

Sobre la justicia constitucional.
Reflexiones a partir del libro de Roberto
Gargarella *La justicia frente al Gobierno.*
Sobre el carácter contramayoritario del Poder
Judicial, Ariel, Barcelona, 1996¹

Por PABLO DE LORA

Universidad Autónoma de Madrid

El profesor Aranguren solía afirmar que el pensamiento metafísico consiste no en un catálogo de respuestas sino más bien en la formulación de un conjunto de preguntas pertinentes. Esta idea provocadora describe con precisión las aporías a las que continuamente se ve sometido el que aborda la reflexión más especulativa y el carácter inconcluso y por ello crítico de dicha tarea, como también sucede en ámbitos como la filosofía jurídico-política en los que, con frecuencia, no pisamos un suelo firme. Si adoptáramos respecto de ella la actitud arangureniana, creo que no habría dudas sobre que, dentro del conjunto de preguntas relevantes propias de esa materia, tendría que estar la que hace referencia a los límites de la decisión democrática. El camino seguido para responderla a partir de la confluencia de las tradiciones liberal y democrática representadas por el pensamiento de Hobbes, Locke y Rousseau, ha sido el de ver en el establecimiento de ciertos derechos fundamentales mediante un procedimiento democrático la forma idónea de conjugar la necesidad de contar con una estructura de gobierno que regule la vida en sociedad y preserve al tiempo la garantía del respeto a la libertad y dignidad de los individuos.

¹ El presente escrito se inscribe dentro de un proyecto de investigación financiado por la DGICYT, del Programa Sectorial de Promoción del Conocimiento (núm. PB94-0193). Agradezco a los profesores Francisco Laporta, Alfonso Ruiz Miguel, Liborio Hierro y María Angeles Ahumada las observaciones y críticas hechas a las primeras versiones del trabajo.

Las Constituciones escritas a partir de las revoluciones francesa y norteamericana son, básicamente, la realización política de tal encaje y no sólo, como se empeñó en mostrar Kelsen a lo largo de este siglo, la fuente de validez jurídica de un sistema normativo presuntamente desvinculado de la moral; la Constitución es, por encima de eso, la zona de mediación, en expresión de Elías Díaz, entre la democracia y los derechos individuales.

Son estas algunas de las cuestiones que Roberto Gargarella aborda en el libro; y lo hace no dejándose llevar del todo por los posibles efectos paralizantes del *dictum* de Aranguren, sino intentando también a lo largo de sus páginas aventurar algunas respuestas, y desde luego repensando la que, incluso en los momentos germinales de la mencionada solución constitucional, fue la pregunta fundamental para los más perspicaces de sus valedores: ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?

Como bien señala el autor hay varios *loci classici* del pensamiento político y jurídico en los que podemos encontrar algunas pistas: en las reflexiones de Hamilton en *El Federalista*, núm. 78; en la opinión del juez Marshall en *Marbury v. Madison*; en los escritos de Sieyés; en la polémica entre Kelsen y Schmitt, y, más recientemente, en la obra de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* en la que Gargarella encuentra apoyo para plantear la que es objeción fundamental a la respuesta más comúnmente aceptada y que rezaría: el defensor de la Constitución, es decir, el encargado de decidir cuándo la Constitución ha sido vulnerada, ha de ser el poder judicial (ya sea un órgano jurisdiccional específico o bien los órganos judiciales en general). Y la objeción a tal solución, que Bickel bautizó como «dificultad contramayoritaria», ha sido y sigue siendo realmente uno de los más arduos interrogantes del derecho constitucional: ¿qué razones hay para que jueces no responsables electoralmente decidan con carácter final sobre los derechos que tienen los individuos? En el marco del debate sobre la implantación o no de una Constitución en Gran Bretaña y de un órgano encargado de velar por ella, un autor tan incisivo como Jeremy Waldron (sorprendentemente no mencionado por Gargarella), ha insistido recientemente con gran agudeza en las pocas posibilidades de responder con éxito a esa pregunta desde una teoría liberal que se tome en serio sus propios postulados básicos (en particular, la incommensurabilidad de las perspectivas morales y, por tanto, la asunción de que en caso de desacuerdo no hay opinión privilegiada sino la que surge de la mayoría; del hecho de que esto es así daría cuenta hasta el propio procedimiento mayoritario de adopción de decisiones en el seno de los tribunales constitucionales mismos).

Aceptando como una invitación a continuar el debate la apelación constante de Gargarella a las virtudes de la deliberación como forma de resolver las controversias públicas, plantearé en las próximas líneas lo que me parecen las mayores debilidades de su libro y dejaré a un lado lo que me resulta más sugerente y de interés en sus planteamientos.

Para Gargarella la justificación clásica del control judicial de la Constitución (*judicial review*) sería fruto de la confluencia de dos tradiciones del pensamiento norteamericano del período colonial: el elitismo y el conservadurismo. Ambas habrían actuado en común como sostén teórico de la primacía del poder judicial frente a una corriente, que Gargarella denomina radical, para la cual se hacía más difícil de aceptar la idea de un poder no sometido al examen popular que acabara situándose por encima de la decisión mayoritaria. Según esta última corriente, la determinación de soluciones políticas imparciales precisa de la consulta y consenso de todos los sujetos potencialmente afectados por la misma, y dentro de ella cabe distinguir, de acuerdo a Gargarella, entre el radicalismo populista y lo que llama pensamiento genuinamente radical. La actitud de desconfianza hacia el poder de la mayoría que comparten el conservadurismo y el elitismo tendría su raíz histórica en algunas de las consecuencias que en lo económico produjo la Guerra de Independencia en Estados Unidos: la aparición de una gran masa de deudores unida al incremento notable del poder asambleario local controlado por ellos. La conjunción de ambas circunstancias provocó que los intereses de la tradicional (minoritaria) clase dirigente pre-revolucionaria de acreedores y propietarios quedarán en grave peligro. Un conjunto de ideas difusas sobre los peligros de las mayorías junto a las implicaciones de la epistemología lockeana, que daban pábulo al recelo de elitistas y conservadores, quedó así reflejado en los escritos de Madison; en particular en *El Federalista*, núm. 10, donde el que luego fue presidente de los Estados Unidos esboza su célebre tesis sobre el «faccionalismo». Esta línea es continuada por el conservadurismo, para el que en la toma de decisiones políticas correctas o imparciales no se precisa de la consulta a todos los individuos afectados por aquéllas. Y más allá todavía por la posición elitista, cuya influencia teórica más importante es cifrada por Gargarella en el pensamiento de Burke, y su convicción de que la consulta es incluso contraproducente, pues sólo la reflexión de ciertos individuos aislados especialmente virtuosos o ilustrados garantiza tal corrección. Entre estas aguas y las de la corriente radical habrían navegado los padres fundadores. Esta última habría sido encabezada por los «antifederalistas» (opositores a la aprobación del texto constitucional), herederos de la tradición radical inglesa e influidos por el pensamiento de Rousseau y Paine y que contaron con la figura de Jefferson en la defensa de sus planteamientos democrático-radicales (uno de los más célebres fue su propuesta de revisión de la Constitución cada diecinueve años para asegurar así que cada generación no se gobierne más que a sí misma).

La solución madisoniana consistió en la difuminación del poder evitando su concentración en individuos con pasiones e intereses comunes que pudieran por ello sojuzgar a la minoría. De ahí las propuestas en pro del establecimiento de pesos y contrapesos (*checks and balances*) entre los poderes del Estado, y el favorecimiento de extensos distritos electorales. Y junto a ello, la idea de la primacía de la Constitución como premisa

fundamental de la argumentación en favor del control de constitucionalidad, idea que efectivamente, como escribe Gargarella, se encontraba apuntada –ya antes de que el juez Marshall la canonizara en la sentencia *Marbury v. Madison*– en decisiones judiciales en algunos Estados como Virginia antes de la aprobación de la Constitución federal sobre la base de sus propios textos fundamentales, pero cuya mejor y más elaborada defensa es debida a Alexander Hamilton en *El Federalista*, núm. 78. Para Hamilton no se trataría ya de argumentar descarnadamente en favor de la primacía de la visión de ciertos individuos, reyes-filósofos platónicos, sino de la propia voluntad popular plasmada en la Constitución. Si el poder del parlamento no encuentra límites en las disposiciones de la Constitución aprobada por mayoría, ésta carece de fuerza obligatoria y, por tanto, es inútil.

Hasta aquí la génesis histórica del debate que ocupa los tres primeros capítulos del libro, y en los que el lector más familiarizado con la historia constitucional norteamericana quizás eche de menos episodios y datos relevantes. Seguramente por la necesidad de síntesis, la visión de las posturas en liza es en ocasiones excesivamente esquemática, y encaja a veces difícilmente con algunas categorías construidas más modernamente que Gargarella utiliza. Tal es el caso por ejemplo del análisis del movimiento antifederalista, que si, bien permite su adscripción a posiciones democrático-radicales o populistas, fue también, no hay que olvidarlo, el que insistió en incluir en el texto constitucional la famosa novena enmienda (frente a la férrea oposición de los federalistas, entre ellos el propio Madison), es decir, una enmienda que es ejemplo paradigmático de invocación de un orden superior de derechos por encima de los plasmados en el documento, pues según esta cláusula, «la enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe ser interpretada de forma tal que deniegue o anule otros retenidos por el pueblo». El debate en la historiografía constitucional norteamericana sobre el significado de la enmienda y las motivaciones de los antifederalistas para su inclusión ocupa bibliotecas enteras, y alguna referencia por parte del autor se hacía necesaria a los efectos de disponer de un cuadro de situación más completo.

A partir de ahí, el libro de Gargarella se ocupa de dos grandes cuestiones: *a)* el análisis y crítica de lo que llama «soluciones intermedias» y radicales-populistas a la objeción democrática al control de constitucionalidad, y *b)* las propuestas de reforma institucional que cabe hacer en sintonía con la que él considera la versión más asumible del radicalismo (la que etiqueta como «genuinamente radical»), a partir de algunos ejemplos proporcionados por la jurisprudencia constitucional norteamericana y española y el caso del poder judicial en Argentina. La sistemática de estos capítulos resulta un tanto confusa y, así, el apéndice al segundo capítulo queda absolutamente desconectado de lo que le precede y sucede, aunque el propio autor llama la atención sobre su carácter marginal en la estructura general del libro.

La verdad es que hubiera podido quedar hilvanado con el resto, pues efectivamente versa sobre una cuestión central en el debate: la interpretación del texto constitucional. Gargarella, de hecho, apunta con precisión la que es la clave subyacente que explica el auge de este tema en la literatura filosófico-jurídica norteamericana (y cada vez más en otros ámbitos). Pues efectivamente cabe entender que la interpretación era y es en cierta forma la gran panacea para los que observan la dificultad de Bickel como una amenaza genuina: pero al tiempo intuyen que la justicia constitucional es de alguna forma necesaria. Y creo que las distintas preferencias hermenéuticas, que Gargarella analiza con alguna premura en el apéndice, hubieran podido ser mejor vistas integradas en las tradiciones históricas de que se habla en los dos capítulos previos (muy particularmente la corriente «originalista»).

La descripción y crítica de las soluciones intermedias es precedida por la exposición de las objeciones clásicas contra la argumentación bamiltoniana en favor de la supremacía de la Constitución, y que Alexander Bickel revitalizó a comienzos de los 60 en *The Least Dangerous Branch*: se trata respectivamente del argumento histórico —¿cabe hablar de voluntad popular cuando del proceso constituyente fueron excluidos negros y mujeres?—, del argumento intertemporal o generacional —¿qué razones hay para asumir dicho consenso como nuestro si no participamos en él?— y del argumento, apuntado en el referido apéndice, de la imposibilidad de hablar de la aplicación de la Constitución como si esta fuera un conjunto de formulaciones normativas claras cuya interpretación y aplicación pudiera generar, en línea con las tesis de Dworkin, una única solución correcta y admisible para todos en cada caso. Las soluciones de carácter intermedio no serían sino intentos de salvar la institución del control judicial de la Constitución, que se considera valiosa, mediante la vía de reforzar su legitimación democrática; es decir, eliminando sus rasgos conservadores o elitistas. Para lo que nos interesa, podríamos cifrar en tres las estrategias básicas disponibles al efecto: 1) la tesis del dualismo constitucional de Bruce Ackerman; 2) la propuesta de Carrió-Nino en favor de que el órgano encargado de custodiar la Constitución esté compuesto por miembros elegidos por el parlamento, y 3) la posición de John Hart Ely sobre la auto-restricción o actitud de deferencia hacia el legislativo que deberían mantener los miembros de la Corte Suprema que actuarían así como meros garantes del propio procedimiento democrático de toma de decisiones.

A partir del primero y segundo de los escollos al planteamiento hamiltoniano (objeciones histórica e intertemporal), el constitucionalista norteamericano Bruce Ackerman ha tratado de reconstruir la tesis de la primacía de la Constitución y el papel de defensa de la misma que correspondería a los jueces constitucionales. Para el partidario de la justicia constitucional la objeción intertemporal tiene una respuesta relativamente sencilla: la propia norma fundamental cuenta con un procedimiento de reforma y si el consenso de antaño no responde ya a las inquietudes

actuales, cabe siempre la puesta en marcha de dicho mecanismo. Ackerman asume tal respuesta, pero insiste en la necesidad por parte de los jueces de percibir que en ocasiones extraordinarias dicha «reforma» se produce de facto, informalmente. Esas ocasiones, en contraposición a los avatares ordinarios de la política cotidiana, son denominadas por Ackerman «momentos constitucionales». La sociedad norteamericana habría atravesado, según este autor, algunas de estas situaciones de gran movilización social (la más reciente, el movimiento en favor de los derechos civiles durante las décadas de los 60 y 70) y correspondería a los jueces tenerlas en cuenta. De hecho, éstos harían bien en actuar de «muro de resistencia» como ocurrió cuando la Corte Suprema entorpeció el programa de reformas sociales del New Deal. De alguna forma, indica Ackerman, lejos de haber adoptado una postura regresiva durante aquel período, la Corte, al mantener esa actitud de rechazo, habría estado pidiendo a la sociedad civil que efectivamente mostrara la «intensidad de dichas preferencias» refrendando lo que el legislador en aquel momento se empeñaba en implementar y que para los jueces aparecía *prima facie* como vulnerador de la Constitución.

No le falta razón a Gargarella cuando denuncia que la propuesta de Ackerman es una mera acomodación o re-descripción de lo que ha acontecido en el devenir jurisprudencial y político en Estados Unidos, y que, por ello, no contiene una respuesta satisfactoria a la pregunta crucial que expresamos al principio. No sería descabellado sostener que nadie mejor que el parlamento está en posición de responder a las demandas que la sociedad plantea en los momentos constitucionales. So pena de quedar sometidos a la arbitrariedad de los jueces constitucionales en su constatación de la existencia de tales momentos, ha de establecerse un criterio o test para afirmar que efectivamente estamos en presencia de tal situación excepcional. ¿Por qué no el propio procedimiento de reforma constitucional? De esa forma estaría salvada la que además es también grave objeción que Gargarella esgrime contra el planteamiento de Ackerman: ¿cómo interpretar la exigencia que se produce en el momento constitucional?

La crítica de Gargarella a las soluciones de Ely y Carrió-Nino se basa fundamentalmente, en el primer caso, en su preferencia por la concepción de la democracia deliberativa, que a diferencia de la simple o populista que parece subyacer en la estrategia del autor de *Democracy and Distrust*, no asume como obvio que las decisiones imparciales o correctas se identifiquen o resulten definidas a partir de los acuerdos mayoritarios (las mayorías sí pueden equivocarse) y, en el segundo caso, en que los jueces no son, para Gargarella, los que han de tener la «última palabra» en cuanto a lo que la Constitución exige, corolario este que, sin embargo, se deduce de los planteamientos de Carrió y Nino. Tanto en un caso como en otro, pues, es la ciudadanía la que, según Gargarella, tiene que decidir, ya que no cabe «pensar que por el solo hecho de haber sido el elegido, a través del voto directo alguien se convierte en auténtico representante de

sus electores» (p. 118). El radicalismo genuino del que es partidario Gargarella pondría el acento, en cambio, en la importancia de defender la propia forma o procedimiento de adopción de decisiones; se trataría así no tanto de velar por el resultado adoptado por la mayoría (cualquiera que éste sea), como de procurar mantener y mejorar la discusión colectiva sobre los asuntos que atañen a la moral pública. Este último aspecto de mejora o perfección es el que estaría ausente en el planteamiento de Ely, y de ahí que Gargarella no acabe de adoptarlo del todo, aunque es sin duda el que más se aproxima a sus postulados. Veamos por qué.

En *Democracy and Distrust* la justicia constitucional aparece como un instrumento construido a imagen y semejanza del derecho de la competencia (*antitrust*) cuyo objetivo prioritario es, como se sabe, garantizar tanto como resulte posible las condiciones de la competencia perfecta entre los agentes económicos. Este entendimiento de la democracia al modo del mercado lleva a una concepción «pluralista» de la misma. La arena democrática sería concebida como un ámbito público poblado de grupos con intereses distintos, y normalmente conflictivos entre sí, que han de ser armonizados. Lo fundamental es, siguiendo con el símil del derecho de la competencia, impedir que se dé por parte de alguno de ellos un abuso de posición dominante. En esta concepción de la política, compartida en términos generales por los modelos populistas, oiría Gargarella los ecos del concepto rousseauiano de voluntad general, resultado de la mera agregación de razones individuales concebidas rígidamente, a diferencia del modelo deliberativo en el que el proceso de intercambio de argumentos tiene virtudes purificadoras de las preferencias o posiciones iniciales que los individuos llevan a la discusión pública.

Si nos quedáramos ahí, el modelo adoptado por Gargarella coincidiría prácticamente con el populismo o «mayoritarismo». Pero no sucede así. Hay razones normativas importantes para afirmar que la mayoría no puede decidir sobre todo (incluso si lo que ha antecedido a la decisión ha sido una deliberación modélica). Para el autor, han de excluirse las materias propias de lo que llamaríamos la «moral privada»; en general, la legislación de carácter perfeccionista o paternalista (la imposición de obligaciones que tienen como única razón el propio beneficio del sujeto obligado a la conducta prescrita). El fundamento de esta exclusión radica en el especial valor que Gargarella concede a la propia persecución de planes de vida que cada individuo se plantee. Nadie más que el propio sujeto debe ser juez de sus propios intereses, siempre y cuando ello no suponga afectar con sus decisiones los planes de vida que también el resto de individuos deciden liderar. La noción de daño, como criterio que nos permitiría determinar cuándo efectivamente se da tal intromisión impermisible, y que es central en la teoría moral liberal desde John Stuart Mill, juega por ello un papel fundamental. Ahora bien, como es sabido, es este un concepto que no está exento de problemas en lo que hace a la delimitación de sus contornos, en cuanto resulta contrastado con la idea de beneficio, cuestión esta sobre la que Gargarella pasa de puntillas. Pues

efectivamente, ¿qué significa concretamente no impedir el desarrollo de los planes de vida ajenos?, ¿incluye tal cláusula la imposición de ciertos deberes de carácter positivo, de ayuda a los demás? En la discusión acerca de la existencia de dichos deberes se puede percibir cómo los conceptos de daño y beneficio funcionan de forma más compleja de lo que Gargarella parece asumir. No afirmamos, por ejemplo –que determinadas conductas omisivas son dañosas y por ello han de ser prohibidas, sino que se produce un daño si se tenía el deber de actuar (y se incumple) puesto que el sujeto que hubiera resultado beneficiado tenía un derecho a recibir asistencia. Esta relativa elasticidad de la noción de daño ofrece algunas armas al partidario del establecimiento de determinadas obligaciones que Gargarella entendería intolerables, pues al que está más dispuesto a limitar el alcance de la autonomía individual y, por tanto, a mantener una posición «mayoritarista» estricta, no le sería excesivamente difícil alegar la presencia de algún bien que resulta dañado por conductas que en principio parecen no afectar más que a los propios sujetos que las llevan a cabo (como, por ejemplo, en el caso del uso de material pornográfico, el «daño» que puede suponer la estigmatización de la mujer). Digamos que la noción de daño no viene dada, sino que opera como un concepto normativo, parasitario con respecto a los derechos y deberes previos existentes.

¿Existentes o que hemos decidido establecer? Creo que más que de existencia previa en algunos de ellos, resulta más acertado predicar su carácter trascendental, de condición de posibilidad de la argumentación y deliberación colectiva; en suma, de la idea misma de democracia. Derechos fundamentales y democracia aparecen así como inescindibles. Es en torno a este punto, me parece, sobre el que radicaría la objeción fundamental que cabe hacer al planteamiento de Ely. El papel de los jueces en defensa del propio mecanismo democrático no conduce a un menor activismo, pues, en definitiva, aquéllos habrán de velar por dichas condiciones de posibilidad: es decir, por derechos fundamentales como la libertad de expresión, reunión y asociación, etc. Y una vez establecidos esos derechos, entiendo, a diferencia de Gargarella, que no cabe pretender de la organización política mucho más, so pena de que por esa insistencia en que se aliente la deliberación y discusión en todas las cuestiones que afecten a la vida pública, podamos caer en esa suerte de actitud paternalista o perfeccionista que el propio autor censura. Me parece que la representación política, a pesar de lo que en algún momento parece afirmar Gargarella en defensa de la democracia directa, cuenta con ventajas obvias no sólo en lo que hace a la racionalidad política, sino precisamente en lo que respecta a la posibilidad de que los individuos efectivamente puedan llevar a término sus planes de vida. No se puede decidir todo por todos, y no sólo por razones de orden técnico, sino también, como es sabido, por una dificultad lógica que tiene que ver con la fijación de la agenda política; con las decisiones acerca de lo que ha de ser sometido a deliberación (que no pueden a su vez ser some-

tidas a la deliberación de la mayoría so pena de caer en una regresión al infinito).

Y es verdad, como dice Gargarella, que los contornos precisos de aquellos derechos, lo que en nuestro ámbito se conoce como su «contenido esencial», no resultan claros. Sobre tales límites no cabe afirmar la existencia de acuerdo, pero sí parece aceptarse que, en aplicación de una teoría política liberal y democrática, en casos de desacuerdo creemos que es la opinión de la mayoría la que debe imponerse, lo cual abona la tesis según la cual no hay mejores razones, sino más bien al contrario, para que sea una minoría no elegida de jueces constitucionales la que acabe teniendo la última palabra. De ahí que resulte coherente con las premisas de Gargarella y con esa preocupación suya por la garantía y perfeccionamiento de la deliberación política, la propuesta en favor de la técnica de reenvío (acogida en algunos sistemas como el canadiense), que en definitiva supone quitarle a los jueces la última palabra: los jueces constitucionales determinarían que cierta norma propuesta en sede legislativa es contraria a la Constitución y el efecto de tal declaración sería requerir al parlamento que considerara sus argumentos (que discutiera más y a la luz de las razones esgrimidas por los jueces constitucionales) y decidiera finalmente sobre la materia. Gargarella no especifica con mayor detalle de qué forma debe operar tal reenvío: ¿en qué fase de la elaboración legislativa?, ¿por parte de quién habría de activarse?, ¿de oficio por parte del juez constitucional?, ¿a instancia de cualquier representante? Conviene recordar que el recurso previo de inconstitucionalidad que durante algunos años existió en España respondía en gran medida a dicha técnica de reenvío. La experiencia desgraciadamente ha demostrado que es un excelente mecanismo para procurar la parálisis política.

¿Qué garantías tendrían con todo ello las minorías si finalmente es siempre la mayoría la que conserva la última palabra, la que resulta ser juez de su propia actuación? Gargarella propone en este punto la creación de un órgano especialmente orientado a la protección de aquellos grupos que asesoraría a los jueces en los casos en los que se encuentren implicados derechos de las minorías. No queda claro en su exposición si este asesoramiento se daría en lo que hace a la aplicación judicial ordinaria, o también en relación al control de constitucionalidad de las leyes. En el segundo supuesto, y de prevalecer la técnica del reenvío, la propuesta es obviamente ociosa, pues es la mayoría la que acaba decidiendo.

Muchas veces, me parece que cuando el defensor de la justicia constitucional recurre a la protección de las minorías como última razón justificativa, asume dos premisas que son cuando menos dudosas. En primer lugar, que cabe identificar claramente a la mayoría, y en segundo lugar, que es predicable de ella su carácter potencialmente «peligroso». Y, frente al que no acaba de verlo claro, alude a ejemplos trágicos recientes en la historia europea, asumiendo, implícita y contrafácticamente, que de haber existido un órgano defensor de la Constitución se habría evitado la barbarie mayoritaria, lo cual es, evidentemente, mucho suponer. Si de ejem-

plos históricos se trata, los hay para todos los gustos. Tanto países de sólida tradición democrática y liberal que carecen de justicia constitucional, como es el caso paradigmático de Gran Bretaña, como Estados (algunos latinoamericanos, por ejemplo) donde resultaría difícil decir que las minorías se encuentran respetadas y protegidas, pero que sí cuentan en cambio con tal institución.

El proyecto de Gargarella tiene riesgos evidentes, como todo intento de abordar las preguntas difíciles y las tensiones inconmensurables, y más aún si el que reflexiona sobre ambas avanza soluciones de reforma institucional y política. Pero en ese arrojado radica también su mayor virtud como afirmé al principio; la de una obra que sin duda aporta nuevos y frescos aires al debate, excesivamente contaminado por dogmas, que no por más repetidos resultan más convincentes, acerca de la defensa de la Constitución y de la propia concepción de ésta.