nel grado di impatto sui principi democratici. Pertanto, per esaminare la pertinenza dell'obiezione alla rigidità costituzionale è necessario analizzare i diversi tipi di procedure o situazioni esistenti e vedere quali possono dar luogo a detta obiezione e quali no.
- Pertanto, e come ho cercato di dimostrare, attualmente l'obiezione alla rigidità costituzionale diventa significativa unicamente in relazione all'esistenza di possibili clausole che vietino qualsiasi possibile riforma costituzionale, o in relazione all'esigenza di super-maggioranze come requisito per modificare la Costituzione.
- Ho cercato di dimostrare come l'esigenza delle super maggioranze come requisito vincolante per la riforma costituzionale sia giustificabile. La mia strategia per raggiungere questo obiettivo è stata quella di salvare dai suoi critici l'idea o la tesi che il pre-impegno costituzionale, come meccanismo o strumento che giustifica il riconoscimento di certi diritti e libertà, si situa al di sopra della sfera dell'azione politica ordinaria. Più precisamente, ho osservato come il meccanismo di pre-impegno costituzionale sia giustificato se si accetta che la bontà di questo meccanismo risiede nel fatto che si tratta di uno strumento per raggiungere decisioni razionali, capaci di mediare con la pluralità e i conflitti di ogni società, che acquista valore se protegge qualcosa considerata degna di protezione, e che la qualità deliberativa viene data dal consenso esistente nelle nostre società intorno

a concetti o principi che, formulati in modo astratto, sono accettati da (quasi) tutti. Ma, ho osservato due limiti a questo strumento: i. il primo di natura fattuale, perché niente può assicurare che la comunità politica, in un dato momento, non rompa il pre-impegno; ii. il secondo, di carattere normativo, perché prima facie non sembra irragionevole consentire che la comunità modifichi la Costituzione, se raggiunge gradi di consenso e di qualità deliberativa simili a quelli del momento costituente, o, almeno, superiori a quelli dei momenti legislativi ordinari.

- Pertanto, ho concluso, l'esigenza delle super-maggioranze sembra accettabile in quanto, *prima facie*, dà la possibilità di rispettare il pre-impegno costituzionale, però non nega la possibilità, fattuale che la comunità possa rompere lo stesso, e non dà un trattamento asimmetrico tra le (super)maggioranze presenti o future e le (super)maggioranze politiche passate, cioè tra gli attori politici che promuovono una riforma costituzionale, e quelli che promulgarono la Costituzione. In breve, ho cercato di dimostrare la legittimità che predichiamo su ciò che Ackerman chiama il "modello dualistico", nel quale sono stabilite restrizioni alla regola della maggioranza, ma dove tali restrizioni sono soggette alla possibilità di revisione costituzionale.
  
- Ma il mio lavoro ha fatto un passo ulteriore. A questo proposito, ho cercato di argomentare come i nostri attuali modelli costituzionali assomiglino (quantomeno assomiglino) più a un "modello fondamentalista" - in cui le restrizioni alla regola della maggioranza sono fissate una volta per tutte – che a un modello “dualista”. Le ragioni che ho dato, in sostanza, sono le seguenti: i. in primo luogo, data la nostra attuale comprensione, intendiamo i diritti e le libertà contenuti in una Costituzione come riconosciuti dal potere costituente, e non creati *ex novo* o conferiti dallo stesso. Così, in un certo senso, ciò implica che consideriamo i diritti fondamentali come pre-costituzionali, come meta-costituzionali. Di conseguenza, ciò che non è mai stato del potere costituente non può essere riformato da alcun potere costituente o costituito. ii. In secondo luogo, ho preso in considerazione un importante argomento concettuale. Così, secondo il concetto di solito impiegato nel linguaggio comune e in quello dei giuristi – alla base della Dichiarazione francese dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino -, per Costituzione si intende quell'insieme di regole (o pratiche sociali), che stabiliscono la divisione o la



separazione del potere politico, disciplinato dal Diritto e limitato o orientato dal rispetto dei diritti e libertà fondamentali. Se si parte da questo concetto, quindi, è facile comprendere come la competenza a riformare una costituzione non può significare denaturare la stessa, perché tali contenuti - i diritti e le libertà fondamentali, la divisione del potere politico e l'ideale di Stato di diritto - si assumono o si intendono come limiti necessari e logici, intrinseci a una Costituzione o alla possibilità di una riforma della stessa. Pertanto, la critica della rigidità costituzionale è particolarmente forte e deve essere considerata molto seriamente, perché una mancata o incompleta comprensione può portare a intendere che le nostre Costituzioni sono immutabili, o assolutamente pietrificate.

- Ma, senza dubbio, non dobbiamo arrivare a questa conclusione. Così, ho sostenuto, non tutte le modifiche sul contenuto essenziale di ogni Costituzione sono illegittime. Così, abbiamo visto, qualsiasi riforma costituzionale che abbia avuto luogo in tempi di normalità politica deve essere intesa, *prima facie*, come un emendamento al testo costituzionale, non come un'impatta alla sua sostanza, finalizzato a garantire in modo migliore proprio i diritti e le libertà fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, e anche come concretizzazione degli stessi, cioè come introduzione di una loro specifica o particolare concezione. Pertanto, occorre dire, tenendo anche a mente le difficoltà o ostacoli che il legislatore democratico deve superare nel momento di qualsiasi tentativo di riforma, il giudice deve assumere un ruolo cautelativo rispetto alla possibilità di annullare o dichiarare come non valida - incostituzionale - tale riforma, se la stessa consiste in un emendamento al testo costituzionale, o in un'introduzione esplicita di una concezione più specifica o particolare dei nostri diritti con l'obiettivo di garantirli (motivata, in definitiva, dalla consapevolezza che il riconoscimento precedente dei nostri diritti risultava frammentario, inadeguato o fragile).
  
- Allo stesso modo, ho cercato di giustificare in termini democratici la intangibilità del contenuto minimo di tutta la Costituzione. Cioè, ho sostenuto che la critica contro la rigidità costituzionale - essendo l'intangibilità il grado estremo di questa rigidità - dei diritti e delle libertà fondamentali è errata se si pensa che l'impossibilità di soppressione dei diritti sia anti-democratica. In effetti, bisogna considerare che la maggior parte dei diritti e libertà fondamentali che si possono

considerare come le ragioni specifiche della “sfera dell’indecidibile” costituiscono in realtà il contenuto di necessario rispetto affinché ogni regime genuinamente democratico sia considerato come tale, e perchè non operi in assenza di un qualche significato.

- A questo proposito, ho affermato che la maggior parte dei diritti che devono rimanere intangibili o essere intesi come insopprimibili, devono intendersi come condizioni (per quanto riguarda la partecipazione politica) e pre-condizioni (per quanto riguarda la libertà e i diritti sociali) che danno senso al governo democratico e lo rendono possibile. Ciò significa, in definitiva, che non ci sono solo argomenti concettuali con cui difendere l’intangibilità dei diritti fondamentali, ma ci sono anche argomenti democratici per difendere l’intangibilità della maggior parte di essi.
  
- Infine, la tensione con cui negli ultimi anni l’obiezione contro-maggioritaria è stata con più forza sollevata, risiede nel fatto che da molti è inteso come un difficile, se non impossibile, matrimonio tra l’ideale dell’autogoverno democratico e l’esistenza di un controllo giudiziale forte. In effetti, si è visto come l’obiezione contro-maggioritaria negli ultimi tempi, anche nelle nostre aree, abbia concentrato le sue rivendicazioni in particolare contro l’esistenza e l’attività della Corte Costituzionale, più in particolare, contro il fatto che i giudici hanno l’ultima parola sull’interpretazione costituzionale. Questo spiega come oggi molti autori difendano un modello debole di controllo giurisdizionale, in cui i nostri rappresentanti democratici dovrebbero avere l’ultima parola nell’interpretazione costituzionale. Ma nel mio lavoro ho propugnato un controllo giurisdizionale forte, visto come strumento necessario per realizzare la forza regolativa delle nostre Costituzioni attuali, negando le richieste dell’obiezione contro-maggioritaria. Detto in modo sintetico, gli argomenti su cui ho fondato la mia posizione sono stati tre: i. Ho negato la tesi secondo cui le nostre costituzioni sono assolutamente o radicalmente indeterminate, almeno nelle loro parti dogmatiche o sostanziali; ii. ho sostenuto che, anche in scenari in cui l’interpretazione o la determinazione di ciò che esattamente è previsto dalla Costituzione risulti difficile o molto difficile, a volte, l’attività dei giudici costituzionali è necessaria a garanzia dei principi fondamentali di una genuina

forma democratica di governo; iii. ho affermato che, in molte occasioni in cui i giudici agiscono per risolvere conflitti, casi o problemi di impatto costituzionale, il loro ruolo è complementare a quello dei rappresentanti democratici e non è un ruolo contro-maggioritario, per questo è un equivoco vedere sempre il giudice come un' istituzione contro-maggioritaria, ma piuttosto, nella maggior parte dei casi, bisogna vederlo come un'istituzione necessaria, a meno che non aspiriamo a trasformare i nostri Parlamenti in una specie di Tribunale.





## BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, B., 1984: “The Stors Lectures: Discovering the Constitution”, *Yale Law Journal*, núm. 93.

- 1989: “Constitutional Politics/Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, núm. 99.
- 1993: *We the People*, Harvard University Press.

AGUILÓ, J., 2000: *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Ariel, Barcelona.

- 2001: “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 24.
- 2007: “Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución”, en AGUILÓ, J.; ATIENZA, M.; RUÍZ MANERO, J., *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*. Iustel, Madrid.
- 2010: “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en CARBONELL, M.; GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*. Trotta, Madrid.
- 2011: “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 34.
- 2012: “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 35.

AHUMADA RUÍZ, M., 2002: “¿Hay alternativas a la judicial review?”, en VEGA GÓMEZ, J.; CORZO SOSA, E., *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. UNAM, México.

AJA, E; GONZÁLEZ BEILFUSS, M., 1998: “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa jurídica”, *Isonomía*, núm. 6.

ALÁEZ CORRAL, B., 2000: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*. CEPC, Madrid

ALCHOURRÓN, C., 1996: “On Law and Logic”, *Ratio Iuris* 9. Versión en castellano: “Sobre Derecho y lógica”, en *Isonomía*, núm. 13 (2000).

ALCHOURRÓN, C.E.; BULYGIN, E., 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea, Buenos Aires.

ALEMANY GARCÍA, M., 2010: “Democracia versus Constitución ¿precompromiso o paternalismo?”, en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 26, (ejemplar dedicado a: XXII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: Viejos temas, nuevos problemas. Universidad de La Rioja, 26 y 27 de marzo de 2009).

ALEXANDER, L.; SCHAUER, F., 2000: “Defending Judicial Supremacy: A reply”, *Constitutional Commentary*, vol. 17.

ALEXY, R., 1994: *Theorie der Grundrechte* (1985; segunda edición 1994). Citado también por la traducción castellana de BERNAL PULIDO, C., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007.

- 1988: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5.
- 2002: “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, traducción de BERNAL PULIDO, C., *REDC*, núm. 66, 2002.
- 2010: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en CARBONELL, M., GARCÍA JARAMILLÓ, L. (ed.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid.
- 2015: “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, en FABRA ZAMORA, J.L.; GARCÍA JARAMILLO, L. (coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

ALONSO VIDAL, H.J., 2012: “Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del Derecho”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35.

ALTEIRO, A.M., 2016: “Constitucionalismo popular”, *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 10.

ATIENZA, M., 1997: “Los límites de la interpretación constitucional, de nuevo sobre los casos trágicos”, en *Isonomía*, núm. 6.

- 2003: *El Derecho como argumentación*. México, Fontamara.
- 2011: “Dos versiones del constitucionalismo”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34.
- 2013: *Curso de Argumentación Jurídica*. Trotta, Madrid.
- 2014: “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en *La Mirada de Peitho*.

ATIENZA, M.; AGUILÓ, J., 2014: “Prólogo”, en IBARRA, J., *La construcción judicial de la democracia en México. Elecciones y representación política en la argumentación constitucional 1997 – 2014*. Fontamara, México.

ATIENZA, M.; GARCÍA AMADO, J.A., 2012: *Un debate sobre la ponderación*. Palestra, Madrid.

ATIENZA, M.; RUÍZ MANERO, J., 2005: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos (tercera edición)*. Ariel, Barcelona.

- 2006: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Trotta, Madrid.

BALKIN, J.M.; LEVINSON, S., 2010: “Los cánones en el Derecho constitucional”, en CARBONELL, M.; GARCÍA JARAMILLO, L., (ed.), *El canon neoconstitucional*. Trotta, Madrid.

BAQUERIZO, J., 2016: III Trobada UPF-UdG de Filosofia del Dret.

BARBERIS, M., 2011: “Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34.

BAYLIN, B., 1993 (ed.): *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters during the Struggle over Ratification*, vol. 1. The Library of America, Nueva York.

BAYÓN, J.C., 1991: *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. CEPC, Madrid.

- 2000: “Derechos, Democracia y Constitución”, en *Discusiones*, núm. 1.
- 2010: “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en CARBONELL, M.; GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*. Trotta, Madrid.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., 2012: “Los límites de la reforma constitucional ante propuestas más propias de una revolución”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29.

BELLO HUTT, D.E., 2017: “Against judicial supremacy in constitutional interpretation”, en *Revus*, núm. 31.

BERGALLO, P., 2014: “La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud”, en GARGARELLA, R. (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI, Buenos Aires.



BERNAL PULIDO, C., 2003 a: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, centro de estudios constitucionales

- 2003 b: “Estructura y límites de la ponderación”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26-
- 2013: “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 11 (2)

BICKEL, A., 1962: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, New Haven.

BOBBIO, N., 1996: *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica, México.

- 1999: *Teoría Generale della política*. Einaudi.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. 2004: *Il dizionario di política*. Utet Librería, Torino.

BOVERO, M., 2000: *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*. Laterza.

- 2002 a: “Democracia y derechos fundamentales”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16.
- 2002 b: *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, CÓRDOVA VIANELLO, L., (trad.) Trotta, Madrid.
- 2003: “Il concetto di democrazia. Per una ridefinizione radicale”, en *Il Ponte*, LIX, núm. 2, 20.
- 2005: “Ma la democrazia ha un futuro? Uno sguardo dall’Italia”, en *Ragion pratica*, núm. 25.
- 2006: “Prefacio”, en SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- 2008 a: “Qué no es decidible: cinco regiones del coto vedado” en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 31.
- 2008 b: “Diritti e democrazia costituzionale”, en FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Laterza.
- 2011: *Las condiciones de la democracia. Una teoría neo-bobbiana*. Conferencia dictada el 08 de noviembre de 2011 en la Universidad Diego Portales.

BRYCE, J., 1980: “Flexible and Rigid Constitutions”, en BRYCE, J., *Constitutions*. Scientia Verlag Aalen.

CALEBRESI, G., 1991: “The Supreme Court 1990 Term, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)”, en *Harvard Law Review*, núm. 105 (1).

CARACCILO, R., 2016: “¿Existe la Constitución? Un comentario acerca la función de los jueces constitucionales”. Seminario celebrado en la Universitat de Girona, área de filosofía del Derecho, 11/10/2016.

CARBONELL, M., 2001: *La Constitución en serio*. Porrúa-UNAM, México.

CARRIÓ, G., 1990: *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

- 1991: “Una defensa condicionada de la Judicial Review”, en NINO, C.S., et al., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. CEC, Madrid.

CELANO, B., 2002: “Defeasibility e bilanciamento, sulla possibilità di revisioni stabili”, en *Ragion Pratica*, núm.18.

- 2004: “Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione”, en *Analisi e diritto* (2004).

CERVANTES ANDRADE, R., 2017: “La Constitución mexicana y el constitucionalismo de principios”, en ESQUIVEL, G.; IBARRA PALAFOX, F.; SALAZAR UGARTE, P., (coord.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2: Estudios jurídicos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México.

CHEMERINSKY, E., 2004: “In Defense of Judicial Review. A Reply to Professor Kramer”, en *California Law Review*, vol. 92, núm. 4.

CHRISTIANO, T., 2000: “Waldron on Law and Disagreement”, en *Law and Philosophy*, núm. 19.

COMANDUCCI, P., 1998: “Principios jurídicos e indeterminación del derecho” en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 21.

- 2003: “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en CARBONELL, M., (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid.
- 2005: “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, en CARBONELL, M.; SALAZAR UGARTE, P., (coord.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Trotta, Madrid.

CONTRERAS, M., 1992: “Sobre el título X de la Constitución española: de la reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 37.

CURCÓ COBOS, F., 2016: “Constitucionalismo y democracia: una revisión crítica del argumento epistémico”, en *Isonomía*, núm.44.

DAHLS, R., 1992: *La democracia y sus críticos*, WOLFSON, L., (trad.). Paidós, Barcelona.

DANCY, J., 1993: *Moral Reasons*. Oxford: Badil Blackwell

DE LORA, P., 1998: *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del Derecho*. BOE y CEPC, Madrid.

DE OTTO, I., 1988: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel, Barcelona.

DÍAZ REVORIO, F.J., 2009: “Consideraciones sobre la reforma de la Constitución española desde la Teoría de la Constitución”, en VERA SANTOS, J.M.; DÍAZ REVORIO, F.J., (coords.), *La reforma estatutaria y constitucional*. La Ley, Madrid.

DIXON, R., 2014: “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, en GARGARELLA, R., (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI, Buenos Aires.

DOGLIANI, M., 1994: *Introduzione al diritto costituzionale*. Il Mulino, Bologna.

DOUGLASS, F., 1996: “Life and Times os Frederick Douglass”, en GATES, H.L. (ed.), *Frederick Douglass: Autobiographies, First Library of Am*. College Edition.

DWORKIN, R., 1977 a: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge. Citado por la traducción en castellano de GUASTAVINO, M., *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona (2ª edición).

- 1977 b): “Rules, Policies and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication”. 11 *Georgia L. Rev.*, 1069, 1081.
- 1986: *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge. Citado por la traducción en castellano de FERRARI, C., *El imperio de la Justicia*. Gedisa, Barcelona, 1992 (2ª edición).
- 1990: “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court”, en *Alberta Law Review*, Vol. 28.
- 1996: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press. Cambridge. Versión en castellano “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, HONGJU, H.; SLYE, C., (comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Gedisa, Barcelona, 2004.
- 2007: *La justicia con toga*, IGLESIAS, M., (trad.). Marcial Pons, Madrid.

- 2010: "Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales", en CARBONELL, M., JARAMILLO, L., (coord.) *El canon neoconstitucional*. Trotta, Madrid.
- 2011: *Justice for hedgehogs* Belknap Press.

ELSTER, J., 1979: *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge University Press.

- 1989: *Solomonic Judgements. Studies in the Limits of Rationality*. Cambridge, Cambridge University Press.
- 2000: *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge, Cambridge University Press.

ELSTER, J; SLAGSTAD, R., 1999: *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica, México.

ESTLUND, D., 2000: "Jeremy Waldron on law and disagreement", en *Philosophical Studies*, núm. 99.

ELY, J.H., 2001: *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Siglo del hombre editores, Bogotá.

FABRE, C., 2000: *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*. Oxford University Press, Oxford.

FERRAJOLI, L., 1991. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta, Madrid.

- 2001: "Los derechos fundamentales", en el *El fundamento de los derechos fundamentales*. Trotta, Madrid.
- 2006: *Garantismo, Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Trotta, Madrid.
- 2011 a: "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34.
- 2011 b: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trotta, Madrid.
- 2011 c: *Principia Iuris. 1. Teoría del Derecho*, IBAÑEZ, P.A.; BAYÓN, C.; GASCÓN, M.; PRIETO SANCHÍS, L.; RUÍZ MIGUEL, A. (trad.). Trotta, Madrid.
- 2011 d: *Principia Iuris. 2. Teoría de la democracia*. IBAÑEZ, P.A.; BAYÓN, C.; GASCÓN, M.; PRIETO SANCHÍS, L.; RUÍZ MIGUEL, A. (trad.). Trotta, Madrid.

- 2012 a: “El constitucionalismo entre principios y reglas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35.
- 2013: “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, en ASTUDILLO, C.; CARPIZO, J. (coord.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*. UNAM, México.
- 2014: *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, ANDRÉS IBAÑEZ, P. (trad.). Trotta, Madrid.

FERRAJOLI, L.; RUÍZ MANERO, J., 2012: *Dos modelos de constitucionalismo, Una conversación*. Trotta, Madrid.

FERRANDO BADÍA, J., 1992: *Teoría de la Constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia.

FERRER BELTRÁN, J., 2000: *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. CEPC, Madrid.

FERRERES, V., 1997: *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- 2000: “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23.
- 2010: “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, en CARBONELL, M., GARCÍA JARAMILLO, L., El canon neoconstitucional. Trotta, Madrid.
- 2011: *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons, Barcelona.

FIERRO RODRÍGUEZ, D., “Los caracteres generales del principio *non bis in ídem*”. Puede consultarse en: [http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201312-los-caracteres-generales-del-principio-non-bis-in-idem.html#\\_Toc374872234](http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201312-los-caracteres-generales-del-principio-non-bis-in-idem.html#_Toc374872234)

OWEN FISS, O., 1979: “The Supreme Court 1978 Term Foreword: The Forms of Justice”, 93, *Harvard Law Review* 1.

FREEMAN, S., 1990: “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, en *Law and Philosophy*, núm. 9.

FIORIVANTI, M., 1996: *Los derechos fundamentales. Apuntes de la historia de las Constituciones*, MARTINEZ NEIRA (trad.). Trotta, Madrid.

- 2001: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, MARTINEZ NEIRA (trad.). Trotta, Madrid

FRIEDMAN, B., 1993: "Dialogue and Judicial Review", en *Michigan Law Review*, vol. 91.

- 2003: "Mediated Popular Constitutionalism", en *Michigan Law Review*, vol. 101.

FRIEDMAN, B.; SMITH, S., 1998: "The Sedimentary Constitution", en *University of Pennsylvania Law Review*, 147.

GALLIE, W.B., 1956: "Essentially Contested Concepts", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 56.

GARCÍA AMADO, J.A.; ATIENZA, M., 2012: *Un debate sobre la ponderación*. Palestra, Madrid.

GARDBAUM, S., 2001., "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", en *American Journal of Comparative Law*, núm. 49.

GARGARELLA, R., 1995: *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Miño y Dávila, Buenos Aires.

- 1996: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel. Barcelona.
- 1998: "Il ruolo dei giudici di fronte al "terreno proibito", en *Ragion Pratica*, núm. 10.
- 2004: *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*. Capital intelectual, Buenos Aires.
- 2005: "Acerca de Barry Friedman y el 'constitucionalismo popular mediado'", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, núm. 1.
- 2006: "El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The people Themselves, de Larry Kramer", en *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*, núm. 112.
- 2008: "Constitucionalismo vs. Democracia", en GARGARELLA, R. (coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- 2011: "Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina", en RODRÍGUEZ GARAVITO, C., (coord.), *El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Siglo XXI, Buenos Aires.
- 2013: "El Nuevo Constitucionalismo Dialógico Frente al Sistema de Frenos y Contrapesos", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2.
- 2014: "We the People' outside of the Constitution. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances, Current Legal Problems", vol. 67 (1), Oxford University Press.

GARCÍA JARAMILLO, L., 2015 a: *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México.

- 2015 b: “Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático”, en *Revista da Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba*, vol. 60, núm. 2.

GARZÓN VALDÉS, E., 1993: *Derecho, Ética y Política*. Madrid, CEC.

- 2005: “El futuro de la democracia. Problemas conceptuales y empíricos: algunas propuestas de Norberto Bobbio”, en CÓRDOVA VIANELLO, L.; SALAZAR UGARTE, P. (coord.), *Política y derecho. (Re)pensar a Bobbio*. UNAM & Siglo veintiuno editores, México.

GASCÓN, M., 1994: “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41.

- 2016: “Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 20.

GAVIRIA, J., 2014: “Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin”, en *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, núm. 6.

GUIBOURG, R. A.: Alexy y su fórmula del peso. Puede consultarse en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-guibourg-castellano.pdf>

GÓMEZ ORFANEL, G., 2001: “La incontrolable vinculación constitucional del legislador en el modelo histórico francés”, en *Anuario de derechos humanos*, núm. 2.

GREPPI, A., 2011: “Semántica, pragmática y democracia”, en *Cuadernos Doxa de filosofía del Derecho*, núm. 34.

GUASTINI, R., 1993: *Le fonte del Diritto e l'interpretazione*. Milano, Giuferrè.

- 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, FERRER BELTRÁN, J., (trad.). Gedisa, Barcelona.
- 2003: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M., (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid.
- 2010: *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, segunda edición. Minima Trotta, Madrid.

- 2011: “Guistizia costituzionale v. democrazia”, en BRUNET, P.; ARENA, F.J. (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho*. Marcial Pons, Madrid.
- 2016: *La sintaxis del Derecho*. NUÑEZ VAQUERO, A., (trad.). Marcial Pons, Madrid.

GUTMANN, A.; THOMPSON, D., 1996: *Democracy and Disagreement*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

HABERMARS, J., 1998: *Facticidad y validez*. Trotta, Madrid.

HARE, R.M., 1981: *Moral Thinking. Its Levels, Method, and Point*. Oxford: Oxford University Pres

HAREL, A., 2014: *Why Law Matters*. Oxford: Oxford University Press.

HAREL, A.; KAHANA, T., 2015: “El centro de la argumentación fácil a favor del control de constitucionalidad de la legislación”, en FABRA ZAMORA, J.L.; GARCÍA

HART, H., 1994: *The concept of Law – Second Edition -*. Clarendon press, Oxford.

HIERRO, L., 2002: “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, en DÍAZ, E.; COLOMER, J.L. (ed.), *Estado, justicia, derechos*. Alianza, Madrid.

- 2011: “Sobre la odisea constitucionalista de Luigi Ferrajoli”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34.
- 2016: *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid.

HOGG, P.W.; BUSHHELL, A.A., 2013: “El Diálogo de la Carta Entre Tribunales y las Legislaturas”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2.

HOLMES, S., 1988: “Precommitment and the paradox of democracy”, en ELSTER, J.; SLAGSTAG, R., *Constitutionalism of democracy*. Cambridge University Press, Cambridge.

- 1993: “Gag rules or the politics of omisión”, en ELSTER, J.; SLAGSTAG, R., (eds.), *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press.

HÜBNER MENDES, C., 2014: “Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra”, en GARGARELLA, R., (comp.), *Por una Justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI, Buenos Aires.



HUME, D., 1978: *A Treatise of Human Nature*, en SELBY-BIGGE, L.A. (ed.), Oxford:Oxford University Press.

HURLEY, S.L., 1989: *Natural Reasons*. Oxford University Press, Oxford.

IBARRA, J., 2014: *La construcción judicial de la democracia en México. Elecciones y representación política en la argumentación constitucional 1997 – 2014*. Fontamara, México.

IGLESIAS, M., 2000: “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 23.

JIMÉNEZ CAMPO, J., 1980: Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución, *Revista del Departamento de Derecho Político*.

- 1999: *Derechos fundamentales. Conceptos y garantías*, Trotta, Madrid.

JULIOS-CAMPUZANO, A., 2011: “El estado constitucional ante la teoría jurídica”, en *El horizonte constitucional. Ciencia jurídica, derechos humanos y constitucionalismo cosmopolita*, JULIOS-CAMPUZANO (ed), Dykinson, Madrid.

KAVANAGH, A., 2003: “Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron”, en *Law and Philosophy*, núm. 2.

KELSEN, H., 1934: *Esencia y valor de la democracia*, LUENGO TAPIA, R.; LEGAZ Y LACAMBRA, L. (trads.). Labor, Barcelona-Buenos Aires.

- 1958: *Teoría general del derecho y del Estado*. UNAM, México.

- 1988 a: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en RUÍZ MANERO, J., (selección y presentación), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Debate, Madrid.

- 1988 b: “El problema del parlamentarismo”, en RUÍZ MANERO, J., (selección y presentación), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Debate, Madrid.

- 1995: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos, Madrid.

KRAMER, L., 2005: *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford U.P., Oxford; citado por BERGALLO, P. (trad.), *El constitucionalismo popular y el control judicial de constitucionalidad*. Marcial Pons, Madrid, 2011.

- 2006-2007: “‘The Interest of the Man’: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy”, en *Valparaiso University Law Review*, vol. 41.

LAPORTA, F., 1994: “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, números 15-16, vol. I.

- 1997: “El derecho a informar y sus enemigos”, en *Claves de razón práctica*, núm. 72.
- 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta, Madrid.
- 2011: “Sobre Luigi Ferrajoli y el Constitucionalismo”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34.

LARRY, A., 2015: “Concepto y funciones de las Constituciones”, en FABRA ZAMORA, J.L.; GARCÍA JARAMILLO, L. (coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

LIFANTE VIDAL, I., 2002: “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25.

- 2008: “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (2008).
- 2013: “Seguridad jurídica y previsibilidad”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35.

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

- 2013: “Justicia Dialógica Interinstitucional: de lege ferenda y de lege data”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2.

LOCKE, J., 2002: *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* (II). Losada, Buenos Aires.

LUCAS VERDÚ, P., 1997: *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Dykinson, Madrid.

LUZZATI, C., 2012: *Principi e princìpi. La genericità del diritto*. Giappichelli, Torino.

MACCORMICK, N., 2015: “Constitución supranacional: la distinción entre la Constitución formal y la Constitución material”, en FABRA ZAMORA, J.L.; GARCÍA JARAMILLO, L. (coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

MAGRIN, G., 2001: *Condorcet: un costituzionalismo democratico*, ANGELI, F. Milano.

MALBERG, C., 1922 y 1928: *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 vols., París; trad. Cast. *Teoría General del Estado*, 1998, México.

MARMOR, A., 2015: “¿Son legítimas las Constituciones?” en FABRA ZAMORA, J.L.; GARCÍA JARAMILLO, L. (coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

MARTÍ, J.L., 2005 a: “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”, en CARBONELL Y SALAZAR, (ed.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Trotta, Madrid.

- 2005 b: Estudio introductorio en WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons, Madrid.
- 2006: *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Marcial Pons, Madrid.
- 2011: “La paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa en Nino”, en GARCÍA JARAMILLO (coord.), *La democracia deliberativa a debate*, Universidad EAFIT, Medellín.

MARTÍNEZ ZORILLA, D., 2007: *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Marcial Pons, Madrid.

- 2011: “Conflictos constitucionales, indeterminación y discrecionalidad judicial”, en BRUNET, P.; ARENA, F.J., *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del Derecho*. Marcial Pons, Madrid.

MATTEUCCI, N., 1998: *Organización del poder y libertad*. Trotta, Madrid.

MAURINO, G., 2015: “Derechos, escepticismo y mayoritarismo: un triángulo imposible. Una crítica a la teoría de la legitimidad política de Jeremy Waldron”, en *Isonomía*, núm. 43.

McILWAIN, C., 2016: *Constitucionalismo antiguo y moderno*, SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J. (trad.). CEPC, Madrid.

MENDONCA, D., 2003: *Los derechos en juego. Conflicto y balance entre derechos*. Madrid: Tecnos.

MENDONCA, D.; GUIBOURG, R.A., 2004: *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*. Marcial Pons, Madrid.

MORESO, J.J., 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. CEPC, Madrid.

- 2000: “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23.

- 2002: “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en NAVARRO, P., Y REDONDO, C. (comps.). *La relevancia del derecho*. Gedisa, Barcelona.
- 2009: *La Constitución: modelo para armar*. Marcial Pons, Madrid.

NIEMBRO, R., 2012: “Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como formas de diálogo constitucional”, en *Revista española de Derecho constitucional*, año núm. 32, núm. 95.

- 2013: “Una mirada al constitucionalismo popular”, en *Isonomía*, núm. 38.

NINO, C.S., 1994 a: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Astrea, Buenos Aires.

- 1994 b: *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel Derecho.
- 1995: “Marshall’s Logic and Kelsen’s Problem”, en GIANFORMAGGIO, L.; PAULSON, S. (ed.), *Cognition and Interpretation of Law. Giappichelli*, Torino.
- 1997: *La Constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona.

OLIVER LALANA, D., 2016: “¿Le importa a alguien que los legisladores razonen?”, comunicación al XXII Seminario luso-hispano-franco-italiano de teoría del Derecho.

ORTEGA SANTIAGO, C., 2007: “El derecho constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo”, comunicación a las Jornadas sobre Orientación y Método del Derecho Constitucional organizadas por la revista Teoría y Realidad Constitucional el 16 de noviembre de 2007.

ORUNESU, C., 2012 a: *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Marcial Pons, Madrid.

- 2012 b: “Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad”, en *Eunomía*, núm. 2.

OTERO NOVAS, J.M., “Los límites de la reforma constitucional. En un proceso de reestructuración del poder entre territorios”. Puede consultarse el trabajo en: [https://www.uspceu.com/instituto\\_democracia/pdf/investigacion/JoseManuelOteroNovas.pdf](https://www.uspceu.com/instituto_democracia/pdf/investigacion/JoseManuelOteroNovas.pdf)

PINO, G., 2009: “Conflictos entre derechos fundamentales: una crítica a Luigi Ferrajoli”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 32.

- 2011: “Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 34.

POU, F., 2011: “Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo”, en César Rodríguez Garavito (coord.), *El Derecho en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

POZZOLO, S., 2010: “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en CARBONELL, M., GARCÍA JARAMILLO, L., *El canon neconstitucional*, Trotta, Madrid.

PRIETO SANCHÍS, L., 1997; en BETEGÓN, J. 1997: *Lecciones de teoría del Derecho*. Madrid: McGraw Hill.

- 2001: “Constitución y Parlamento”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 5.
- 2003 a: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid.
- 2003 b: “El juicio de ponderación constitucional”, en LAPORTA (dir.), *Constitución: problemas filosóficos*. CEPC, Madrid.
- 2013: *El constitucionalismo de los derechos*. Trotta, Madrid.

PUTNAM, H., 2004: *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*. Paidós Ibérica, Barcelona.

RAWLS, J., 1993: *Political Liberalism*. Columbia University Press, New York.

- 1999: *A Theory of Justice* (segunda edición revisada). Harvard University Press, Cambridge.

REDONDO, C., 2011: “El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica”, EN *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34.

ROACH, K., 2004: “Dialogic Judicial Review and its Critics”, *Supreme Court Law Review*, núm. 23.

RÓDENAS, A., 1997: “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 20.

- 2000: *Razonamiento judicial y reglas*. Fontamara, México DF.

- 2012: *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons, Madrid.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C., 2014: “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en GARGARELLA, R. (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI, Buenos Aires.

ROSS, A., 1959: *On Law and Justice*. University of California Press, Berkeley.

RUÍZ MANERO, J., 2005: “Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas”, en ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ Y RUÍZ MANERO: *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons

- 2007: “Una tipología de las normas constitucionales”, en AGUILÓ, J.; ATIENZA, M.; RUÍZ MANERO, J., *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*. Iustel, Madrid.
- 2012: “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, “soluciones en abstracto” y “ponderaciones equitativas””, en *Cuadernos Doxa de filosofía del Derecho*, núm. 35.
- 2013: “Cuatro manifestaciones de unilateralismo en la obra de Luigi Ferrajoli”, *Anuario de filosofía del Derecho*, núm. 29.
- 2017.

RUÍZ MIGUEL, A., 2000: “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, en *Cuadernos Doxa de filosofía del Derecho*, núm. 23.

- 2004: “Constitucionalismo y Democracia”, en *Isonomía*, núm. 21.

SALAZAR UGARTE, P., 2006: *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. Fondo de Cultura Económica, México D.F.

- 2011: “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, *Doxa cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34.

SÁNCHEZ GIL, R., 2007: *El principio de proporcionalidad*. UNAM, México.

SANTOS PÉREZ, M.L., 2003: “Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”, en *Cuadernos Doxa de filosofía del Derecho*, núm. 26.

SAREDO, G., 1866: *Trattato delle leggi*. Florencia.

SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and in Life*. Oxford University Press, Oxford. Citado por la traducción castellana de ORUNESU, C., RODRÍGUEZ, JORGE L., *Las reglas en juego. Un examen filosófico basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*. Marcial Pons, Madrid

- 1994: “Judicial Review of the Devices of Democracy”, en *Columbia Law Review*, vol. 94.

SCHMITT, C., 1982: *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid.

SIÈYES, E.J., 1990: “Opinión sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional” (1795), en MÁIZ, R., (ed.), *Escritos y discursos de la Revolución*. CEPC, Madrid.

- 1993: “Qu’est-ce-que- le Tiers État?”, en TROISI SPAGNOLI, G. (ed.), *Opere e testimonianza politiche*. Giuffré, Milán.

SMULOVITZ, C., 2009: “Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina”, en SIEDER, R.; SCHJOLDEN, L.; ANGELL, A., (coomps.), *La judicialización de la política en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

SOLIMINE, M.E.; WALKER, J.L., 1994-1995: “The Supreme Court, Judicial Review, and the Public: Leadership versus dialogue”, en *Constitutional Commentary*, vol. 11, 1994-1995.

SPECTOR, H., 2013: “Un Sistema Democrático de Control Constitucional”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2.

STARCK, C., 2011: *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid.

SUNSTEIN, C.R., 1993: *The Partial Constitution*. Harvard University Press, Cambridge.

- 1994: “Political Conflict and Legal Agreement”, *The Tanner Lectures on Human Values* (noviembre, 29; 1995).
- 1996: *Legal Reasoning an Political Conglict*. Oxford University Press, Oxford.
- 2000: “Constitutional Agreements Without Constitutional Theories”, en *Ratio Iuris* 13/1.

TOMÁS Y VALIENTE, F., 1994: “La resistencia constitucional y los valores”, en *Doxa cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16.

TRIBE, L.H., 1980: “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”, en *Yale Law Journal*, vol. 89.

TROPER, M., 1994: *Pour une théorie juridique de L'Etat*, Paris.

- 1999: “La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución”, RUIZ MANERO, J. (trad.), EN *Doxa cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22.
- 2004: *Ensayos de teoría constitucional*, BOLAÑOS, B. (trad.). Fontamara, México D.F.

TUSHNET, M., 1999: *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, Princeton.

- 2003: “New Forms of Judicial Review and the persistence of Rightsand Democracy- Based Worries”, en *Wake Forest Law Review*, núm. 38.
- 2008: *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton U.P., Princenton.
- 2010: “Why the Constitution Matters”, en *Yale University Press*, Pennsylvania.
- 2013: “Revisión Judicial Dialógica”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2.

TUZET, G., 2007: “Pragmática de lo indeterminado”, en RODILLA GONZÁLEZ, M.A.; PÉREZ BERMEJO, J.M., (ed.), *Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico*. Universidad de Salamanca, Salamanca.

VÁZQUEZ, R., 2010 a: “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, en *Un panorama de un panorama de filosofía jurídica y política (50 años de "Anales de la Cátedra Francisco Suárez")*. Universidad de Granada, Granada.

- 2010 b: “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”. VÁZQUEZ, R.; RUIZ MIGUEL, A., VILAJOSANA RUBIO, J.M., *Democracia, religión y Constitución*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- 2015: *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.



WALDRON, J., 1993 a: “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, en *Oxford J Legal*, 13(1).

- 1993 b: “Rights and Majorities: Rousseau Revisited”, en *Liberal Rights: Coleected Papers* - cap. 16 -. Cambridge University Press, Cambridge.
- 1994 a: “Freeman’s Defense of Judicial Review”, en *Law and Philosophy*, núm. 13.
- 1994 b: “Vagueness in Law and Language”, en *California Law Review*, vol. 82.
- 1999: *The Dignity og Legislation*. Cambridge University Press.
- 2005: *Derecho y desacuerdos*, MARTÍ, J.L.; QUIROGA, A., (trads.). Marcial Pons, Madrid.
- 2006: “The Core of the Case against Judicial Review”, en *The Yale Law Journal*, núm.115; o WALDRON, 2015: “El control de la argumentación contra el control judicial de la legislación”, en FABRA ZAMORA, J.L.; GARCÍA JARAMILLO, L. (coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.
- 2010: “Constitutionalism: A skeptical View”, *New York Public Law and Legal Theory Working Papers*, núm. 248.
- 2016: *Political Political Theory*. Harvard University Press, Cambridge.

WALUCHOW, W.J., 2009: *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el Common Law. Un árbol vivo*. Madrid, Marcial Pons.

WILLIAMS, B., 2011: *Ethics and the Limits of Philosophy*. Routledge.

VON WRIGHT, G.H., 1963: *Norm and Action. A logical Enquiry*. Routledge & Kegan Paul, London; citado por 1979: *Norma y acción*, GARCÍA FERRERO, P. (trad.) Tecnos, Madrid.

ZAGREBELSKY, G., 1991: *Il sistema delle fonti del diritto*. Torino.

- 1992: *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi. Citado por la traducción en castellano de GASCÓN, M., *El Derecho dúctil, Ley, derechos y Justicia*. Trotta, Madrid, 1995.
- 2005: *Historia y Constitución*. Trotta, Madrid.
- 2010: “Realismo y concreción en el control de constitucionalidad. El caso de Italia”, en CARBONELL, M., GARCÍA JARAMILLO, L. (ed.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid.

ZURN, Ch. F, 2002: "Deliberative Democracy and Constitutional Review", en *Law and Philosophy*, vol. 21, núm. 4-5.