

Constitucionalismo Garantista y Democracia

Antonio Manuel Peña Freire*

Resumen: El objeto de este trabajo es analizar diversas manifestaciones de la conocida como "objeción contramayoritaria", es decir, la dificultad para admitir desde una teoría política democrática que se impongan límites constitucionales al poder de decisión de las mayorías. Tras una presentación preliminar de esa tesis, se comentan críticamente diversas propuestas superadoras, entre ellas, la más relevante, la que subyace al modelo de la democracia sustancial o constitucional de autores como R. Dworkin o L. Ferrajoli, que vincula desde su origen al concepto mismo de democracia con los derechos, evitando así cualquier tipo de contraposición entre ambos. El artículo sigue con la presentación de las agudas críticas formuladas recientemente por J. Waldron y se cierra con algunas consideraciones de su autor formuladas con la intención de relativizar el demolidor impacto de la crítica aldroniana sobre las posiciones de aquellos que ven algún sentido y utilidad en los mecanismos institucionales característicos de las actuales democracias constitucionales.

Resumo: Como objeto este trabalho pretende analisar diversas manifestações da conhecida "objecção contramayoritaria", ou seja, a dificuldade de admitir, a partir de uma teoria política democrática, que sejam impostos limites constitucionais ao poder de decisão das maiorias. Após uma apresentação preliminar dessa tese, comentam-se criticamente diversas propostas de superação, dentre as quais a mais relevante representada pelo modelo de democracia substancial ou constitucional de autores como R. Dworkin ou L. Ferrajoli, que vincula desde sua origem ao conceito de democracia com direitos, evitando qualquer tipo de contraposição entre ambos. O artigo segue com a apresentação das agudas críticas formuladas recentemente por J. Waldron e termina com algumas considerações do autor formuladas com a intenção de relativizar o demolidor impacto da crítica aldroniana sobre as posições daqueles que encontram algum sentido e utilidade nos mecanismos institucionais característicos das atuais democracias constitucionais.

Abstract: As the present work intends to analyse various manifestations for the known counter-majoritarian objection, that is, the difficulty in admitting that from a democratical political theory, that constitutional limits be imposed to the majority decision power. After a preliminary presentation of this theory, various transcending propositions are commented on, and among them, the most relevant represented by the substantial or constitutional democracy model of authors such as R. Dworkin or L. Ferrajoli, that ties from the origins the concept of democracy with rights, avoiding any kind of counter-position between them. The article goes on with the presenting of acute criticism recently formulated by J. Waldron and finishes with some considerations from the author, with the intention of making relative the destroying impact the aldronian critic has over the position of those who find any sense and use for the institutional characteristic mechanisms of the present constitutional democracies.

* Universidad de Granada

1 Planteamiento: Algunos Aspectos de la Relación entre Democracia y Constitucionalismo

El punto de partida de este trabajo podría ser la siguiente cuestión: ¿es el constitucionalismo antidemocrático? O bien, ¿son expresiones como “constitucionalismo democrático” o “democracia constitucional” puras contradicciones en los términos por aunar conceptos que se oponen entre sí? (Holmes 1988:197). El origen del problema que se esconde tras preguntas de este tipo está en la dificultad para admitir desde los parámetros de una teoría política democrática que se impongan límites constitucionales a la capacidad de deliberación de los ciudadanos y al poder de decisión de las mayorías. La existencia y la operatividad de estos límites son, sin embargo, constantes en las actuales democracias constitucionales. Los más frecuentes tienden a garantizar, frente al poder de decisión de las mayorías, un coto vedado¹ de derechos básicos mediante su atrincheramiento, esto es, su exclusión de la agenda política para que queden fuera del poder de decisión del legislador, incluso si es democrático.² En cuanto a la justificación de esta operación, no todo está tan claro ni es tan fácil como parecen suponer algunos de sus partidarios.

Un segundo factor a tener en cuenta es el siguiente: es también frecuente que quien suscribe la tesis de que existen derechos morales básicos que han de quedar a resguardo de cualquier poder público, también se adhiera a un diseño institucional específico –denominado constitucionalismo fuerte o Estado constitucional de derecho–, que vendría caracterizado, grosso modo, por la primacía de una constitución rígida y por la existencia de un mecanismo para el control de constitucionalidad de las leyes. No obstante, y como veremos más adelante, son muchas las dificultades y paradojas que se esconden en esa adhesión (Bayón 2000:66).

Antes de entrar en materia será preciso hacer expresas algunas definiciones relevantes referidas a la expresión “constitucionalismo” o “neconstitucionalismo”, claves en esta investigación, y por las que posible entender lo siguiente:³

¹ La expresión, ya célebre, es de Garzón Valdés 1993:644.

² Aunque sobre la procedencia del atrincheramiento hay un acuerdo amplio entre los filósofos del derecho y la política, existe también una derivación reciente de este problema que despierta mayores suspicacias. Y es que, como consecuencia de procesos como la materialización o el desbordamiento constitucional (sobre estos cambios y los rasgos de la denominada constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, Guastini 2003, pp. 49, ss.: la aportación de Luis Prieto a esa obra colectiva es también esclarecedora, especialmente las pp. 124–137) han sido muchos los asuntos constitucionalizados–vedados que dudosamente merecen tal consideración. Nada garantiza que todos y cada uno de los asuntos atrincherados frente al poder de decisión de las mayorías efectivamente reúnan méritos para serlo. Algún curioso ejemplo que demostraría a la par la posibilidad de constitucionalizar asuntos triviales y también la tendencia a la inflación constitucional en Laporta 2001, pp. 469-470.

³ Sigo en este punto las indicaciones de Comanducci (2003, pp. 75, ss.) quien analiza las distintas manifestaciones del constitucionalismo y también del “(neo)constitucionalismo”, como variante acentuada de aquél. El constitucionalismo aspiraría a la limitación o control del poder político, fundamentalmente mediante su parcelación o división entre distintos actores y sería referible no

En primer lugar, una forma de organización de comunidades políticas, es decir, un modelo constitucional como conjunto de mecanismos normativos e institucionales de cualquier sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.

En segundo lugar, refieren también a la ideología que inspira y promueve ese modelo de organización.

El (neo)constitucionalismo teórico o como teoría del derecho, pretende describir los cambios que la constitucionalización ha supuesto para los conceptos básicos de la teoría del derecho, es decir, cambios en el concepto de derecho, de norma, de jerarquía normativa, de interpretación, etc.

Por último, el (neo)constitucionalismo como método se opondría a la tesis de la separación del positivismo metodológico, al sostener la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral.

De todas las formas de (neo)constitucionalismo la que más interesa en este trabajo es la primera, esto es, la que se refiere al modelo jurídico-político e institucional al que denominaré, para evitar confusiones, Estado constitucional de derecho. Éste, a su vez, puede ser puesto en relación con el Estado de derecho, aunque el Estado constitucional añade a los diversos mecanismos que aseguran el sometimiento del poder a derecho – gobierno sub lege –, una finalidad: garantizar la preservación de los derechos que comúnmente se atribuyen a los ciudadanos sea frente a, en o a través de los poderes públicos, incluido entre éstos también el legislador democrático. Quizás por este motivo, la expresión “constitucionalismo garantista” sea una buena forma de referirse no sólo al modelo que aquí denominaremos “Estado constitucional de derecho” sino especialmente a la ideología que lo inspira y alienta.⁴

sólo a los actuales Estados constitucionales democráticos, sino también al ideal medieval y moderno de Estado mixto. El neoconstitucionalismo, sin embargo, sería la ideología específica de los actuales Estados constitucionales democráticos y pondría el acento en la defensa de los derechos fundamentales. En el neoconstitucionalismo la limitación del poder no sería ya un fin en sí – básicamente porque el poder, al ser democrático, deja de ser visto con desconfianza y ajeneidad – sino que interesaría en tanto que mecanismo útil para defensa de los derechos fundamentales (Comanducci 2003, pp. 85-86). Aunque son muchas las diferencias entre el constitucionalismo moderno – ¡o el medieval! – y el denominado neoconstitucionalismo, la tensión con los ideales democráticos me parece una constante de todo tipo de constitucionalismo, pues éste opera fundamentalmente a través la división y limitación del poder, con lo que indefectiblemente causará conflicto con la democracia desde el momento mismo en que el poder se organiza democráticamente y se afirma que toda la soberanía reside en el Pueblo. Por este motivo, me referiré en este trabajo a constitucionalismo en general, aunque es evidente que si los argumentos que se van a manejar aquí tienen un destinatario especial, éste es el neoconstitucionalismo a que se refiere Comanducci.

⁴ Como veremos en el constitucionalismo garantista la opción por un sistema político democrático es una exigencia de una opción previa y axiológicamente superior por ciertos valores y derechos de los ciudadanos, es más, opera precisamente como exigencia o garantía de algunos de esos derechos. De ahí que prefiera esta expresión a la más usual de constitucionalismo democrático que parece colocar en el mismo nivel a los derechos y a la democracia.

Como ya adelantaba, la finalidad del Estado constitucional es realizar o satisfacer los derechos básicos que forman el coto vedado y este fin se pretende lograr fundamentalmente asegurando la primacía de la constitución en la que los derechos quedan atrincherados mediante dos instrumentos o garantías: la rigidez constitucional y el carácter normativo de las constituciones.

La rigidez constitucional supone que cualquier reforma de la constitución sólo será posible si se realiza a través de algún procedimiento agravado en relación con el dispuesto para la aprobación, modificación o derogación de las leyes. La rigidez constitucional garantiza la primacía constitucional al definir y cualificar al poder constituyente, esto es, al poder competente para la reforma de la constitución, frente a los poderes digamos ordinarios. La rigidez constitucional es de contenido variable: puede ser mínima si la agravación del procedimiento es puramente formal, como sería el caso de que la modificación de la constitución sólo exigiese la aprobación por parte del órgano competente para la promulgación de las leyes y por el mismo procedimiento empleado para la aprobación de éstas, de un tipo especial de ley, sea una “ley de reforma de la constitución”, “enmienda constitucional” o similar. Podría, por el contrario, ser máxima si la reforma constitucional estuviese jurídicamente vetada, esto es, que la constitución o algunas de sus cláusulas fuesen inderogables porque la propia constitución así lo estableciera.⁵

Al asegurar el carácter normativo de las constituciones se garantiza la vinculación a las cláusulas constitucionales de los poderes públicos y los ciudadanos en los momentos de política ordinaria. De poco serviría una constitución muy rígida que vetase la posibilidad de un nuevo constituyente, si no es posible reaccionar frente a medidas legales contrarias a las normas constitucionales o si no está permitido que los jueces funden sus decisiones en la constitución cuando esto supone la inaplicación de una norma de rango infraconstitucional. Una importancia especial cobra en este punto el control de constitucionalidad de las leyes que pretende asegurar el carácter normativo de las constituciones frente a las normas aprobadas por el órgano legislativo, esto es, a las leyes. Efectivamente es una constante en los actuales Estados constitucionales de derecho el establecimiento de un procedimiento para dirimir la constitucionalidad de las leyes.⁶ Las formas de control de constitucionalidad incluyen tanto el conocido modelo disperso o difuso – paradigmática es la judicial review norteamericana⁷ – como el concentrado, abstracto o europeo. Ambos modelos y todas

⁵ Entre ambos extremos existe una considerable variedad de grados de rigidez. Puede encontrarse referencia a los mismos en Laporta 2001, p. 465 y Ferreres 2000, pp. 30-33.

⁶ Estos cambios que afectan a la posición de la ley pueden ser vistos también como definitorios de la fórmula del “Estado constitucional”: “la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a una estrato más alto de derecho establecido por la Constitución” (Zagrebelky 1992, p. 34).

⁷ Sobre las características de la técnica de la judicial review y su relación con el – más familiar entre nosotros – control de constitucionalidad, Carrió 1991, pp. 141, ss.

sus posibles variantes son formas de control de constitucionalidad en la medida en que aseguran el carácter normativo de las constituciones, singularmente frente al legislador democrático.⁸

Pues bien, como ya avanzaba, un gran número de problemas se suscitan cuando, en un diseño institucional singular, se combinan el rasgo constitucional con el democrático. Si aceptamos que existe un vínculo fuerte entre democracia y regla de la mayoría – lo que nos llevaría, como mínimo, a valorar positivamente las decisiones y opciones socialmente mayoritarias y a propugnar que éstas han de ser las que determinen la acción de gobierno –, es difícil admitir que se impongan vetos de deliberación externos a las mayorías democráticas o que se limiten a priori las cuestiones que pudieran ser objeto de decisión por esas mismas mayorías. El constitucionalismo tiene entonces una espinosa cuenta pendiente (Bayón 2000:67) con lo que se viene denominando objeción contramayoritaria que afecta tanto a la rigidez de la constitución como a su carácter normativo.

Es este un problema, planteado inicialmente en el ámbito de la cultura jurídica y política norteamericana pero que ha desbordado esos límites iniciales y que presenta diversas formas de expresión, aunque dos son las básicas.

La primera es la conocida como tiranía del pasado que se produce cuando el atrincheramiento de cuestiones morales o políticas relevantes en constituciones rígidas es interpretado como una vulneración de la autonomía y derecho a la libre determinación de las generaciones sucesivas a la que adoptó la constitución, es decir, generaciones que no participaron en el pacto constituyente.⁹ Efectivamente, la responsabilidad del gobierno corresponde a los vivos por lo que es razonable que toda generación decida sobre las cuestiones morales o políticamente controvertidas que estime conveniente, como, por ejemplo, los derechos que tienen el conjunto de sus miembros o su alcance y límites. Lo que ya no parece tan fácilmente justificable es que entienda que dicha decisión vale para sí y para sus sucesores e impida a estos últimos considerar o revisar en el futuro lo ahora decidido. Y esto es precisamente lo que se hace al atrincherar en una constitución rígida un coto vedado de derechos. Por los mismos motivos, también

⁸ Es un error considerar que un control difuso y concreto satisface menos las exigencias del control de constitucionalidad de las leyes. Es más, como ha advertido, por ejemplo, Prieto (2003, p. 128), el modelo de jurisdicción constitucional concentrada no representa sino “un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular aquella época y aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquélla no era una verdadera fuente del Derecho, sino una fuente de fuentes cuyos conflictos habrían de dirimirse ante un órgano especialísimo con un rostro mitad político y mitad judicial”.

⁹ Esta fue una cuestión que preocupó ya a los Framers norteamericanos. Es especialmente llamativo el caso de Thomas Jefferson quien, reacio como era a reconocer el derecho de una generación a vincular a las sucesivas, propuso que, ya que la mitad de los que en un momento dado tienen más de 21 años habrían muerto a los 18 años y 8 meses, toda constitución tendría que ser sometida a consideración del conjunto de la ciudadanía transcurrido ese periodo desde su aprobación o desde su última ratificación. La referencia la tomo de Holmes 1988, pp. 204-205.

parece difícil aceptar que los miembros de una generación nazcan bajo la tutela de otra anterior por el hecho de que ciertas decisiones adoptadas por una mayoría en el pasado quedaron recogidas en una constitución que les vincula y que ahora no pueden o les resulta muy difícil reformar.¹⁰ Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Otra de las aristas en la relación entre constitucionalismo y democracia afecta directamente al control de constitucionalidad de las leyes, la clave de la bóveda de la normatividad constitucional. El problema reside en el carácter fuertemente contramayoritario del poder de un juez o tribunal, órganos en general no electos ni responsables políticamente, de anular o inaplicar las normas legales cuando las consideren contrarias a la constitución y, en particular, a los derechos en ella reconocidos. Así las cosas, el sentido último de los derechos de todos, y también el de las normas de la constitución en general, sería, no el que la mayoría política promueva, sino el que determinen los miembros del órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las normas del legislativo.¹¹ Y es que en una sociedad democrática no parece que haya muchos motivos para desconfiar del legislador ni para suponerle una amenaza constante a los derechos y de todos reconocidos en la constitución. Existen algunos buenos motivos, más bien, para ser deferente¹² con el legislador democrático y con el sentido que éste, como representante de la mayoría ciudadana, postule para los derechos constitucionales y sus correlativos deberes a través de las leyes. De otro lado, hay que tener en cuenta que aunque consideremos que el pacto constitucional es el que contiene las líneas maestras de nuestros derechos y que son éstas las que condicionan las decisiones de los jueces constitucionales, éstos se ven en la necesidad de salvar la brecha interpretativa que media entre las cláusulas que recogen los derechos y sus decisiones. Esta actualización es una responsabilidad que, en una sociedad democrática por afectar al conjunto de sus miembros, habría de ser

¹⁰ Cualquier ciudadano se sentiría legítimamente molesto si su generación no pudiera decidir ni aun por mayoría en qué condiciones se ejerce el derecho al aborto, por el hecho de que muchos años atrás, quizás en unas condiciones políticas y sociales que poco o nada tienen que ver con las actuales, esa cuestión ya fue decidida y atrincherada en la constitución.

¹¹ Bickel (1962, p. 16) – en una de las obras clave de este debate – sintetizaba magistralmente esta objeción al advertir que “la dificultad radical es que el control de constitucionalidad (judicial review) es en nuestro sistema una fuerza contramayoritaria. Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un Ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en su contra”.

¹² Uno de los más firmes partidarios de la tesis de la deferencia hacia las decisiones del legislador democrático fue J.B. Thayer para quien los jueces constitucionales no deberían invalidar o inaplicar todas las leyes que consideren inconstitucionales, sino sólo aquellas que lo sean de un modo manifiesto, más allá de toda duda razonable. Una declaración de inconstitucionalidad en un hipotético tribunal constitucional thayeriano precisaría, por tanto, en buena lógica, la unanimidad de todos sus miembros, pues tampoco parece razonable suponer que la minoría que disintiera de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad se posiciona irracionalmente (Las referencias a las tesis de Thayer las tomo de Ferreres 1997, pp. 144, ss. Una interesante investigación sobre la posibilidad y rasgos de este constitucional thayeriano en Lora 2000, pp. 49, ss).

ejercida por todos, sin que se comprenda bien por qué ha de ser una minoría de individuos no electos o cuyo vínculo con el electorado es más bien tenue, quienes hayan de tener la última palabra sobre el diseño definitivo del contenido y los límites de los derechos de todos reconocidos en la constitución.

2 Algunas Propuestas de Superación y sus Límites

Creo que el sentido de la objeción contramayoritaria ha quedado sucintamente expresado. Ahora toca analizar por qué medios o mediante qué argumentos es posible sortear dicha objeción. Las propuestas más recurrentes han sido agrupadas en cinco bloques: los tres primeros toman en serio la objeción contramayoritaria, pero afirman que posible superarla, mientras que los partidarios de los dos últimos sostienen que la tensión entre los ideales del constitucionalismo y los democráticos es meramente aparente.

2.1 La constitución de detalle

Esta tesis no niega el carácter tendencialmente contramayoritario del constitucionalismo, aunque considera que la tensión es superable, es decir, que es posible apaciguar la relación entre democracia y límites constitucionales, al menos en algunas de sus facetas. Su punto de partida podría sustanciarse en las siguientes afirmaciones: el problema del carácter contramayoritario del control de constitucionalidad reside en el riesgo de que el juez constitucional, al fundar sus decisiones en disposiciones constitucionales abstractas, vagas o controvertidas, pueda suplantar la interpretación de la constitución del legislador democrático por una personal y orientada por sus propios valores; ahora bien, este riesgo podría evitarse si se restringiera al máximo, o incluso si se suprimiese la discrecionalidad de la interpretación constitucional, componiendo las constituciones sólo y exclusivamente mediante cláusulas muy precisas cuyo sentido sea claro e incontrovertible.¹³

Este último principio normativo desplegaría sus efectos al menos en dos frentes: en primer lugar, frente al propio poder constituyente que debiera abstenerse de incluir en la constitución cláusulas genéricas, abiertas, vagas o de emplear conceptos esencialmente controvertidos; y, en segundo lugar, frente al propio órgano de control de constitucionalidad, pues si la constitución contuviese cláusulas genéricas, los jueces constitucionales no deberían recurrir a ellas, ni directa ni indirectamente, para

¹³ El modelo de constitución implícito en la propuesta de constitucional kelseniano (Kelsen 1928, pp. 109, ss.) es quizás el mejor exponente de esta propuesta. Un análisis esclarecedor de la constitución de detalle como posicionamiento teórico en el debate que nos ocupa en Ferreres 1997, pp. 79, ss.

fundar las declaraciones de inconstitucionalidad o para alterar la interpretación de las normas constitucionales decantada por el legislador democrático a través de las leyes.¹⁴ En estas condiciones, la anulación por parte del órgano de control de constitucionalidad de una ley aprobada por el legislador democrático dejaría de ser problemática, pues si la interpretación constitucional es incontrovertida por basarse en disposiciones constitucionales claras y de sentido unívoco, sería posible que los jueces constitucionales, frente a las críticas que se les formularan, dijese aquello de no fuimos nosotros, sino vosotros los que lo hicisteis

Obviamente la tesis tiene algunas limitaciones evidentes:

a. Va dirigida únicamente al control de constitucionalidad de las leyes.

b. La tesis presupone la legitimidad democrática de las normas constitucionales, aun cabría decir, la *mayor* o *mejor* legitimidad democrática de las normas aprobadas por el constituyente, es decir, se presupone que la Constitución refleja la voluntad popular más intensamente que las leyes aprobadas por el Parlamento según el procedimiento ordinario (Ferrerres 1997:79). Ahora bien esta presuposición no siempre es cierta: podría ocurrir que la constitución no hubiese contado con respaldo popular alguno y, por tanto, que carezca de legitimidad democrática si, por ejemplo, fuese una constitución *octroyée*. También pudiera suceder que el respaldo popular que tuviese la ley contraria a las cláusulas constitucionales fuera mayor que el que en su día tuvieron estas últimas o incluso que el que tienen actualmente.

c. Y, por último, hay que tener en cuenta el argumento de la *tiranía del pasado* antes comentado: la mayoría que aprobó la constitución ata a las mayorías futuras y les impone limitaciones a la hora de deliberar y decidir que coartan su capacidad para autogobernarse. Además, hay que tener en cuenta que estas limitaciones son tanto más intensas cuanto más específicas, lo que no ocurre con las disposiciones genéricas que, aun rígidas, al menos, son susceptibles de actualizaciones interpretativas lo que permite su adaptación a nuevos intereses o sensibilidades socialmente mayoritarias.

2.2 La constitución de principios

Esta tesis es similar a la anterior en lo que tiene de intento de compatibilizar democracia y constitucionalismo, pero procede en un sentido claramente distinto: si el problema al que nos enfrentamos al correlacionar democracia y constitucionalismo es que la mayoría que respaldó una constitución, al redactarla mediante cláusulas específicas y gravar o vetar su reforma, ata a las mayorías posteriores y limita su

¹⁴ Ferreres (1997, pp. 81-92) desglosa esta segunda obligación en otras tres más específicas: 1) el juez no debe utilizar como parámetros de validez de la ley las cláusulas abstractas que la constitución pudiera incluir; 2) no debe extender por analogía las cláusulas específicas recurriendo a principios abstractos subyacentes y 3) no debe interpretar las intenciones históricas del poder constituyente desde un elevado nivel de abstracción.

capacidad de autogobierno, podría darse por superado si la constitución es redactada mediante principios, esto es, mediante disposiciones abiertas o abstractas cuyo sentido pudiera ser actualizado conforme a los valores de cada generación.¹⁵

Una constitución de principios es efectivamente una constitución que soporta mejor el paso del tiempo que la constitución de detalle o de reglas.¹⁶ El consenso de las sucesivas generaciones en torno a un texto constitucional que contuviese una serie extensa de principios y valores –como la libertad, la igualdad, la dignidad de la persona, la justicia, etc.–, sin concretar su contenido, es fácilmente presumible y también alcanzable. Ninguna generación se sentiría atada o vinculada por otra pretérita y cualquiera de ellas podría, al actualizar la constitución mediante decisiones legislativas, satisfacer las exigencias del ideal de su autogobierno.

Sin embargo una constitución de principios no está exenta de problemas:

a. La propuesta sólo permite la superación del argumento de la tiranía del pasado: el legislador democrático no se sentiría coartado ni limitado en su capacidad de decisión y deliberación y tampoco habría problemas con la rigidez constitucional, pues no hay motivos para suponer que una mayoría (simple) quisiese suprimir las invocaciones a valores como la justicia o la libertad.

b. Sin embargo, el problema ahora se desplaza de la rigidez de la constitución –frente a la reforma o la actualización legislativa– hacia el control de constitucionalidad: si el órgano competente para el control puede recurrir a estas cláusulas y, dándoles un contenido específico, fundar en ellas la inconstitucionalidad de las normas aprobadas por el legislador, entonces se hace acreedor de todas las objeciones que conforman el carácter contramayoritario del control de constitucionalidad.

c. Por otra parte aun cabría cuestionar que una constitución redactada en estos términos satisficiera siquiera mínimamente el ideal del constitucionalismo democrático que estamos manejando a lo largo de todo este trabajo. Y es que muy pocos límites a la decisión puramente mayoritaria pueden ser impuestos mediante principios,¹⁷ con lo que la alternativa es clara: o es el tribunal constitucional el que da sentido concreto a las disposiciones de la constitución y se impone frente al legislador democrático o lo hace éste a través de sus propios valores que, se supone, responden

¹⁵ Quizá sea el moral reading de Dworkin el mejor exponente de esta tesis, aunque, como veremos más adelante, la opción por las normas–principios es consecuencia de una previa opción por valores morales y políticos, lo que lo coloca en otra de las clasificaciones a partir de las que se estructura esta exposición.

¹⁶ Una exposición, sucinta pero esclarecedora, de esta teoría en Ferreres 2000, pp. 33-36, quien también muestra favorable a que las cláusulas constitucionales presenten un cierto grado de abstracción.

¹⁷ Bayón (2000, p. 84) añade que esta circunstancia es consecuencia de la indeterminación de nuestras propias concepciones acerca del contenido y los límites del coto vedado: deliberadamente formulamos las normas constitucionales en modo ambiguo o vago, porque no sabríamos hacerlo de modo más preciso sin comprometernos con reglas cuya aplicación quizás no deseásemos en situaciones que no podemos prever de antemano.

a los de la mayoría que lo eligió. En el primer caso, la tensión con el principio democrático se hace casi insoportable; en el segundo, las exigencias del constitucionalismo en lo que al sometimiento del poder legislativo a unos precisos límites inspirados en los derechos de los ciudadanos o en valores como la libertad o la igualdad, no llegan a quedar satisfechas.

2.3 La constitución procedimental

Otra de las posibles fórmulas concilian al constitucionalismo con el ideal democrático es la opción por una constitución procedimental.¹⁸ Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad sería legítimo, incluso a la luz de los ideales de la democracia, si se orienta a proteger las condiciones del propio proceso democrático. Igualmente, la rigidez constitucional que conduce al coto vedado podría considerarse legítima si lo vedado son precisamente los derechos y condiciones necesarios para considerar democrática a la comunidad de que se trate.¹⁹

El más afamado representante de estas tesis es John Hart Ely quien, en su *Democracia y desconfianza*, sostiene que la opción por unos concretos valores o su imposición no es la única finalidad posible de la constitución ni el fin último del control de constitucionalidad (Ely 1980:99). Analizando e interpretando las cláusulas de la constitución americana, afirma Ely (pp.114-127) que es fundamentalmente *procedimental*, lo que significa que: a) se refiere a los procedimientos y derechos que aseguran que las decisiones sobre derechos y valores se adoptarán democráticamente; b) contiene y garantiza una forma de gobernarse y no una ideología concreta; y c) no debe de contener derechos ni proclamar valores de corte sustancial, ya que este tipo de determinaciones ha de ser efectuado por los representantes elegidos por los ciudadanos (p. 130).

En cuanto al control de constitucionalidad habría de limitarse a *vigilar el proceso legislativo* protegiendo de modo estricto derechos cuyo disfrute es condición necesaria del funcionamiento de un proceso democrático abierto y efectivo (Ely, 1980, p. 133) y evitando la discriminación de los individuos, fundamentalmente de quienes, por formar parte de minorías discretas e insulares, son habitualmente víctimas de discriminación (pp. 167, ss.). Los jueces constitucionales deben mantener abierto el proceso político y corregir las discriminaciones que afecten a las minorías,²⁰ pero no

¹⁸ Ferreres, 1997, pp. 53, ss.

Ahí también un excelente análisis de esta apuesta teórica.

¹⁹ Es más, como ha demostrado convincentemente Bayón (2000, p. 81), tomando en serio el valor de la democracia y si se quiere evitar una versión autocomprensiva de la regla de la mayoría que no permitiría evitar el suicidio democrático y que daría carta de legitimidad a cualquier decisión adoptada mayoritariamente, el núcleo mínimo común de las reglas definitorias del procedimiento democrático debiera estar atrincherado constitucionalmente e incluso vetada su reforma.

²⁰ Las mayorías, en principio, estarían suficientemente protegidas a partir de la constatación de que los elegidos desean volver a serlo con lo que no parece previsible que fuesen tratadas de modo irrazonable (Ely 1980, p. 103).

deben decidir sobre derechos o valores sustanciales. Está justificada entonces la intervención del juez frente a las leyes que restrinjan la participación política – libertad de expresión, participación y voto – y cuando en el proceso legislativo no hayan tenido la misma consideración los intereses de algunas personas o minorías que, por lo tanto, habrán resultado discriminadas. En lo demás el juez ha de ser deferente con el legislador democrático.

Existen también motivos que permiten sostener que han de ser los jueces los encargados de esta tarea. Ely considera que por ser expertos en procesos y por ser ajenos al juego político, se encuentran mejor cualificados y situados para llevarla a cabo que los poderes públicos representativos o políticos. Mientras que los representantes se encuentran mejor situados para captar los valores socialmente dominantes, los magistrados no electos, por su formación, serían más hábiles para el control de los procedimientos de selección y decisión de esos valores (Ely, 1980, 128).

La propuesta de Ely, pese a su reconocido mérito e interés, no está exenta de numerosas críticas. Sintetizaré aquí algunas.

Waldron, por ejemplo, ha negado que exista una diferencia entre las decisiones referidas a la democracia o a los derechos que a ella se vinculan y otras, como por ejemplo las de justicia social – decisiones sustantivas o sobre valores en la terminología de Ely –, tal que motivase un diferente régimen a la hora de determinar quien tiene la última palabra en cada uno de esos asuntos. Así si un asunto tiene que ser decidido en una comunidad política, cualquier miembro de la comunidad podría pedir su participación en la decisión en iguales condiciones que el resto de los ciudadanos. Sería del todo absurdo que se rechazase esta petición argumentando que la decisión versa sobre la democracia y que este tipo de asuntos tiene que solventarse por medios distintos a los democráticos (Waldron, 1999, 293). No en vano, recuerda Waldron (p. 296), el auge de las teorías de los derechos en la Edad Moderna estuvo asociado a la toma de conciencia por parte de los individuos de su capacidad para reflexionar sobre los procedimientos que el conocimiento y la deliberación racional comportan. Por ello no es de extrañar que una de las principales cuestiones sobre las que la ciudadanía reclama tener voz es la referida al procedimiento por el que adoptar sus propios acuerdos políticos.

Otro frente de críticas es el abierto en torno a la interpretación del derecho a no ser discriminado. Ely ofrece una interpretación procedimental de este derecho según la cual garantizaría únicamente que durante el proceso legislativo no se han minusvalorado los intereses de determinados grupos de personas como consecuencia de los prejuicios que existan en su contra. Las clasificaciones que lleve a cabo el legislador y que impliquen un trato desigual a individuos o grupos de individuos, no serían ilegítimas si durante el proceso legislativo se han sopesado con igual consideración los intereses de todos, sin que, obviamente, esto obligue a satisfacerlos (Ferrerres, 1997, 59). Esta reconstrucción del derecho a no ser discriminado es difícilmente sostenible, pues o bien queda vacío de contenido al autorizarse cualquier discriminación frente a cualquier grupo siempre y cuando éste haya tenido ocasión de expresar sus intereses en el proceso legislativo, al margen de que hayan sido finalmente

conculcados, o bien se da cabida a consideraciones sustanciales para evitar discriminaciones groseras y que no dejarían de serlo por el mero hecho de haber antes oído a los luego discriminados (p. 62–64).

Un planteamiento similar es el de Gargarella (1996, 156) quien advierte que la propuesta de Ely resulta objetable "al estar más preocupada por la expresión de las distintas preferencias existentes en la sociedad que por el contenido mismo de tales preferencias". Frente a esta lectura propugna otra basada en la idea de que el sistema político ha de asegurar que predomine la postura más razonable y no simplemente la que alcance mayor número de votos, lo que exige, no abandonar la regla de la mayoría, sino "perfeccionarla: así, por ejemplo, a través de mecanismos que favorezcan que los distintos grupos "depuren" sus posibles prejuicios, que los obliguen a presentar sus argumentos de forma aceptable para los demás, o que les fuercen a responder a las observaciones y las críticas que los otros les hagan".

2.4 La excelencia constituyente: el dualismo democrático

Bruce Ackerman (1991, p. 6,ss)²¹ ha negado que exista oposición alguna entre democracia y constitución, al menos, en un modelo singular de democracia que él describe y al que denomina *democracia dualista*.

En la democracia dualista existen dos tipos de decisiones políticas: las primeras son las adoptadas por el pueblo mismo en los momentos denominados constitucionales, es decir, momentos en los que un gran número de ciudadanos es sabedor de la seriedad del asunto que se discute, en los que los ciudadanos han tenido la oportunidad de organizarse para expresar su opinión y, por último, en los que existe una mayoría partidaria de una determinada solución o decisión para el asunto en cuestión. Las segundas decisiones son las adoptadas por los representantes del pueblo, esto es, las de los momentos de política ordinaria. En estos momentos, no existe el debate ni la movilización popular que se verifican en los momentos constitucionales y el electorado confía al gobierno la gestión de los asuntos públicos y éste, legitimado por el mandato popular correspondiente, toma las decisiones que estime más convenientes. Ni la ausencia de debate ni la de movilización vician necesariamente las decisiones adoptadas por el gobierno en estos casos: la decisión goza de plena legitimidad democrática si se dan unas condiciones que aseguren la responsabilidad y la dedicación al interés público de los miembros de los gobiernos democráticos. Lo que, sin embargo, no puede hacer de ningún modo un gobierno electo es arrogarse en la facultad de adoptar decisiones constitucionales o invalidar las decisiones ya tomadas por el pueblo mismo en momentos constitucionales anteriores. Si desea hacerlo, ha de lograr forjar un momento constitucional movilizando a los ciudadanos, concienciándolos de la seriedad del asunto e incentivándolos a la participación en el debate y la decisión correspondiente.²²

²¹ En idéntico sentido Ackerman y Rosenkrantz, 1991, pp. 16-21.

²² Los momentos constitucionales no siempre se sustentan en reformas formales del texto constitucional. Cambios legislativos profundos, como los acaecidos por la puesta en marcha del New Deal de Roosevelt, también serían ejemplos de este tipo de momentos.

La alternativa a la anterior es la *democracia monista*²³ que se basa en la idea de que gobierna quien ha sido elegido para tal fin por el pueblo en las correspondientes elecciones; el gobierno así elegido disfruta de plena autoridad para implementar su política y cambiar el derecho. Cualquier contrapeso o límite de esta autoridad es juzgado por los *monistas* como sospechoso de antidemocrático. La actuación, frente a las decisiones del órgano legislativo que goce de la legitimidad popular para gobernar, de otro órgano, como una cámara de segunda lectura o un tribunal con potestad para anular o inaplicar normas del órgano de gobierno electo, es vista como algo tendencial o manifiestamente antidemocrático.

Como hemos visto, un dualista no considera que el gobierno electo tenga competencia para tomar cualquier tipo de decisión ni ve a todas y cada una de las medidas del gobierno electo como decisiones coherentes con el sentido expresado por el Pueblo en los momentos constitucionales. De este modo, admitido este doble plano de la acción política, la actuación de un tribunal o de cualquier otro órgano con capacidad para cuestionar la validez de las decisiones del gobierno electo cobra sentido: en un modelo dualista estos órganos sirven para mantener la integridad del derecho constitucional frente a los intentos del gobierno de regular mediante decisiones legislativas ordinarias cuestiones de entidad constitucional que requerirían la formación de un momento constitucional y la intervención directa del Pueblo.²⁴ Un órgano como el Tribunal Supremo americano o como cualquier tribunal constitucional con competencia para el control de constitucionalidad de las leyes es, por lo tanto, no ya una fuerza tendencialmente antidemocrática, sino un ingrediente básico de cualquier régimen democrático bien ordenado (Ackerman 1991, pp. 8-10). Claro está, sin embargo, que el órgano en cuestión no puede revocar cualquier decisión de la legislatura: no

²³ Junto a estos dos, un tercer modelo de democracia, aunque en cierto sentido imperfecto, es el del fundamentalismo constitucional o de los derechos. Este modelo, que queda ejemplificado por referencia a la Constitución de Alemania, se opone sustancialmente a los anteriores porque no admite que la voluntad popular pueda alterar los principios constitucionales básicos. Dualismo y monismo admitían esa posibilidad, si bien difieren en lo referente al procedimiento para llevarla a cabo: el monismo toleraría que se llevase a efecto incluso por el órgano legislativo en momentos de política corriente u ordinaria, mientras que el dualismo exigiría la intervención activa del Pueblo en uno de esos raros momentos de política constitucional. El fundamentalismo constitucional, sin embargo, pese a su compromiso con la democracia, considera que una serie de derechos o principios básicos están fuera del alcance de la decisión democrática, fuera, por lo tanto, del alcance del Pueblo (Ackerman 1991, pp. 10-16 y Ackerman y Rosenkrantz 1991, pp. 22-26).

²⁴ Un argumento semejante el de Freeman (1991, pp. 359-360) para quien la voluntad popular tiene su más clara y más original expresión en la constitución democrática y no hay nada en el acuerdo sobre el que ésta se funda que exija delegar a quienes tienen poder para producir las normas ordinarias la autoridad final para decidir la naturaleza o el alcance de las condiciones constitucionales de su validez. De este modo, más que el ejercicio de un poder ordinario – como lo es la interpretación y aplicación del derecho para el judicial –, el control de constitucionalidad de las leyes es un poder de conservación. Con el ejercicio del control de constitucionalidad se vela para que ningún poder vaya más allá de los límites que la constitución le ha impuesto y para que ejerza las funciones que constitucionalmente se le han atribuido.

podrá hacerlo respecto de aquellas medidas que hayan sido el resultado de un momento constitucional, aunque formalmente emitidas por el legislativo, pues en este caso sí que actuaría contramayoritariamente. Al juez constitucional, por tanto, sólo se le exige que sepa discriminar entre las decisiones constitucionales, no sujetas a control y las decisiones de política ordinaria, cuya adecuación a las primeras es una necesidad para el buen funcionamiento del sistema democrático.

La tesis es atractiva, pero se sustenta, entre otras, sobre ciertas afirmaciones empíricas que no soportan demasiado bien su contraste con la realidad de los hechos, lo que debilita mucho su fundamento. No es siempre cierto que los procesos constituyentes sean momentos de excelencia política, plenos de deliberación o moderación y a través de los que siempre se alcanzan soluciones esclarecidas a problemas complejos que parecían irresolubles. Como bien advierte Laporta (2001, p. 464), es frecuente que en los procesos constituyentes las fuerzas sociales, políticas o económicas pugnen por incluir en la constitución una garantía rígida para sus intereses o un reconocimiento de lo que a la postre no son sino sus propios prejuicios. Tampoco es siempre cierto que en los momentos de actividad legislativa corriente u ordinaria se muestre la política con su peor cara y que las decisiones de los legislativos sólo vengan motivadas por intereses ocultos y por prejuicios sectarios.

Hay una segunda objeción de alcance: aun admitiendo que existan dos distintos niveles de decisión política, podríamos cuestionar que sea el poder judicial el mejor situado para captar el auténtico sentido de las decisiones constitucionales a causa, fundamentalmente, de su relativo aislamiento de las mayorías que las respaldaron (Gargarella 1996, p. 140.). Y es que parece obvio que de la afirmación de que ciertas decisiones son más *altas* que otras por ser constitucionales, no se sigue la necesidad de que exista un órgano – precisamente – judicial encargado de velar por la correspondencia de las segundas a las primeras. La atribución del control de constitucionalidad de las leyes a órganos judicial o cuasijudiciales seguiría pendiente de justificación.

2.5 Objeciones basadas en los valores que fundamentan la democracia

Agrupo en este epígrafe a un conjunto de teorías que niegan que exista cualquier oposición entre los conceptos referidos en la expresión “democracia constitucional” tras operar una relectura de los valores sobre los que se asentaría la democracia que la aleja de la confrontación con el constitucionalismo.

2.5.1 Ronald Dworkin: lectura moral de la constitución y democracia sustancial

El posicionamiento de Dworkin acerca de la función de la constitución, la legitimidad y alcance de la *judicial review* y sus relaciones con el componente democrático de los Estados y con sus poderes representativos puede localizarse en

una de sus últimas propuestas teóricas y políticas: el denominado *moral reading* o lectura moral de la constitución. La tesis básica de la lectura moral de la constitución nos obliga a vincular a los derechos presentes en las constituciones de los Estados occidentales con ciertos principios de justicia y excelencia política que, una vez incorporados a la constitución, actúan cómo límites al poder de los gobiernos. De este modo, la moralidad queda colocada en el corazón del derecho constitucional actual: las cláusulas características de las constituciones de los países occidentales que reconocen derechos estarían en relación con valores que se sintetizarían en la igualdad moral de los individuos. A partir de estos valores podrían deducirse requerimientos concretos a los poderes públicos, vinculados con su genérico deber de tratar a todos aquellos que están bajo su autoridad como sujetos dotados de un igual estatus moral y político, lo que equivale a tratarlos con igual consideración y respetar las libertades individuales indispensables para lograr sus fines (Dworkin 1996, pp. 2, 7-8).

Ahora bien, la moralidad política es una cuestión controvertida, por lo que todo sistema institucional debe determinar en qué modo se deciden las controversias que afecten a la interpretación y comprensión de esos principios. En el constitucionalismo americano son los jueces los que ejercen esa potestad y, según Dworkin (1996, pp. 2, 10, ss.), las cosas deberían seguir siendo así. El motivo básico – además del rechazo, que ahora analizaremos, a las versiones mayoritaristas de la democracia – no es muy satisfactorio: Dworkin (1986, p. 356) cree que la sociedad norteamericana es mejor de lo que hubiera sido si se hubiese otorgado a las mayorías políticas la facultad de interpretar los derechos de la constitución.

Sin embargo, la lectura moral de la constitución no es indiferente al modo en que los jueces ejerzan esta delicada labor. En particular, está proscrito por la lectura moral que impongan sus propios planteamientos éticos. Aunque es innegable que tienen sus propias convicciones, los jueces deben verse a sí mismos como actores, como piezas de un engranaje mayor del que también forman parte otros jueces y autoridades presentes, pasadas y futuras. Todos ellos tienen la responsabilidad de construir una moralidad constitucional coherente *para* las normas constitucionales que encaje con la historia y la práctica política y jurídica del país y con los requerimientos de la integridad de las interpretaciones del texto constitucional. La lectura moral impone, por lo tanto, a los jueces la obligación de encontrar la mejor concepción de los principios morales que encaje con la tradición política y jurídica del país (Dworkin 1996, p. 11).

En lo que atañe a la relación de la tesis de la lectura moral de la constitución con los principios democráticos, Dworkin, tras constatar que lo que sea la democracia es una cuestión controvertida y, por ello, abierta, presenta una primera teoría sobre este asunto inspirada por lo que denomina la premisa mayoritaria – *the majoritarian premise* –. Según esta versión de la democracia, todos los procedimientos políticos deben estar diseñados de modo que, al menos en las cuestiones fundamentales, las decisiones adoptadas sean aquellas que corresponden a la mayoría de los ciudadanos o a las que una mayoría de ciudadanos hubiese adoptado si hubiera tenido información

adecuada y tiempo suficiente para reflexionar. El mayoritarismo no rechaza que los ciudadanos tengan importantes derechos morales que debieran ser respetados por las mayorías. Sin embargo, la lectura y los límites de esos derechos, por ser una cuestión controvertida, habría de corresponder a la mayoría misma (Dworkin 1996, pp. 15–16).

Dworkin propone una lectura de la democracia distinta de la que se deriva de la premisa mayoritaria, y a la que denomina *la concepción constitucional de la democracia* (Dworkin 1996, p. 17). Esta concepción niega que sea un rasgo definitorio de la democracia el que las decisiones políticas tengan que ser las mayoritarias, aunque lo sean de parte de una mayoría de ciudadanos en una situación de información y deliberación perfectas. El espíritu de la democracia apuntaría más bien a que las decisiones sean adoptadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas presupongan un tratamiento con igual consideración y respeto para cada uno de los miembros de la comunidad. La democracia sería, por tanto, gobierno conforme a los requerimientos de la igualdad de estatus de todos los ciudadanos. En consecuencia, no estaría vetado que, en determinadas ocasiones, cuando este objetivo sea mejor protegido o alcanzable mediante procedimientos distintos a los puramente mayoritarios, se proceda en un sentido distinto sin que ello suponga ni traicionar la esencia de la democracia ni tampoco un lamentable coste moral.²⁵

²⁵ También Freeman se refiere a dos teorías sobre la democracia. Según la primera, puramente procedimental, la democracia no sería sino una forma de decisión política en la que se reconoce la igualdad de derechos de participación e influencia en los procesos que dan lugar a las leyes y las políticas públicas, y donde las decisiones se conforman en conformidad con la regla de la mayoría simple. Bajo esta concepción no serían admisibles restricciones sustantivas sobre los resultados de determinaciones legislativas, como por ejemplo, los derechos necesarios para permitir el funcionamiento de los propios procedimientos de decisión (Freeman 1991, pp. 335-336). La segunda teoría considera que la democracia incluye requerimientos sustantivos que afectan al contenido de las leyes producidas y aplicadas. Sin embargo, esta teoría de la democracia admitiría dos lecturas alternativas: a) la que estimase que el alcance de estas restricciones debe ser decidido por el poder legislativo en tanto que órgano representativo; y b) la que estima que se consiguen mejores resultados si es un órgano distinto del representativo el competente para interpretar el alcance de los límites constitucionales al poder legislativo. Como Dworkin, Freeman apuesta por el segundo modelo, al que denomina democracia constitucional. En este sistema existe una constitución democrática justa que contiene derechos y procedimientos que definen el principio de igual participación, derechos políticos para todos, procedimientos para la representación y para la elección de los cargos públicos y todos los derechos que sean necesarios para que se pueda llevar a cabo libremente y con la información necesaria la deliberación y la discusión políticas. El principio de igual participación política no exige, sin embargo, universalizar el uso de la regla de la mayoría simple, pues cualquier otra regla de decisión cualificada en la que las personas están simétricamente situadas en los procedimientos de decisión, es compatible con la igualdad de derechos de participación. Existen buenas razones para elegir la regla de la mayoría como regla de decisión política, pero éste es uno más de los diversos acuerdos constitucionales posibles entre individuos libres, iguales y racionales (pp. 350-351). Junto a él hay otros: en particular los dirigidos a asegurar que los procedimientos legislativos ordinarios no comprometan la soberanía de cada cual dañando los derechos y libertades necesarios para que cada persona libre consiga su propio beneficio. Esta circunstancia justificaría la existencia de restricciones constitucionales fundadas en los derechos y

La democracia no debe de ser confundida con la regla de la mayoría, pues en una genuina democracia, la libertad y las minorías están garantizadas mediante una constitución escrita que el parlamento no puede cambiar cuando estime necesario poner en marcha tal o cual política. A juicio de Dworkin (1996, pp. 354-355), la existencia de un catálogo derechos y la atribución de competencia a los jueces – no electos ni sujetos al control o influencia de los partidos políticos – para su interpretación y para hacerlos efectivos son mecanismos hábiles para lograr el fin último de la democracia. Ni el atrincheramiento de los derechos ni la posibilidad de que los jueces los apliquen, incluso frente a actos del poder legislativo, son medidas antidemocráticas. Los motivos vendrían dados por lo que Dworkin (pp. 32-35) denomina *results driven test*, esto es, un test orientado a los resultados según el cual la mejor estructura institucional de gobierno es aquella calculada para alcanzar la mejor respuesta a la pregunta acerca de cuáles sean las condiciones de la democracia y también para asegurar y estabilizar esas condiciones. Así, si el problema que se plantea es quién ha de tener la última palabra acerca de los derechos que tenemos o sus límites o sobre la mejor actualización de los valores básicos de nuestra constitución a un problema concreto, para Dworkin la respuesta es clara: han de ser los jueces. Si su decisión de invalidar una decisión del legislativo es correcta se habrá favorecido la democracia; y si el tribunal no interviene ante una medida inconstitucional, todos habrán perdido algo y algún menoscabo se habrá producido a la democracia. Quedaría, por último, la posibilidad de que el tribunal mismo se equivocase, si bien, ésta sería simétrica a la posibilidad de error del parlamento. La conclusión final es obvia para Dworkin (p. 33): la premisa mayoritaria inspira una versión puramente estadística o mayoritarista de la democracia que debe ser abandonada.

2.5.2 *Los dos modelos de democracia de Luigi Ferrajoli.*

Ferrajoli también niega que exista algún tipo de contraposición o de tensión insostenible entre el componente democrático de los sistemas políticos y la posible constitucionalización de una serie de derechos que actúen como límite a las decisiones mayoritarias. El punto de partida de sus tesis es la distinción entre dos modelos de Estado de derecho: a) el Estado de derecho en un sentido lato, débil o formal que se refiere a cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y a través de los procedimientos legalmente establecidos; b) el Estado de derecho en sentido fuerte o sustancial que designa a aquellos sistemas en los que los poderes públicos están sujetos a la ley y, por tanto, limitados por ella, no sólo en lo relativo a las formas o procedimientos de ejercicio, sino también en los contenidos.²⁶

los principios de justicia básicos, como por ejemplo un catálogo de derechos reconocido constitucionalmente y excluido de la agenda política ordinaria (p. 352).

²⁶ Ferrajoli, 1989, pp. 856-857 y también 2003, p. 13.

Los actuales Estados constitucionales de derecho se corresponden con el ideal del Estado de derecho en sentido fuerte. Estos modelos de Estado, nacidos de las modernas constituciones, se caracterizan a) en el plano formal porque todos los poderes públicos están subordinados a leyes generales y abstractas que disciplinan su ejercicio y porque esta subordinación está sometida a control jurisdiccional; y b) en un plano sustancial “por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial” (Ferrajoli, 1989, pp. 855-856).

La incorporación limitativa de los derechos en el modelo de Ferrajoli es particularmente intensa, pues, como se ha visto, se manifiesta, no ya a través de principios o directrices más o menos genéricos, sino a través de normas de mandato, esto es, obligaciones y prohibiciones dirigidas a los poderes públicos, también al legislador democrático, directamente exigibles por los ciudadanos ante los jueces.

La relación de estas *normas* limitadoras con la democracia se articula a partir de la distinción entre condiciones formales y sustanciales de validez del derecho. Mientras que los derechos de libertad y los sociales actúan como condiciones sustanciales de validez del derecho, las normas que configuran el funcionamiento democrático de un Estado apuntan más bien al *quién* y al *cómo* se decide, pero no al *qué* que viene determinado por las reglas del primer tipo. Existe, a juicio de Ferrajoli (1989, p. 859) una clara primacía axiológica de las reglas del Estado de derecho respecto de las del Estado democrático: “la limitación legal del poder soberano precede a su fundamentación democrático-representativa. La primera regla de todo pacto constituyente sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría. (...) Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado”.

En este punto ya podemos distinguir entre dos modelos de democracia: la formal y la sustancial. Es una *democracia formal* el Estado político representativo basado en el principio de la mayoría como fuente de legitimidad y una *democracia sustantiva* aquel Estado de derecho dotado de garantías efectivas, tanto referidas a los derechos de libertad como a los sociales (Ferrajoli, 1989, p. 864). En el Estado político representativo o *democracia formal*, el principio mayoritario es fuente absoluta de legalidad; la soberanía está residenciada en el pueblo y se expresa libremente, sin otro límite a la validez de sus decisiones que el ser expresión de la voluntad mayoritaria de los miembros de la comunidad política. Por el contrario, el modelo de *democracia sustancial* está formado por el conjunto de reglas que determinan cómo y quién decide, en el marco de un Estado de derecho y, por lo tanto, vinculado estructural y funcionalmente a la tutela de los derechos e intereses de los individuos.

En un modelo de democracia sustancial no existe tensión ni oposición entre los límites impuestos al poder de decisión de las mayorías y los ideales democráticos, antes al contrario, en un Estado constitucional y democrático el componente constitucional limita, pero también *completa* al democrático, pues las obligaciones y prohibiciones en que los derechos se sustentan son garantías frente a los abusos de los poderes que, de otro modo, podrían arrollar, además de a los derechos, al propio procedimiento democrático (Ferrajoli, 2003, p. 19). Así las cosas, la expansión de los vínculos estructurales y funcionales impuestos a todos los poderes democráticos y burocráticos, públicos y privados para la tutela sustancial de derechos vitales siempre nuevos y, a la vez, mediante la elaboración de nuevas técnicas garantistas aptas para asegurar su mayor efectividad, es una forma de expandir la democracia (Ferrajoli, 1989, p. 865).

3 Las Tesis de Jeremy Waldron

Recientemente Jeremy Waldron ha replanteado con vigor muchos de los argumentos de la clásica *objeción contramayoritaria* y ha dirigido sus críticas específicamente a tesis como las últimas que acabamos de analizar, lo que ha contribuido a revitalizar un debate nunca cerrado. Hay, a mi juicio, dos elementos novedosos en las tesis waldronianas.

El primero supone que Waldron, lejos de oponer democracia y constitucionalismo o derechos, formula la objeción contramayoritaria desde el mismo ideal moral en que los derechos se inspiran. Efectivamente, para Waldron (1999, p. 282) no hay una oposición entre el ideal de los derechos y el de la democracia y "si hay una objeción contramayoritaria al control judicial de las leyes, debe ser también una objeción basada en los derechos". Democracia y derechos tienen el mismo presupuesto: la autonomía o capacidad moral del individuo, ya que la identificación de un individuo como portador de derechos denota una cierta confianza en las capacidades morales de ese sujeto, en particular, su capacidad para pensar responsablemente sobre la relación moral entre sus intereses y los de los otros y para deliberar y decidir sobre tales cuestiones (p. 251). Por este motivo, los teóricos de los derechos no debieran retratar a los ciudadanos como seres egoístas y potencialmente peligrosos para los derechos propios y ajenos, ya que si así lo hicieran, estarían contrariando los propios presupuestos éticos de la atribución o extensión de los derechos por la que, en general, apuestan.

Un segundo factor es que Waldron elabora sus conclusiones teóricas en contextos en los que los individuos discuten acerca de qué derechos tienen y no en situaciones ideales de consenso generalizado sobre esos derechos y su alcance (Waldron 1993, pp. 31-33). Una hipotética reconstrucción trascendental de un proceso constituyente o de una suerte de contrato social no pasaría por un acuerdo básico sobre ciertos principios de justicia a partir de los que deducir derechos y, de éstos,

procedimientos para la adopción de decisiones que los satisfagan. Antes al contrario, partiría de una situación en la que existe desacuerdo entre individuos sobre qué derechos tienen y sobre otras cuestiones morales relevantes; precisamente por este motivo, se ven en la necesidad de elegir un método para poner fin a las discusiones y poder adoptar las decisiones y acuerdos precisos para su sostenimiento como grupo social. De ahí, como veremos inmediatamente, la importancia que da Waldron a una teoría de la autoridad que nos indique cómo alcanzar decisiones en contextos de desacuerdo, y de ahí los reproches a los filósofos del derecho y de la política por el poco interés que a estas cuestiones han prestado (p. 34).

Para exponer las tesis de Waldron intentaré clasificar sus argumentos en tres grupos,²⁷ según vayan dirigidos contra la juridificación y constitucionalización de los derechos – esto es a la conveniencia de catalogar jurídicamente los derechos del *coto vedado moral* –, contra la rigidez constitucional o contra el control de constitucionalidad de las leyes.

3.1 Objeciones a la juridificación y a la constitucionalización de los derechos

Aceptemos como premisa que los ciudadanos son titulares de ciertos derechos de naturaleza moral y que la garantía de esos derechos requiere alguna acción jurídica, ¿debemos recogerlos en formulaciones legales específicas y proclamarlos formalmente en algún catálogo de derechos o, por el contrario, debemos dejar que evolucionen informalmente a partir del diálogo entre ciudadanos, representantes y autoridades? (Waldron 1993, p. 18). Waldron rechaza la canonización jurídica de los derechos y para justificar su negativa aduce los siguientes motivos.

En primer lugar rechaza que toda teoría de la justicia tenga necesariamente que expresarse siempre en términos de derechos. Una teoría moral puede formular sus premisas más básicas en términos de derechos morales y, sin embargo, a partir de ahí y en sucesivas derivaciones, podría concretarse en premisas que hicieran efectivos aquellos derechos sin llegar a estar formuladas ellas mismas en términos de derechos (Waldron 1993, pp. 21-22). Entonces, del hecho de que las premisas básicas (o algunas derivadas de orden superior) de una teoría moral estén formuladas en términos de derechos, no se sigue que las premisas derivadas últimas expresen mejor los requerimientos normativos de la teoría si se formulan también en esos mismos términos.

También niega Waldron que exista una conexión necesaria entre tener un derecho moral y deber ser titular de un derecho de naturaleza jurídica. Waldron (1999, pp. 218-219) cree que a partir de un derecho moral como mucho sería posible extraer una demanda referida al reconocimiento legal del derecho, pero no un derecho de naturaleza jurídica en sí, ni tampoco el modo en que el derecho debiera ser jurídicamente

²⁷ En la medida de lo posible, pues todos ellos tienen los mismos fundamentos teóricos y, por este motivo, aparecen generalmente entrelazados en los escritos de Waldron.

establecido. Entonces de la premisa “P tiene derecho moral a X” no se seguiría “P (moralmente) debe tener un derecho legal a X” si no más bien “el derecho²⁸ debe ser de modo tal que P logre X”.

No obstante, supongamos – sigue Waldron (1999, pp. 219–221) – que de un derecho moral se derivase la titularidad de un derecho de naturaleza jurídica ¿habría de ser un derecho de rango constitucional? La respuesta nuevamente es negativa. Es más, quien estuviera interesado en la efectividad del derecho podría rechazar su atrincheramiento constitucional por la pesada carga que supone activar este reconocimiento o también porque, al atrincherarlo, se asume también la carga de no poder variar fácilmente los términos en que es reconocido, su contenido o sus límites. Además cuando un derecho es atrincherado constitucionalmente, se crea una zona de inmunidad legislativa de modo que aquellos que ostentan el derecho hoy obtienen la ventaja adicional de hacer difícil o imposibilitar el cambio de su posición jurídica (p. 221). Recurriendo a la terminología hohfeldiana, todo derecho se expresa a partir de una o algunas posiciones jurídicas activas y sus correlativas pasivas: supongamos que un derecho se plasma en una inmunidad constitucional; en este caso, la correlativa pasiva es la incompetencia de todos los demás ciudadanos para alterar el contenido o los límites del derecho. Suscribir sin vacilar la necesidad de tal incompetencia denota, a juicio de Waldron (pp. 222–223), una cierta dosis de desconfianza hacia el resto de los ciudadanos y sus representantes y también una cierta soberbia personal, porque pone de manifiesto un nivel tal de seguridad en haber captado la esencia del derecho que no se duda en imponerla a todos los demás y blindarla frente a cambios futuros.

Pero si se confía en la autonomía y capacidad moral de los individuos, hasta el punto de basarse en ellas para atribuir o para exigir el reconocimiento de derechos, también parece preciso reconocer a aquellos sujetos un cierto grado de responsabilidad para precisar cuáles son exactamente los límites de los derechos en la relación con los otros: aquellos a los que se atribuyen los derechos son también los mismos a los que las decisiones acerca del contenido o la extensión de los derechos han de ser confiadas. Ésta es una tarea a llevar a cabo fundamentalmente mediante las leyes y como en las democracias los ordenamientos jurídicos van variando a partir de la expresión voluntad mayoritaria de los ciudadanos, la idea de atrincherar constitucionalmente el contenido de un derecho frente a la mayoría no parece casar muy bien con el ideal en que se inspira la propia atribución de derechos²⁹ (Waldron, 1999, p. 223).

²⁸ En el sentido de ordenamiento jurídico.

²⁹ La propuesta parece finalmente orientarse a la constitución de una sociedad deliberativa en la que todo está abierto a la discusión de los ciudadanos y a la decisión por parte de la mayoría. La operatividad de este modelo es un asunto bien complejo y cuyo tratamiento escapa a los límites de este trabajo, pero desde luego sólo parece posible en comunidades muy estables e integradas en torno a un valores éticos precisos. Una investigación del papel de la ética y de la virtud democrática en la relación entre constitucionalismo y democracia en Wallach 2002, pp. 219, ss.

3.2 La objeción contramayoritaria a la rigidez constitucional

Mecanismos como la rigidez constitucional o el control de constitucionalidad pueden ser entendidos como limitaciones que los individuos titulares de derechos, sabedores de la posibilidad de que sus decisiones pudieran ser contrarias a sus propios derechos, se han impuesto deliberada y democráticamente a sí mismos: desde este punto de vista no serían mecanismos autoritarios ni antimayoritarios, sino todo lo contrario, es decir, garantías de los derechos. Además, si la puesta en marcha de tales limitaciones ha sido respaldada mayoritariamente, podría entenderse sorteada la objeción contramayoritaria. Sin embargo, para Waldron (1999, pp. 257-258), la adopción mayoritaria de una decisión no la convierte directamente en una decisión democrática. La mayoría de una comunidad política podría decidir otorgar todo el poder legislativo a un dictador o a un monarca hereditario, sin que de ahí se siga el carácter democrático del gobernante en cuestión ni de sus decisiones. Una cosa es que del hecho de que una mayoría social quiera entregar todo el poder a un dictador se siga que existe al menos una razón para acceder a tal propósito, y otra muy distinta el que por ese simple motivo las dictaduras pasen a ser democráticas.³⁰

Queda por analizar la plausibilidad de una teoría que interpretase la constitución, el coto vedado o el control de constitucionalidad como mecanismos de enfriamiento o de autocontención frente a decisiones políticas precipitadas y potencialmente peligrosas, lo que nos coloca directamente frente a la *teoría del precompromiso*.

Elster (1984, p. 38) se ha referido a diversas situaciones en las que personas se vinculan o precomprometen a sí mismas para resolver el problema de la debilidad de su voluntad: quien quiere adelgazar o dejar de fumar probablemente tome hoy decisiones que lo limitan con la intención de garantizar la efectividad de cierta decisión en un momento posterior. Estas estrategias son usuales entre los seres humanos conscientes tanto de la conveniencia o necesidad de alcanzar ciertos fines como de la debilidad de su voluntad para lograrlo: dejar de fumar, adelgazar, madrugar, no conducir si se ha ingerido alcohol, etc. En las situaciones anteriores es racional tomar la decisión de limitar la libertad actual si así se garantiza o aumenta la probabilidad de llevar a cabo la acción deseada o de lograr el objetivo que se pretende en un momento posterior.

A partir de este dato se puede que dibujar una analogía entre la decisión individual y la colectiva y aceptar que también colectivos de personas pueden tomar la decisión de limitarse ahora para lograr un objetivo reputado valioso o para poder llevar a cabo una determinada acción en el futuro. Como advierte Moreso (2000, p. 37), "si las decisiones colectivas son susceptibles de ser afectadas por la debilidad de las

³⁰ Para sortear esta aparente paradoja Waldron se vale de la distinción entre democracia y soberanía popular. Es este último principio el que da fuerza o legitima la decisión de la mayoría de los miembros de una comunidad de tener un gobierno tiránico o dictatorial, pero de ningún modo, éstos son gobiernos democráticos (Waldron, 1999, p. 256)

voluntades concurrentes, entonces es razonable pensar en introducir mecanismos procesales para la toma de decisiones que introduzcan la racionalidad indirectamente". De este modo, sería razonable que los individuos, sabedores del valor de ciertos derechos y del riesgo de que las mayorías políticas vulneren o priven de derechos a las minorías,³¹ saquen a los derechos de la agenda política, los veten frente a la deliberación y a la decisión política o legislativa y los atrincheren en un texto constitucional rígido y normativo. Así las cosas, concluye Moreso, "si nuestra teoría de la justicia establece derechos individuales, entonces es preciso diseñar mecanismos susceptibles de afianzar el respeto de dichos derechos. Por lo tanto, el coto vedado de los derechos constitucionales está justificado como un mecanismo de precompromiso para nuestras decisiones colectivas".

Es más, mediante el recurso a mecanismos como el precompromiso pudiera resultar también ampliado el universo de las cuestiones decidibles por las generaciones inicialmente limitadas en su poder de decisión. Esta paradoja se explica si tenemos en cuenta que al fijar ciertas reglas y procedimientos de decisión, éstos quedan también estabilizados, lo que puede permitir que las generaciones sucesivas amplíen el horizonte de las cuestiones a decidir, ya que quedan liberadas de volver a discutir y consensuar cuestiones de procedimiento y también cuestiones morales extremadamente controvertidas que hubiesen ocupado gran parte de sus esfuerzos y energías. Un buen ejemplo de esta paradoja son precisamente las reglas básicas del procedimiento democrático: al incluirlas en el coto vedado, se evitan las tendencias al *suicidio democrático* de generaciones futuras y se asegura su capacidad para el autogobierno. Y es que "nuestra incapacidad para precomprometer de un modo semiautocrático a nuestros sucesores puede conllevar la destrucción de la democracia" (Holmes 1988, p. 226).

Waldron juzga interesante a la teoría del precompromiso, pero encuentra diversos vectores de crítica que cuestionan su alcance y la plausibilidad de referirla al diseño institucional que hayan de adoptar las comunidades políticas. Veámoslos.

En primer lugar, la aplicabilidad de la teoría del precompromiso individual al colectivo plantea algunos problemas. En el campo individual es posible el ideal del precompromiso representado por lo que Elster (1989, p. 186) denomina *mecanismos causales*, esto es, mecanismos que aseguran en un momento t_1 la producción de un hecho en un momento posterior t_2 , poniendo en marcha algún tipo de proceso causal en el mundo externo. El problema de este tipo de mecanismos es su rigidez³² y para evitarla la única salida es confiar en el *juicio de otro*, es decir, investir a otro en un momento t_1 con la potestad de decidir si cierta conducta que quiere llevar a cabo en un

³¹ A juicio de Moreso (2000, p. 37) "es un hecho que las sociedades humanas en determinadas circunstancias tratan de oprimir a las minorías negando los derechos individuales de sus miembros".

³² Podemos, por ejemplo, dotar a nuestro coche de un alcoholímetro que bloquee su encendido si superamos cierto nivel de alcohol en sangre: sin embargo, este mecanismo causal nos impedirá usar nuestro automóvil, por ejemplo, en una situación de emergencia en la que hay que acudir inmediatamente a un hospital y el conductor supera el nivel marcado.

momento posterior t_2 viola o no la regla a la que nos precomprometimos en t_1 . El coste de este tipo de operaciones es evidente: a diferencia de los mecanismos causales, los mecanismos basados en el juicio no garantizan que la decisión adoptada en t_2 respete siempre las intenciones o la regla a la que los sujetos se precomprometieron en t_1 (Waldron 1999, pp. 262-263). Si la regla precomprometida aparece formulada en términos muy vagos, se expresa mediante disposiciones aparentemente contradictorias o es en sí misma controvertida, el riesgo de que la decisión de t_2 se aleje de lo que realmente se comprometió en t_1 cree desmesuradamente.

Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso del precompromiso colectivo, pues, de un lado, los mecanismos causales no son usuales³³ y, de otro lado, las reglas precomprometidas presentan todas las características antes citadas, con lo que lo que resulta es no es tanto el afianzamiento de la libertad de un agente racional, cuanto la sumisión de A – la mayoría – en un momento t_1 a la decisión, cualquiera que esta sea, que B – unos pocos – adopte en un momento posterior en aplicación de algún o algunos principios muy generales que B, por indicación de A, habría de tomar en consideración. El sistema de gobierno así diseñado lejos de ser un ejemplo del gobierno de la mayoría es, a lo sumo, un caso de gobierno de unos pocos (Waldron 1999, pp. 264-265).

En esta misma línea de crítica, cuestiona Waldron (1999, pp. 265-266) la pertinencia de la justificación de las decisiones posteriores a partir de un precompromiso anterior en los supuestos de precompromiso colectivo y constitucional. En el conocido caso de Ulises atado al mástil de su nave, si en algún momento se plantearan dudas a propósito del alcance del precompromiso –por ejemplo, si éste debiera o no continuar atado hasta superar todas las islas o si se refería sólo a la inmediata–, cabría preguntar al propio Ulises qué fue lo que realmente quiso decir. Esta salida no cabe, sin embargo, en el caso de los precompromisos colectivos o constitucionales en los que desde el principio es poco claro qué fue lo que realmente se precomprometió por parte de la mayoría que aprobó una constitución, con lo que cualquier interpretación posterior no pasa de ser un ejercicio de paternalismo y de interpretación propia de los intereses de otro.

La segunda objeción es la referida a la identidad³⁴ de los sujetos del precompromiso. En el supuesto individual coinciden el agente del precompromiso y del precomprometido – el Ulises – instruyendo – a – la – tripulación y el – Ulises – atado – al – mástil es el mismo sujeto –, pero esta coincidencia no se da en el caso del precompromiso colectivo (Waldron 1999, p. 270): aquí nos encontramos con una mayoría que aprueba una constitución rígida en la que blinda determinadas cuestiones moralmente controvertidas y que precompromete a toda una serie sucesiva de mayorías sociales posteriores vinculadas a las cláusulas constitucionales aprobadas años atrás.³⁵

³³ Waldron (1999, p. 262) menciona como excepción, es decir, como mecanismo causal resultado de un precompromiso colectivo el de la doble llave del armamento nuclear.

³⁴ Así denomina Gargarella (2000, p. 55) a este problema.

³⁵ Conexo a este problema es el siguiente: "cuando decimos que una cierta sociedad "dicta" su Constitución, apelamos a convenciones lingüísticas y a formalismos jurídicos que nos autorizan a utilizar tal expresión. Sin embargo, lo que realmente queremos decir, en tal caso (y a menos que

Una tercera objeción que apuntala la improcedencia de la analogía entre los mecanismos de precompromiso individual y colectivo es la siguiente: en los casos de precompromiso individual, el agente está lúcido en el momento de vincularse a la regla y limitar su voluntad futura; conoce lo que le conviene y lo que desea evitar y también sabe que su voluntad – por debilidad, ira, pánico o codicia – quizá no pudiera alcanzar en el futuro sus actuales propósitos; conoce, en definitiva, sus límites y por eso establece un mecanismo causal que lo limite o bien se confía al juicio de otro para actuar. Sin embargo, en el caso del precompromiso colectivo este esquema no se reproduce. En una reconstrucción estándar de estos procesos nos encontraríamos lo siguiente: una constitución es aprobada por una mayoría social amplia, aunque una minoría discrepa; posteriormente una mayoría parlamentaria aprueba una medida por mayoría, aunque nuevamente los miembros de una minoría se oponen, bien porque consideran que la medida es inconstitucional, bien porque se oponen a la propia constitución; finalmente, una mayoría de jueces decide en contra del criterio de la minoría del tribunal, que la medida es contraria a la constitución y la anula. A juicio de Waldron (1999, p. 268), en todo este proceso existe un grado de desacuerdo *razonable* que no existía en el caso del precompromiso individual. En el caso del precompromiso colectivo lo que existe es una sociedad cuyos miembros discrepan acerca de los derechos que tienen y su alcance y lo hacen tanto en los momentos constituyentes como en los momentos de política legislativa ordinaria, sin que podamos atribuir a unos u otros las propiedades necesarias de ser momentos respectivamente lúcidos o agitados. De este modo, en estos casos, el mecanismo del precompromiso lejos de ser un triunfo de la racionalidad frente a la inconstancia, es un triunfo de una ideología política sostenida por una facción de la sociedad frente a otras concurrentes y que va a ser artificialmente sostenida mientras que el conflicto moral continúe irresuelto.

Efectivamente Waldron (1999, pp. 268-269) rechaza que se pueda considerar *ahora* como racionalmente imperfectos a quienes *antes* participaron en un racional precompromiso colectivo. Uno de los presupuestos de la teoría del precompromiso es la posibilidad de distinguir nítidamente entre el agente-racional y el mismo agente pero ahora irracional, débil, perturbado, etc. Pero en el caso del precompromiso colectivo es difícil aceptar que necesariamente en los momentos constituyentes existió un grado especial de lucidez o de clarividencia para resolver correctamente las cuestiones morales que quedaron atrincheradas en la constitución³⁶ y que a partir de ahí todo fue desatino

concebamos la sociedad como un “cuerpo” único, como un “organismo físico”) es que una cierta parte de la sociedad, por ejemplo, los convencionales constituyentes, adoptaron una Constitución que (al menos, en la mejor de las hipótesis) ha sido ratificada por todos o por una gran mayoría de los ciudadanos” (Gargarella, 2000, p. 56).

³⁶ Waldron (1999, pp. 268-269) recurre a un curioso supuesto de racionalidad individual que considera más apropiado que el modelo Ulises para los casos de precompromiso colectivo: Bridget es una señora que se ve afectada desde hace años por una profunda crisis religiosa que le lleva a dudar entre dos credos. En un momento dado, Bridget cree tener argumentos sólidos a favor de una de las

y precipitación. No es necesariamente la ira, el pánico o la codicia lo que podría llevar a parte de la mayoría que atrincheró ciertas cuestiones en la constitución a cambiar de opinión; la toma de contacto con nuevos datos o argumentos que antes se desconocían o que no se consideraron son también posibles factores motivantes del cambio de criterio (p. 271)

3.3 La objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad

Como ya advertía anteriormente, para Waldron no hay oposición entre los ideales de la democracia y de los derechos individuales. Los mismos motivos que nos llevan a considerar a los individuos como *dignos* o merecedores de una atribución de derechos, nos deben también llevar a reconocerles la responsabilidad para determinar exactamente cuáles son sus límites, junto a los demás miembros de la comunidad de que se trate y a través de normas jurídicas que, en los sistemas democráticos, se basan en la soberanía popular (Waldron 1999, p. 223). La identificación de alguien como titular de tales derechos denota confianza en sus capacidades morales, en particular en su capacidad para pensar responsablemente sobre la relación de sus intereses con los de los demás. Como la posesión de estas capacidades es también el fundamento básico de la democracia, si hay una objeción democrática a la *judicial review* debe ser una objeción basada en los derechos (*a right-based objection*) (p. 283).

Esa misma *antropología optimista* es la que lleva a Waldron a sostener que siempre se produce un cierto daño a la democracia cuando los órganos legislativos están sometidos a un tribunal³⁷ (Waldron 1999, p. 287) y, siendo el fundamento básico de la democracia el derecho de todos a participar (pp. 232, ss.), dicha lesión se hace lógicamente extensible también a los derechos de los individuos.

dos confesiones y decide abrazarla definitivamente y no leer más libros de teología. Para cumplir su objetivo entrega las llaves de su biblioteca a un amigo al que ordena no devolvérselas aunque se las pida. Posteriormente, cuando Bridget vuelve a albergar dudas teológicas y recae en la crisis de fe, pide a su amigo las llaves, pero éste se niega. A juicio de Waldron, tan racional es Bridget cuando cree haber solventado sus dudas teológicas como cuando duda y decide volver a leer. Así las cosas, la negativa del amigo a devolverle las llaves se podría justificar paternalistamente, pero en ningún caso recurriendo al precompromiso de Bridget, ni recurriendo a un supuesto estado de enajenación actual.

³⁷ Una afirmación contundente si la comparamos con la correlativa de Dworkin, de la que se vale Waldron para exponer sus tesis, y según la cual “muchos diseños institucionales son compatibles con la lectura moral, incluyendo aquellos que no otorgan a los jueces el poder que tienen en la estructura norteamericana. Sin embargo, ninguno de estos diseños es en principio más democrático que los otros. La democracia no exige que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco exige que no hayan de tenerla” (Dworkin 1996, p. 7). Como se aprecia, la tesis de Waldron es opuesta a la dworkiniana: Waldron afirma que un sistema institucional sin control de constitucionalidad es más democrático que aquellos que lo tienen, con lo que la democracia sí exigiría que los jueces no tuviesen la última palabra en cuestiones derechos.

Junto a esta justificación genérica, encontramos otros argumentos *negativos*, es decir, que impugnan o refutan a las teorías que dan por justificado el control de constitucionalidad característico del constitucionalismo.

Es frecuente, por ejemplo, dar por justificado el control mediante el recurso a formulaciones, más o menos retóricas o persuasivas, de la regla de decisión que formaría el núcleo de lo que hemos denominado Estado constitucional de derecho. Dicha regla rezaría como sigue: “el legislativo decide siempre que no vulnere la constitución” o “se puede decidir por mayoría siempre que no se vulneren los derechos constitucionales”. Sin embargo, formulaciones como éstas no son en absoluto convincentes para Waldron (1999, p. 213); es más, a la vista de sus argumentos, incluso podríamos catalogarlas como *engañosas*. Los motivos son fundamentalmente dos: a) no hay acuerdo acerca de cuál es el contenido de los derechos constitucionales que limitan el universo de lo decidible, y b) para que la fórmula tuviese sentido, habría que proponer simultáneamente un método de decisión para determinar cuáles son esos derechos y cuál es su contenido. En efecto, a la vista del desacuerdo que versa sobre las cuestiones de justicia y los derechos, las justificaciones del estilo de la anterior son superfluas si no se les añade un procedimiento que sirva para superar el desacuerdo y concretar en qué limitan los derechos a las decisiones de las mayorías o en qué consiste la corrección de aquellas respuestas a que se aspira. Es decir, todo procedimiento de decisión que incluya una cláusula de restricción sustancial ha de incluir también, en contextos donde hay desacuerdo a propósito del sentido último de esa restricción, un procedimiento adicional que permita superar ese desacuerdo y obtener un sentido concreto para la restricción. La democracia constitucional, como sistema basado en la regla “se decide por mayoría salvo que se vulneren los derechos fundamentales”, no es un procedimiento más una restricción fundamental, sino un procedimiento –el de decisión por mayoría– más otro procedimiento –el que permita dilucidar en qué aspectos limitan los derechos a las decisiones de las mayorías– que se suma al primero si la fórmula quiere tener sentido y ser operativa. Este último procedimiento podría sustanciarse del siguiente modo: “que decidan los jueces del Tribunal Supremo por mayoría” con lo que la regla final sería la siguiente “decide la mayoría salvo en aquellas cuestiones que los jueces del Tribunal Supremo estimen contrarias a los derechos fundamentales, en las que los jueces tendrán la última palabra”. Obviamente esta fórmula a juicio de Waldron es antidemocrática y difícilmente distinguible de la que atribuyera ese poder de decidir en última instancia a un monarca hereditario o a un dictador (Waldron 1993, pp. 32-33). Este tipo de fórmulas, por mucho que se estime que el tribunal en cuestión está mejor capacitado para alcanzar respuestas correctas en materia de derechos, siempre supondría una merma desde el punto de vista de la legitimidad democrática del sistema (Waldron 1999, pp. 291-294)

Y es que también frecuente justificar el control de constitucionalidad alegando en su favor la especial capacidad o habilidad de los órganos judiciales para *acertar* o

para encontrar la respuesta correcta.³⁸ Dworkin es nuevamente uno de los más firmes partidarios de los *results-driven tests* (Dworkin, 1996, p. 34), según los cuales la mejor estructura institucional es aquella diseñada para producir respuestas correctas en el tema de que trate. De este modo, la decisión de dotarse o no de un mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes para proteger los derechos de los ciudadanos, se debe de tomar considerando la probabilidad de que el órgano al que se asigne el control alcance –mejor que otros o mejor que la ausencia de control– respuestas correctas a las cuestiones de que conoce. Sigue Dworkin, tras mostrar su confianza, por razones básicamente históricas en mecanismos como la *judicial review* norteamericana, afirmando que la anulación por parte de un tribunal de una norma o medida inconstitucional aprobada por el legislativo favorece a la democracia si la decisión de la corte es correcta y aunque cabe la posibilidad de que la corte se equivoque y anule una norma constitucional, dicha posibilidad es simétrica a la de que el legislativo apruebe normas inconstitucionales (Dworkin, 1996, pp. 32-33). A Waldron (1993, p. 50) no le convencen estas tesis: lo que en ellas se sugiere, afirma, es que, sea cual sea el modo de decidir, la decisión es democrática si es correcta, con lo que de ser cierta esta lectura dworkiniana, una decisión de la Reina de Gran Bretaña sobre un asunto que los partidos no alcanzan a solucionar, sería *democrática* si fuese correcta. Waldron, por el contrario, sostiene que siempre se pierde algo cuando un grupo de individuos no elegibles ni responsables popularmente toman decisiones vinculantes que afectan a la comunidad en su conjunto y, en particular, las referidas a los derechos y sus límites. Así si un procedimiento de decisión es democrático y a través de él se obtienen resultados correctos, no hará injusticia a nadie, pero cuando un proceso de decisión es antidemocrático es inherente y necesariamente injusto y tiraniza al margen de que consiga o no alcanzar la respuesta correcta.

Por último, tampoco tendría sentido justificar el control de constitucionalidad afirmando que han de ser elementos externos al electorado quienes decidan qué derechos tenemos y cuáles son sus límites, o que, de lo contrario, se estaría dejando a los propios interesados decidir sobre una cuestión que les afecta y se vulneraría el principio *nemo iudex in sua causa*. Sostiene Waldron (1999, pp. 297-298) que es difícil situarse fuera de los límites del debate a propósito de los derechos: también los jueces competentes para ejercer el control de constitucionalidad son ciudadanos y, por tanto, también estarían decidiendo sobre su causa. Adicionalmente, Waldron rechaza la aplicabilidad del principio *nemo iudex* a estos casos por un motivo más hondo: el principio en cuestión no es aplicable cuando una comunidad en su conjunto está tratando de resolver cuestiones relativas al alcance de los derechos de *todos* los miembros de la comunidad y cuando lo hace en condiciones de igual participación. En

³⁸ En este sentido, algunos rasgos de modelo de deliberación y decisión propios de la sede judicial – rasgos obviamente no presentes en los modelos de deliberación y decisión popular ni parlamentaria – operarían como razones para sostener tal modelo de control (Fiss, 1979).

estos casos, afirma expresivamente, el principio a aplicar no es el *nemo iudex* sino el *quod omnes tangit ab omnibus decidentur*.

En suma, el control de constitucionalidad no es una consumación de la democracia ni tampoco un presupuesto necesario de la misma, sino más bien una fuerza contramayoritaria opuesta diametralmente al principio mayoritario y al derecho de todos a la participación de modo igual en los asuntos que les incumben.

Conclusiones

La eficacia de las críticas de Waldron frente a tesis de la democracia sustancial de Dworkin o Ferrajoli es considerable. La dificultad para concretar cuáles son los derechos que singularizan a la democracia sustancial frente a sus versiones puramente mayoritaristas y que permitirían superar la oposición entre constitucionalismo y democracia, es un escollo insalvable, especialmente si tomamos en consideración el hecho del desacuerdo respecto de esos mismos valores. Este último me parece el factor decisivo de la crítica waldroniana.

Bien es verdad que Dworkin se ha preocupado por ofrecer algunos parámetros que ofrecen pistas sobre el modo de concretar esos valores y derechos derivados de la moralidad incorporada a las constituciones. En este sentido recordemos que la tradición jurídica y política del país, la actividad de jueces y juristas, etc. permitirían aventurar, a juicio de Dworkin, una única respuesta correcta a la pregunta por la moralidad que se lee en la constitución.

No soy tan optimista a este respecto y me parece todos esos procesos deductivos e interpretativos conforman una tarea demasiado ardua como para que su solución apunte en una única dirección.³⁹ En este punto nuevamente las alternativas que se abren al constitucionalismo son dos: o la constitución afronta esa tarea y específica directamente las líneas maestras morales de su propia lectura o no lo hace, delegando tal responsabilidad en los jueces encargados del control de constitucionalidad.

Ya veíamos como en el primer caso se tiraniza a quienes no participen del sentido moral plasmado constitucionalmente, sea en el mismo momento constituyente sea a posteriori si no tuvieron la ocasión de participar entonces. En el segundo supuesto, puede ocurrir que el texto constitucional como tal suscitara y siga suscitando un amplio consenso, fundamentalmente por estar inspirado por una moral lo suficientemente genérica como para ser autocomprensiva de todos los posicionamientos morales de los miembros de la comunidad de que se trate. Sin embargo, la actualización

³⁹ Ni siquiera la tradición jurídica y política del país tiene una única lectura y, además, no sólo es posible discrepar razonablemente de la visión que de dicha tradición tienen los jueces, sino respecto de la valoración que susciten las mismas tradiciones.

de esos planteamientos llevada a cabo por los jueces no contaría con seguridad con todo el respaldo preciso para dar por zanjada la objeción contramayoritaria. En este sentido, el resultado la lectura moral de la constitución no deja de ser la lectura judicial constitución e incluso una lectura judicial determinada por una moral personal que deliberadamente se dice residenciada en la propia constitución para blindarla frente a la crítica.

¿Quiere decir todo esto que un ciudadano responsable y comprometido con los derechos debería rechazar la ideología constitucionalista y sentirse incómodo con los diseños y estructuras institucionales en que se concreta el constitucionalismo democrático? No creo que sea conveniente ir tan lejos y ello por dos clases de motivos: unos vinculados directamente con el propio valor del constitucionalismo y otros con los límites del valor de la democracia y la regla de la mayoría.

En primer lugar no creo que sea correcto asimilar el constitucionalismo democrático y garantista con modelos de gobierno autocrático, como Waldron en algún momento parece hacer. La declaración de inconstitucionalidad de una ley por parte de un tribunal constitucional, sea el Supremo americano o cualquier corte constitucional europea, no suscita el mismo tipo de reservas ni éstas tienen la misma intensidad que una hipotética intervención de la Corona en asuntos políticos o que el gobierno de un dictador o de una elite oligárquica. Esto me parece que está en relación tanto con las reservas frente al funcionamiento de los canales de representación como con la existencia de casos constitucionales fáciles (Moreso 2000:102), esto es, con la posibilidad de que existan normas constitucionales de sentido unívoco que, sin embargo, resultan vulneradas por decisiones o medidas de un legislador electo, pero quizás no idealmente democrático.

Bien es verdad que esta última consideración presupone el valor mismo de la constitución y de sus opciones concretas, algo que, sin embargo, no gustaría a Waldron renuente como es a aceptar cualquier forma de catalogación o de atrincheramiento de derechos por el grado de tiranía implícito en este tipo de operaciones. Sin embargo, como advierte Bayón (2000, p. 88), existen buenas razones para constitucionalizar un coto vedado de derechos y así superar los riesgos de una versión autorreferente de la regla de la mayoría⁴⁰ según la cual pudiera seleccionarse, por mayoría, cualquier otro

⁴⁰ La misma incorporación de la regla de la mayoría como procedimiento base de decisión está condicionada por valores morales sustanciales. Y es que, como Bayón (2000, p. 83) afirma, la adopción de la regla de la mayoría por parte de una comunidad de individuos probablemente también fuese objeto de discrepancia, pues igual que no hay acuerdo respecto de las cuestiones morales sustantivas, tampoco lo hay respecto de las cuestiones procedimentales. Si la regla de la mayoría rige a partir de un momento determinado antes del cual no había regla de decisión alguna, es porque ha sido adoptada por algunos motivos morales determinados que la hacen particularmente atractiva o más o menos justa. Adicionalmente, y una vez que se acepta que por motivos morales sustanciales es posible adoptar la regla de la mayoría como regla de decisión, no se ve porqué no podría adoptarse otra regla de decisión que incorporarse ciertas restricciones sustanciales al universo de las cuestiones decidibles.

procedimiento de decisión distinto del mayoritario, destruyendo así a la misma democracia. Este tipo de resultados me parece indeseable, incluso o especialmente desde los ideales y valores sobre los que Waldron se asienta para afirmar el valor intrínseco de la regla de la mayoría como procedimiento de decisión.⁴¹

Así las cosas la constitucionalización o atrincheramiento de las condiciones y derechos necesarios mínimos que aseguran la preservación de los procedimientos democráticos es justificable en la misma medida que la propia regla de la mayoría o que los ideales democráticos. Y *a contrario* no sería razonable admitir, como hace Waldron, que del reconocimiento de la legitimidad o la justicia de la regla de la mayoría se siga que toda cuestión moral quede abierta a la discusión y decisión o que todo esté a disposición de cualquiera (*everything is up for grabs*).

En cuanto a la propia regla de la mayoría, hay que tener en cuenta, con Bayón (2000, p. 85), que la elección de un procedimiento de decisión o de un complejo de procedimientos no sólo habrá de depender de su valor intrínseco – tal es el caso de la regla de la mayoría, que lo tiene –, sino también de su valor instrumental, esto es, de la probabilidad de alcanzar buenas soluciones, pues, aunque todos los resultados a que se pueda llegar sean falibles, no parece que lo sean en el mismo grado. Si justicia de un procedimiento es distinta de la de sus productos, para la adopción de un procedimiento como regla de decisión habría que considerar ambos datos y no sólo uno – la justicia del procedimiento – como hace Waldron con el argumento de que los resultados de cualquier procedimiento y la valoración que de ellos se tenga son siempre cuestiones falibles y opinables. A juicio de Bayón, este último dato es cierto, pero lo que no es correcto es que todos los resultados a que una regla de decisión pueda conducir sean falibles en el mismo grado, es decir, que la probabilidad de generar resultados injustos sea la misma para cualquier regla de decisión. Por este motivo, a la hora de elegir una regla de decisión o una regla y sus complementarias, además de los valores intrínsecos de una regla, habría que atender a sus valores instrumentales, dicho de otro modo, atender a la mayor o menor probabilidad de producir resultados deseables o justos en un concreto contexto y en unas precisas circunstancias.

Tampoco hay que olvidar, por ejemplo, el uso de regla de la mayoría en sentido estricto como criterio de legitimidad de los sistemas de deliberación y decisión de las actuales democracias dejaría a muchas de ellas fuera de los mínimos necesarios para

⁴¹ No conviene olvidar que el modelo de sociedad waldroniana no deja de presentar ciertos rasgos de idealidad que lo limitan como campo de pruebas para experimentos políticos e institucionales. Las sociedades que conocemos no están formadas por individuos que razonablemente discrepan sobre sus derechos, su alcance y sus límites. Las propuestas que se pondrían sobre la mesa de un hipotético pacto constitucional no sólo presentarían – como ya puso de manifiesto la crítica al utilitarismo – distintos grados de intensidad, sino que algunas de ellas quizá fuesen muestra de un desacuerdo o de posicionamientos no precisamente razonables. Un modelo democrático o de regla de la mayoría abierto al cambio o autocomprendido quizá fuese deseable, por su propio valor, en sociedades donde, por no se sabe qué misterio de la naturaleza humana, el desacuerdo es siempre entre individuos razonables. Pero lo cierto es que lo irrazonable es una constante tanto en los momentos constituyentes como en los de política ordinaria.

obtener un supuesto *certificado de autenticidad democrática*. Y es que si la legitimidad de la regla de la mayoría reside en el hecho de que satisface las exigencias de anonimato – que todo participante tenga el mismo peso en la decisión –, neutralidad – que cualquier alternativa tenga *prima facie* idénticas posibilidades de ganar –, *monotonidad* fuerte – que en caso de empate entre dos alternativas la variación en las preferencias de un votante signifique la elección de la alternativa a favor de la que postula – y carácter decisivo – que la regla permita siempre la selección de una elección vencedora entre dos posibles –,⁴² muchos de los sistemas de elección de los representantes – por no decir todos – están lejos de alcanzar el ideal que la regla representa.⁴³

Adicionalmente hay que reafirmar la idea de que la deseabilidad de los resultados que se podrían alcanzar con tal o cual regla es una cuestión que va más allá del ámbito de la especulación ética: es correcto, por tanto, tomar en consideración argumentos sociales, históricos, políticos, etc.

También la conveniencia del control de constitucionalidad es una cuestión estratégica, es decir, que depende de circunstancias relacionadas con la cultura política de la sociedad a la que este mecanismo se incorpora (Moreso 2000, p. 102). Quizá en una rawlsiana *sociedad bien ordenada* en la que el sentido público de la justicia fuera suficientemente fuerte y estuviera bien desarrollado, ante posibles decisiones legislativas injustas, fuese el propio legislativo el que enmendara la situación. Quizá la actuación de un órgano jurisdiccional de control será más precisa allí donde los legislativos son incapaces de corregir estas disfunciones por sí mismos, lo que puede ocurrir cuando el sentido de la justicia no esté lo suficientemente desarrollado, cuando no consiga incidir o influir en el legislativo hasta el punto de mantenerlo dentro de los límites de la justicia democrática o cuando existan intereses que presionen o controlen al poder legislativo y que no expresen consideraciones exhibibles del sentido de la justicia (Freeman 1991, p. 361).

Igualmente, en contextos políticos y legislativos inestables o imperfectos – por ejemplo, donde no quede asegurado el carácter omnicompreensivo de los derechos e intereses de los ciudadanos ni el carácter deliberativo de la democracia; donde los canales de información y deliberación no están del todo despejados; donde no esté asegurado que una mayoría social o una elite política no empleará las instituciones democráticas en su propio beneficio y para menoscabar los derechos reconocidos constitucionalmente; donde no muchos ciudadanos están dispuestos a asumir los costes y cargas de información y deliberación que la decisión política conlleva, etc.– puede ser razonable pensar en un órgano cuya composición y funcionamiento permitan una relativa independencia respecto de los poderes políticos representativos y que

⁴² Los principios conforman el conocido como Teorema de May y la referencias las tomo de Lagerspetz 2002, pp. 279-282.

⁴³ Es significativo el caso neozelandés, un modelo institucional positivamente valorado por Waldron por carecer de control de constitucionalidad, pero en el que opera una fórmula electoral que permite la existencia de cuotas de representación de la minoría maorí, lo que viola las exigencias del principio de anonimato (Lagerspetz 2002, p. 284).

decida, con todos los rasgos propios de la decisión jurisdiccional, acerca de las conculcaciones a los derechos constitucionales de todos. En este tipo de contextos no parece oportuno eliminar voces que concurren con la de los órganos representativos en la ardua tarea de decidir qué derechos tenemos y cuáles son sus límites. La supresión, por antidemocrático, del órgano de control de constitucionalidad podría suponer, en este sentido, una merma de la cantidad y la calidad de la deliberación política previa a la decisión democrática.

Y ¿por qué los jueces? Los jueces constitucionales pueden participar en el diálogo colectivo, recordando a los ciudadanos y a sus representantes el peso que tienen ciertos derechos, enriqueciendo la deliberación pública con argumentos y puntos de vista no tenidos en cuenta en la discusión parlamentaria.⁴⁴ Si esta práctica es valiosa, quizá merezca la pena protegerla y garantizarla, evitando, por ejemplo, que la mayoría parlamentaria pudiera esquivar sin coste alguno el poder del juez mediante una reforma constitucional puramente formal. El juicio de inconstitucionalidad tiene que tener algún efecto en el sistema institucional y político y alterar significativamente los términos en que se desarrolla el debate político, fundamentalmente obligando al legislador a ofrecer razones adicionales que contrarresten las puestas de manifiesto por el juez constitucional y que justifiquen decisivamente su pretensión. Dicha operatividad, sin embargo, tendría un límite y es que no ha de bloquear al legislador democrático quien, en un buen sistema habría de tener siempre la última palabra, aunque se le exigiese subir el tono de voz o repetirse para ser definitivamente escuchado. Por ello, el peso del control de constitucionalidad debe ser compensado con el poder de los órganos políticos de “responder” de algún modo⁴⁵ a los jueces constitucionales, ya que de otro modo, la institución del control judicial habría perdido su legitimidad democrática (Ferrerres 2000, p. 40).

En suma, quizá no sea *razonable* que el órgano de control tenga la última palabra sobre el alcance y los límites de nuestros derechos, pero, desde luego, lo que sí que parece *conveniente* es que tenga la palabra.

Referencias Bibliográficas

ACKERMAN, B., *We the people. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

_____, *et al. Fundamentos y alcances del control de constitucionalidad*, CEC, Madrid, 1991.

⁴⁴ A mi juicio una versión extensa, rigurosa y convincente de este argumento y una propuesta detallada para un modelo de control en Ferreres 1997, pp. 141, ss.

⁴⁵ Bien con un mecanismo análogo de la conocida cláusula no obstante de la Constitución canadiense, bien poniendo en marcha el proceso especial de reforma constitucional. Lo que estaría vetado, salvo quizás para el coto vedado mínimo democrático, es combinar control de constitucionalidad con rigidez constitucional extrema (Bayón, 2000, pp. 89-90).

- ACKERMAN B.; ROSENKRANTZ C. F., "Tres concepciones de la democracia constitucional" en *ACKERMAN et al*, 1991.
- BAYÓN. J. C., "Derechos, democracia y constitución" en *Discusiones*, Año I. n.1, 2000.
- BICKEL, A., *The last dangerous branch*. Yale University Press, New Haven, 1962.
- CARBONELL, M. ed., *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- CARRIÓ, G., "Una defensa condicionada de la *Judicial Review*" en *ACKERMAN et al.*, 1991.
- COMANDUCCI, P., "Formas de (neo)constitucionalismo: una análisis metateórico" en *CARBONELL*, 2003.
- DWORKIN, R., *Law's empire*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.
- _____*Freedom's Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- ELSTER, J., *Ulysses and the syrens: Studies in rationality and irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.
- ELSTER J. y SLAGSTAD R., eds. (1988) *Constitutionalism and democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.
- ELY, J. H., (1980) *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Siglo del Hombre Editores, Santa Fé de Bogotá, 1997.
- FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997.
- _____"Una defensa de la rigidez constitucional" en *DOXA* 23, 2000.
- FIORAVANTI, M., (1999) *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2000.
- FISS, O., "The supreme court 1978 term. Foreword: The forms of justice" 93 *Harvar Law Review*, 1, 1979.
- FREEMAN, S., "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", en *Law and Philosophy*, 9, 1990-1991.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1990.
- _____"Pasado y futuro del Estado de derecho", en *CARBONELL* ed., 2003.
- GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- _____"Los jueces frente al 'coto vedado'", en *Discusiones*, Año I, n.1, 2000.
- GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid, 1993.
- GUASTINI, R., "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico", en *CARBONELL* ed., 2003.
- HOLMES, S., "Precommitment and the paradox of democracy", en *ELSTER* y *SLAGSTAD*, 1988.
- KELSEN, H., (1928), *Escritos sobre democracia y socialismo*, Debate, Madrid, 1988.
- LAGERSPETZ, E., "The legitimacy of majority rule", en *Associations* 6 (2), 2002.
- LAPORTA, F., "El ámbito de la Constitución", en *DOXA* 24, 2001.
- LORA, P., "La posibilidad del constitucional thayeriano", en *DOXA*, 22, 2000.
- MORESO, J. J., "Derechos y justicia procesal imperfecta" en *Discusiones*, Año I, n.1, 2000.

- PRIETO, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en CARBONELL, ed., 2003.
- WALDRON, J., "A right - based critique of constitutional rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.13, n. 1, 1993.
- _____, *Law and disagreement*, clarendon Press, Oxford, 1999.
- WALLACH, J.R., "American constitutionalism and democratic virtue", en *Ratio Iuris* vol.15, n. 3, septiembre, 2002.
- ZAGREBELSKY, G. (1992), *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.