

El modelo parlamentario de protección  
de los derechos como alternativa al modelo judicial

*The parliamentary model of rights protection  
as an alternative to the judicial model*

POR RAMÓN RUIZ RUIZ  
Universidad de Jaén

**RESUMEN**

*Aunque existe un amplio consenso respecto a que un Estado democrático debe dotarse de una constitución que blinde ciertos derechos fundamentales, no lo hay tanto a la hora de determinar quién deba ser su «guardián». Es mayoritaria la postura partidaria de una supervisión de tipo judicial, pero también existe un sector doctrinal que ante tal solución esgrime la «objeción contramayoritaria» y que no comparte la supuesta superioridad epistémica de los tribunales constitucionales y supremos a la hora de interpretar y determinar el contenido de los derechos, por lo que apuesta por que dicha función quede en manos del poder legislativo, por entender, entre otras razones, que está más legitimado para ello por ser el más directo representante de la soberanía popular.*

Palabras clave: *Justicia constitucional, objeción contramayoritaria, derechos fundamentales, democracia.*

## ABSTRACT

*Although there is a broad consensus that a democratic state should endow itself with a constitution that entrenches certain fundamental rights, it is not so broad when it comes to determining who should be its «guardian». The proponents of judicial supervision are majority, but there is also a doctrinal sector that objects the «countermajoritarian difficulty» to this solution and does not share the alleged epistemic superiority of the constitutional and supreme courts when interpreting and determining the content of the rights, so they propose to leave this function in the hands of the legislature, among other reasons, because it is the most legitimate branch of the government for being the most direct representative of popular sovereignty.*

*Keywords: Judicial review, countermajoritarian difficulty, fundamental rights, democracy.*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. – 1. LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA. – 2. APUNTES SOBRE EL DEBATE RESPECTO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. – 3. EL MODELO PARLAMENTARIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS. – CONCLUSIONES.

**SUMMARY:** INTRODUCTION. – 1. THE COUNTER-MAJORITARIAN DIFFICULTY. – 2. NOTES ON THE DEBATE ABOUT CONSTITUTIONAL JUSTICE. – 3. THE PARLIAMENTARY MODEL FOR THE PROTECTION OF RIGHTS. – CONCLUSIONS.

## INTRODUCCIÓN

Pocos son en nuestros días quienes dudan de la conveniencia de que los estados democráticos se doten de textos constitucionales como norma suprema del ordenamiento jurídico y de que estos contengan algún catálogo de derechos fundamentales como mejor medio para su salvaguarda y acatamiento, no solo por los ciudadanos, sino también por los poderes públicos, incluyendo los órganos parlamentarios en el ejercicio de su potestad legislativa.

En lo que existe mayor discrepancia es en determinar quién deba ser el «guardián de la constitución» (y, por ende, de los derechos). La mayor parte de la doctrina –y de la práctica política– aboga por la supervisión judicial, esto es, por la instauración de un órgano de carácter judicial (sea un tribunal constitucional o un tribunal supremo) que vigile su cumplimiento y que tenga potestad incluso para anular las normas legislativas que la contradigan.

No obstante, existe un sector doctrinal (y también algunos, pocos, ejemplos de práctica política, especialmente en países de la *Commonwealth*) que se decanta por un modelo de supremacía parlamentaria en el que el propio órgano legislativo sea quien se autosupervise y se asegure de respetar los preceptos constitucionales –u otras normas que reconozcan derechos– o, lo que es lo mismo, quien tenga la última palabra a la hora de concretar sus contenidos, por entender que es el órgano más legitimado para ello por ser el más directo representante de la voluntad popular.

De los argumentos esgrimidos por este sector doctrinal es de lo que trata este trabajo, donde se dará cuenta, en primer lugar, de la conocida objeción contramayoritaria, esto es, de las razones que alegan quienes entienden que la justicia constitucional y, en especial, el control judicial de constitucionalidad de las normas legislativas puede llegar a vulnerar la soberanía popular encarnada en el parlamento.

La segunda parte planteará las objeciones al autocontrol parlamentario de constitucionalidad –a veces denominado constitucionalismo popular– y la respuesta que a las mismas dan sus proponentes, así como las réplicas que suelen esgrimirse frente a la supuesta superioridad moral y epistémica de los tribunales constitucionales (o supremos) a la hora de determinar el significado de los preceptos constitucionales y de proteger los derechos fundamentales.

La tercera parte, en fin, expone algunas de las virtudes del modelo parlamentario de protección de los derechos planteadas y los argumentos que lo respaldan, indicando al mismo tiempo, y como conclusión, la necesidad de ser conscientes de que, independientemente del modelo elegido, sea judicial, sea parlamentario, a fin de cuentas, el verdadero «guardián de la constitución» debe ser el pueblo mismo, un pueblo vigilante sin el cual ningún modelo podría garantizar plenamente la salvaguardia de nuestros derechos.

## 1. LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

Parece evidente que una constitución, como cualquier otra norma jurídica, si quiere ser eficaz, si aspira a ser algo más que un mero conjunto de recomendaciones, debe contar con mecanismos que garanticen su implementación y, en el caso de la norma que pretende ser suprema, que aseguren que sea acatada no solo por la ciudadanía, sino también por los poderes públicos, incluyendo los parlamentos en el desarrollo de su función legislativa.

El problema surge a la hora de determinar quién debe tener la potestad para hacerla respetar o, en otros términos, quien ha de tener la última palabra a la hora de interpretar el significado de sus disposiciones y de imponer dicha interpretación. Más en concreto, surgen

dudas sobre si dicha potestad ha de estar en manos de un órgano de carácter judicial o en las de la ciudadanía o sus representantes.

Porque, ciertamente, las constituciones –de nuevo, al igual que muchas otras normas jurídicas– contienen algunos preceptos claros, precisos, cuya significado no genera apenas dudas, y otros muy ambiguos, poco determinados, que pueden dar lugar a interpretaciones variadas y aún contradictorias<sup>1</sup>. Señala al respecto Allan que pocos son quienes realmente creen que sea evidente cómo deben ser interpretados y desarrollados este tipo de preceptos, especialmente los que reconocen derechos, cuáles de ellos deberían prevalecer en caso de conflicto o en qué casos deberían ceder ante intereses sociales generales<sup>2</sup>. Dejar en manos de los tribunales la interpretación y salvaguardia de los primeros de estos preceptos –lo más precisos, que suelen conformar lo que tradicionalmente se ha conocido como parte orgánica de las constituciones– no parece despertar especiales recelos; sí los origina, en cambio, dejar en dichas manos la interpretación del segundo tipo de preceptos –que forman parte de la también tradicionalmente llamada parte dogmática–.

Ante tal tesitura, hay quienes propugnan que los preceptos constitucionales sean redactados en términos menos ambiguos, más claros para evitar un conflicto interpretativo entre los legisladores y los magistrados en el que se acabe imponiendo la visión de estos últimos, modificándose así la acción política de los primeros. No obstante, también se ha señalado, en sentido contrario, que unos preceptos constitucionales más definidos limitarían en mayor medida el margen de maniobra de la ciudadanía y sus representantes, en tanto que las normas constitucionales indeterminadas proporcionan la oportunidad de discutir su significado y de adaptarlas a las cambiantes circunstan-

---

<sup>1</sup> Vid. LIMBACH, J., «Papel y poder del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 2.º semestre 1999, p. 103. De hecho, la propia presidenta del *Bundesverfassungsgericht* escribió en este mismo artículo que «si el Tribunal precisa de treinta o más días de deliberación para enjuiciar la constitucionalidad de una norma, no será sino porque la respuesta no era evidente».

<sup>2</sup> Vid. ALLAN, J., «A Defence of the Status Quo», en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford University Press, 2003, p. 190. Esta es la causa, según el referido profesor canadiense, de que en Australia continúe habiendo un amplio rechazo tanto académico como social y político a la adopción de una *Human Rights Act* similar a las que se han ido aprobando en los últimos tiempos en otros estados anglosajones como Canadá, Reino Unido o Nueva Zelanda. Escribe al respecto lo siguiente: «Pon en vigor una carta de derechos con sus normas abiertas e imprecisas escritas en el lenguaje de los derechos y nadie debería esperar consenso, ni siquiera un amplio acuerdo cuando tengan que ser aplicadas a situaciones concretas. La cuestión es que si Australia opta por una carta de derechos, entonces los jueces acabarán decidiendo asuntos controvertidos de política social sobre los cuales personas sinceras, inteligentes y bien intencionadas discrepan –asuntos sobre dónde poner los límites en relación con el aborto, la intimidad, la libertad de expresión, la autoridad, los poderes de la policía, las prácticas religiosas, cómo debe tratarse a los peticionarios de asilo, quién puede casarse y muchos más– [...] (incluso si se venden bajo la apariencia de mantener y proteger derechos universalmente deseados y no controvertidos)».

cias políticas y sociales<sup>3</sup> –además de que puede sostenerse, con Aguiló, que no debe pretenderse que las constituciones resuelvan *ex ante* todos los problemas o conflictos que puedan surgir, sino que más bien han de orientar la solución de todos esos problemas, conforme a determinados principios y valores socialmente aceptados (o, al menos, mayoritariamente aceptados)<sup>4</sup>–.

Sin embargo, esta necesaria indeterminación de buena parte de los contenidos constitucionales es lo que hace posible sostener que cuando se afirma que en los estados dotados con tribunales constitucionales<sup>5</sup> –u órganos judiciales con similares funciones– la última palabra respecto a la legislación la tiene la constitución, en realidad lo que se está afirmando es que quien la tiene es el juez al que corresponde decir lo que dice la constitución<sup>6</sup>. Señala al respecto Bayón que «el

---

<sup>3</sup> Vid. TUSHNET, M., «Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty», 94 *Michigan Law Review* 245, november 1995, p. 13.

<sup>4</sup> Vid. AGUILÓ REGLA, J., «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 26, 2003, pp. 314-315. Añade Aguiló que de este modo las generaciones futuras pueden adaptar los preceptos constitucionales, desde el respeto a esos principios y valores, a sus específicas circunstancias para evitar la «tiranía del pasado», esto es, para evitar la deslegitimación que supone el que las generaciones presentes se queden ancladas en mandatos de las generaciones pasadas. Por ello, lo fundamental para la estabilidad de una constitución es que «las generaciones vivas se «reconozcan» en esos mismos valores aunque sin duda es posible que los «teoricen» de maneras distintas a como los hubieran teorizado los «padres fundadores» (*ibidem*).

<sup>5</sup> La gran mayoría en la actualidad, como nos ilustra Ferreres: «Dieciocho de los veintisiete estados que actualmente pertenecen a la Unión Europea [...] han creado tribunales constitucionales [...] solo tres países dentro de la U. E. han adoptado un sistema de *judicial review* similar al de los Estados Unidos: Suecia, Finlandia y Dinamarca. En la práctica, sin embargo, los tribunales de estos países nórdicos muy raramente encuentran una norma inconstitucional. De los seis países restantes dentro de la U. E., cuatro –Irlanda, Grecia, Chipre y Estonia– han adoptado sistemas que son difíciles de clasificar porque combinan características de los modelos europeo y americano en diferentes modos. Los otros dos estados, los Países Bajos y el Reino Unido son excepcionales en que no tiene sistemas de revisión constitucional de la legislación». Por su parte, el modelo centralizado, que es claramente dominante en la Unión Europea, ha tenido también alguna influencia en otras regiones. Así –sigue refiriendo Ferreres– en Latinoamérica, por ejemplo, algunos países gradualmente se han separado del modelo estadounidense que fue originalmente establecido en el siglo XIX y se han movido hacia un sistema mixto que incluye algunos componentes del modelo centralizado. El sistema es mixto «en el sentido de que todos los tribunales están generalmente facultados para ejercer la revisión constitucional en el curso de la labor jurisdiccional ordinaria, pero además, la legislación puede ser formalmente invalidada por un órgano específico. Para tal fin, algunos países (Perú, Guatemala, Chile, Ecuador, Bolivia, Colombia) han introducido tribunales constitucionales mientras otros (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Venezuela) han creado una cámara constitucional especial dentro del existente tribunal supremo (*vid. FERRERES COMELLA, V., Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009, pp. 4-5).

<sup>6</sup> Vid. GARRORENA MORALES, A., «El debate *justicia constitucional-democracia* en los procesos constituyentes de 1931 y 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011, p. 32.

límite al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad –o incluso la mayoría de sus miembros– establezca qué es el contenido de esos derechos, porque por discutibles o infundadas que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material»<sup>7</sup>. Así, y dado que una constitución se puede interpretar de distintas maneras, se corre el peligro de que los jueces sustituyan los principios de la constitución por los suyos; no hay razón «para que los magistrados actuales no puedan, como con facilidad hicieron sus predecesores, imponer opiniones privadas o ideologías personales respecto a los derechos sociales o económicos» o cualquier visión particular de la justicia social<sup>8</sup>. Y estas decisiones –esto es, los valores, las opiniones o las interpretaciones de los tribunales constitucionales– se van a imponer a las de los representantes de los ciudadanos democráticamente elegidos y responsables ante ellos, encontrándonos, así, de lleno, con la consabida objeción contramayoritaria.

Existe, en este sentido, una polémica sobre si los tribunales constitucionales deberían o no tomar sus decisiones en conformidad con el sentir mayoritario de la sociedad. Así, por un lado, están quienes, como Garzón Valdés, son de la opinión de que dado que los tribunales constitucionales no son democráticamente responsables, deberían, al menos, ser confiables en el sentido de que adopten buenas decisiones desde el punto de vista democrático-constitucional. Esta confiabilidad se pondría a prueba con cada sentencia y requiere que exista, por lo general, coincidencia entre la interpretación constitucional del tribunal y la interpretación que sustenta la *communis opinio*; o, en sentido contrario, «esta confiabilidad puede verse severamente afectada por [...] una reiterada o permanente divergencia entre los fallos del tribunal constitucional y la *communis opinio*, que puede conducir a una pérdida de confianza por parte de la ciudadanía»<sup>9</sup>. Y, llegado el caso, la sociedad difícilmente podría aceptar el deslizamiento «de la democracia constitucional del presente hacia su configuración como una forma mixta de gobierno en la que la democracia de la ley se encuentre corregida por la aristocracia de los jueces»<sup>10</sup>.

En el bando opuesto, por ejemplo, Jutta Limbach<sup>11</sup>, antigua presidenta del Tribunal Constitucional Alemán, en relación con la cuestión

---

<sup>7</sup> BAYÓN, J. C., «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, núm. 1, 2000, p. 71.

<sup>8</sup> Vid. AGRESTO, J., *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, 1984, pp. 156-159.

<sup>9</sup> Vid. GARZÓN VALDÉS, E., «El papel del poder judicial en la transición a la democracia», *Isonomía*, núm. 18, 2003, p. 132

<sup>10</sup> GARCÍA-CALVO, R., «La doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley», en Orozco, J. J., Vázquez, R. y Malem, J. F. (comps.), *La función judicial: ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 273.

<sup>11</sup> Vid. LIMBACH, J., *op. cit.*, pp. 118-119.

de «si el Tribunal ha de tener necesariamente en cuenta que su jurisprudencia coincida con las expectativas de justicia y la escala de valores de la sociedad» discrepaba con su antecesor en el cargo Ernst Benda, para quien –según ella misma relata– era un deber jurídico del Tribunal elaborar una jurisprudencia socialmente aceptable, toda vez que, a su juicio, la obligación del juez constitucional de fallar un caso de modo que el resultado encuentre aceptación en la sociedad deriva del principio democrático. Por el contrario, Limbach era de la opinión de que la Ley Fundamental había limitado el derecho de la mayoría a decidir discrecionalmente en tanto que la dignidad humana y los principios estructurales ya no podían estar a disposición ni siquiera de una mayoría cualificada. Y esto sería así porque la regla de la mayoría no es el único componente de la democracia, toda vez que «la democracia no significa solamente que todos los poderes públicos emanan del pueblo y que la política es determinada por los representantes populares elegidos [...] a la democracia pertenecen también determinados valores que vinculan a los órganos del Estado»; valores como los derechos fundamentales, sin cuya vigencia esta forma de gobierno no puede ser preservada. Por ello afirmaba que la democracia supone «un equilibrio delicado entre la regla de la mayoría y determinados valores como los derechos humanos». De lo que deducía que los magistrados, cuando juran la constitución, tienen en consecuencia que marcar distancias respecto de la mayoría o de la voluntad general tan pronto como estén en juego garantías constitucionales; los magistrados, en definitiva, «deben pronunciar Derecho, al margen del aplauso o la crítica que puedan recibir por ello»<sup>12</sup>.

Y es que, ciertamente, es habitual leer, frente al argumento de que el legislador ha sido elegido democráticamente y, por tanto, a él compete determinar el contenido de la ley y no a los jueces, que tal argumento denota una concepción excesivamente formal de la democracia y olvida que la protección de los derechos constituye una parte esencial de dicho sistema político. Esto implica un posible conflicto entre una decisión judicial sustancialmente democrática que protege los derechos fundamentales de un ciudadano que, sin embargo, no es democráticamente legítima, desde un punto de vista formal, por un lado, y una ley que es formalmente legítima, pero no satisface los criterios democráticos sustantivos respecto a los derechos, por el otro. En tal caso, habría de prevalecer la primera decisión, puesto que –para este sector doctrinal– «la legitimación demo-

---

<sup>12</sup> Harel y Shinar hacen una llamativa reflexión al respecto. Según ellos, normalmente la opiniones de los jueces constitucionales coinciden con las mayoritarias de la sociedad y, en tal caso, no está claro por qué un sistema provisto de *judicial review* ha de funcionar mejor que uno sin dicha institución (*vid.* HAREL, A., y SHINAR, A., «Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 4, 2012, p. 563).

crática formal no sería más que un elemento en la discusión, no el único, e incluso no el principal»<sup>13</sup>.

Se refleja aquí la muy extendida idea de que para que los derechos sean efectivos, la interpretación judicial debe prevalecer sobre la política, pues toda interpretación política de los derechos que discrepe de la judicial es considerada inválida o irrazonable<sup>14</sup>. En otras palabras –aduce Hiebert<sup>15</sup>–, la mayoría concibe los derechos como una restricción a los poderes legislativo y ejecutivo, lo cual implica una visión parcial de los poderes del Estado que ve al poder judicial como un árbitro neutral para resolver conflictos, pero nunca como una potencial amenaza para los derechos, por lo que no es frecuente que se propongan restricciones a su función similares a la de los otros poderes. Sin embargo –concluye su argumento– si los derechos tienen como finalidad proteger al individuo frente a actuaciones inapropiadas del Estado, no habría que olvidar que el Estado comprende actos legislativos, ejecutivos y, también, judiciales<sup>16</sup>.

Por otro lado, el problema de la objeción contramayoritaria se acentúa cuanto mayor es la rigidez de la constitución porque «si el procedimiento de su reforma es tan exigente que, en la práctica, es inviable, entonces *de facto* los jueces constitucionales tienen la última palabra sobre el contenido y alcance de sus preceptos»<sup>17</sup>. En cambio, si la constitución puede ser enmendada por mayoría simple, en tal caso la voluntad popular representada en el parlamento puede modificar el precepto constitucional que choque con la ley impugnada por un alto tribunal, de modo que esta finalmente prevalezca –aunque no es este el caso de la gran mayoría de las constituciones actuales y, especialmente, de las que instauran la revisión de constitucionalidad, que por lo general son rígidas o, incluso, muy rígidas–<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> HOECKE, M., «Judicial Review and Deliverative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation», *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 4, december, 2001, p. 416.

<sup>14</sup> Vid. HIEBERT, J. L., «Interpreting a Bill of Rights: The Importance of Legislative Rights Review», *British Journal of Political Science*, 35, núm. 2, 2005, p. 235.

<sup>15</sup> Vid. *ibidem*, pp. 235-237.

<sup>16</sup> Y, ciertamente, es posible aducir que un tribunal constitucional puede vulnerar derechos en supuestos como la anulación de una nueva norma que reconociera nuevos derechos a los ciudadanos pero que se considerara contraria a la constitución, o cuando resuelve un conflicto de derechos estimando que uno de ellos debe prevalecer sobre el otro, con lo cual este último queda relegado (si bien, solo en ese caso concreto).

<sup>17</sup> BAYÓN, J. C., «Derechos, democracia y constitución», cit., p. 69. Respecto a esta cuestión llama la atención Martí sobre el hecho de que, debido a la rigidez de la mayoría de nuestras constituciones, las minorías pueden bloquear cualquier propuesta de enmendarlas, aunque sea apoyada incluso por una amplia mayoría, imponiéndole así sus preferencias (vid. MARTÍ, J. L., «Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word», *Ratio Juris*, vol. 27, núm. 4, 2014, p. 550).

<sup>18</sup> Respecto a esta cuestión Kay llega a afirmar que «en la mayoría de los sistemas constitucionales, el procedimiento establecido para enmendar la constitución está diseñado para frustrar la voluntad de una mayoría transitoria, incluso de una



Suele aducirse, no obstante, que cuando una norma legislativa es derogada por inconstitucional, en realidad no se está vulnerando la voluntad del pueblo, sino preservándola tal y como aparece en la constitución, frente a la voluntad de los legisladores y, por tanto, se está preservando la democracia. O, como señala Hoecke, «la decisión judicial es democráticamente legítima en virtud de su contenido, puesto que sirve para hacer respetar los derechos previamente promulgados por el legislador constitucional. Así, se presupone alguna preexistente “voluntad” del “pueblo” o “voluntad” del “legislador constitucional”, lo que debería legitimar la decisión judicial de hoy»<sup>19</sup>.

Pero es posible responder a tal argumento denunciando –aparte del hecho de que no todos los procesos constituyentes han sido genuinamente democráticos– que el paso del tiempo menoscaba la legitimidad democrática en la medida en que los individuos representados en el momento constituyente son reemplazados por nuevas generaciones, de modo que, en tal caso, los preceptos constitucionales no pueden ser ya en realidad considerados como autoimpuestos –por lo que las referencias en el caso de las constituciones antiguas al mandato «del pueblo» serían, en el mejor de los casos, retóricas–<sup>20</sup>.

Esto ha llevado a afirmaciones que podrían calificarse de drásticas –de las que da cuenta Tremblay<sup>21</sup>– según las cuales el mero hecho de que una constitución fuera aprobada por la voluntad de la mayoría del pueblo o de sus representantes electos no necesariamente implica que deba prevalecer sobre una ley posterior que ha sido igualmente aprobada por ellos. Por consiguiente, la legitimidad del *judicial review* no puede derivar del carácter democrático de la constitución. En la medida en que la legitimidad del poder judicial se basa en la aplicación de normas que son legítimas por contar con el consentimiento o aprobación del pueblo o de sus representantes, los tribunales deben reconocer como razones legítimas para tomar decisiones la norma que mejor represente el consentimiento del pueblo o de sus representantes en el momento de la decisión. Por ello –continúa el razonamiento– el mero hecho de que una constitución democráticamente promulgada haya sido considerada como supralegislativa dentro de una jerarquía formal de fuentes normativas no puede ser razón suficiente para dejar de lado

---

mayoría sustancial» (KAY, R. S., «Rights, Rules and Democracy», en Campbell, T., Goldsworthy, J., y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights*, cit., p. 121).

<sup>19</sup> HOECKE, M. van, «Judicial Review and Deliverative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation», *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 4, december, 2001, p. 417. Es habitual, cuando se defienden este tipo de tesis, recurrir a la doctrina del originalismo o al argumento del precompromiso (sobre esta cuestión, véase RUIZ RUIZ, R., *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016).

<sup>20</sup> Vid. KAY, R. S., *op. cit.*, p. 121.

<sup>21</sup> Vid. TREMBLAY, L. C., «General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, núm. 4, 2003, pp. 533-534.

una ley que representa mejor lo que, en el momento de la decisión judicial, el pueblo o sus representantes electos opinan. Por tanto, en principio, cuando surge un conflicto entre dos leyes, el tribunal debería respaldar la ley que mejor representa la voluntad o el criterio de la ciudadanía contemporánea; de lo contrario, la voluntad o el criterio de los ciudadanos del pasado limitaría el poder de los ciudadanos del presente para determinar democráticamente y por sí mismos qué tipo de políticas, valores, intereses y fines deberían promoverse hoy. En definitiva, no se puede inferir que la constitución debe necesariamente prevalecer sobre la legislación ni el pueblo soberano debería ser nunca limitado por sus decisiones políticas previas –de hecho, concluye el argumento, este ha sido un elemento constitutivo de la doctrina de la soberanía parlamentaria en el Reino Unido<sup>22</sup>–.

Para Tremblay este principio está bien establecido en la aplicación del resto de las normas, como se evidencia en las reglas para resolver las antinomias, tales como las máximas *leges posteriores priores contrarias abrogant* y *generalia specialibus non derogant*, las cuales, a su juicio, pueden ser justificadas por el principio de que los tribunales deberían aplicar la ley que mejor representa el sentir de la mayoría del pueblo o de sus representantes en el momento de la decisión. Sin embargo, se trata de una postura problemática, toda vez que si se tomara en consideración, las constituciones no tendrían ningún valor real, además de que no debemos olvidar que existe un tercer criterio de resolución de antinomias, quizás el más relevante, que establece que *lex superior derogat inferiori*.

No obstante, en la línea anterior, señalan Harel y Shinar que incluso aceptando que la constitución sea democráticamente superior a la legislación ordinaria por lo que, consecuentemente, debería prevalecer en caso de conflicto, de ello no derivaría necesariamente que los tribunales debieran estar facultados para no aplicar las leyes democráticamente promulgadas pues, a su juicio, los órganos legislativos representativos son foros más apropiados para tomar este tipo de decisiones, por representar mejor la voluntad o las opiniones de los ciudadanos. Esto es así porque hay razones para creer que los representantes electos que colectivamente han promulgado una ley que en apariencia es contraria a los valores constitucionales, han tomado en consideración estos valores de un modo razonable y han concluido, después de un proceso de deliberación, que era deseable implementar la norma o la medida política en cuestión incluso a costa de dejar de

---

<sup>22</sup> Apunta en este sentido Ackerman lo siguiente: «Seguramente, el problema es real. Ciertamente, si se tiene en cuenta la habitual cláusula *ceteris paribus*, la dificultad intertemporal es irrefutable. Llamemos a este el *principio de la última palabra*: siendo el resto de las circunstancias iguales, sería antidemocrático que los tribunales rechazaran una decisión posterior de un gobierno representativo simplemente porque es contraria a una anterior. El pueblo debe preservar el derecho a cambiar de opinión, de lo contrario tendríamos idolatría de los ancestros, no democracia» (ACKERMAN, B., «Storrs Lectures: Discovering the Constitution», *Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, p. 1046).

lado algunos aspectos de la constitución. Evidentemente –conceden–, alguien razonable puede disentir de esto –y precisamente ahí está el valor de la democracia, en el hecho de que los ciudadanos pueden razonablemente disentir en asuntos de carácter político o moral– pero los juicios de los representantes electos no tienen por qué ser menos razonables que los de los tribunales<sup>23</sup>.

## 2. APUNTES SOBRE EL DEBATE RESPECTO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Sin embargo, son varias las objeciones que se plantean a la posibilidad de prescindir de una institución de control de constitucionalidad de carácter judicial, entre las que se tratará de dar cuenta aquí, por motivos de espacio, solo de aquella que es seguramente la más reiterada y de mayor calado. Concretamente, el más recurrente de los argumentos esgrimidos por los proponentes de la justicia constitucional se basa en que considerar un elemento imprescindible para la defensa de los derechos, especialmente los de las minorías, frente a posibles abusos de las mayorías, la instauración de algún tipo de agencia de control de carácter judicial que vele por el respeto a tales derechos. En efecto, no faltan los argumentos que alarman sobre los riesgos de las decisiones mayoritarias toda vez que, como sintetiza Bellamy<sup>24</sup>, la democracia, al agregar votos, sacrifica los individuos al bienestar colectivo o las decisiones democráticas se deciden por aquellos que más gritan o por aquellos capaces de aplicar una mayor presión en un determinado momento y, por tanto, no tratan cada argumento de acuerdo a sus méritos respecto a ciertos criterios establecidos.

En este sentido, escribe Gargarella que se suele argumentar que el carácter contramayoritario del poder judicial (esto es, el hecho de que sus miembros no resulten elegidos directamente por la ciudadanía ni tengan que revalidar periódicamente sus puestos ante el pueblo) aparece como un objetivo buscado: si los jueces dependieran (para llegar a sus cargos o para mantenerse en los mismos) de las simpatías populares, entonces, la suerte de las minorías aparecería fuertemente amenazada, «¿quién protegería a las minorías si es que todo el sistema institucional se organizase de tal modo de complacer las apetencias mayoritarias?»<sup>25</sup>.

En cambio, se presume que los tribunales, por un lado, se centran en los individuos, no en la comunidad y, por otro, son independientes

<sup>23</sup> Vid. HAREL, A., y SHINAR, A., *op. cit.*, p. 537.

<sup>24</sup> Vid. BELLAMY, R., *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 45.

<sup>25</sup> GARGARELLA, R., «La dificultad de defender el control constitucional de las leyes», *Isonomía*, núm. 6, 1997, p. 63.

y se hallan sujetos a normas y modelos legales, lo que les provee de un dispositivo contramayoritario que sirve para proteger los derechos de las minorías. La consecuencia evidente sería que en caso de conflicto los tribunales deben prevalecer debido a que defienden los intereses a largo plazo que todos los individuos tienen en que sus derechos se encuentren protegidos de modo que sean tratados como merecedores de igual consideración y respeto.

Por eso escribe Sager<sup>26</sup> que la justicia política no es una simple cuestión de fuerza de voluntades, en función del número de personas, sino una cuestión de justicia para cada persona individualmente considerada y, a la luz de esta ambición moral, los jueces están particularmente bien situados para enfrentarse a las cuestiones de justicia política, logrando así el objetivo de hacer más justa nuestra comunidad. Entre otras razones, porque la labor de contrastar un acto político democrático con los principios constitutivos de la justicia política no debería corresponder a la misma institución que emitió este acto, pues es probable que tal institución no sea objetiva al evaluar su propia conducta; es, en cambio, en la justicia constitucional donde reside la imparcialidad y la generalidad respecto a la moralidad política en general y a los derechos en particular, por lo que será más factible que las perspectivas de cada grupo, de cada clase y de cada individuo sean consideradas seriamente y preservadas.

La razón de estas aseveraciones radica –como ya se ha señalado– en que «los tribunales superiores no son elegidos popularmente y, por ello, no están vinculados directamente a los intereses inmediatos (personales o políticos) de los miembros de su comunidad política»<sup>27</sup>. Se insiste, en esta línea, en que las mayorías parlamentarias no son adecuadas para la protección de las minorías ni de los derechos en general porque lo que realmente les interesa es continuar siéndolo, por lo que se van a poner de parte de la mayoría social siempre que surja una controversia entre esta y la minoría o las diferentes minorías.

También Hiebert<sup>28</sup> explica que está muy extendida la opinión de que el poder legislativo, a la hora de tomar decisiones relativas a derechos, no se caracteriza por tomar estas decisiones basándose en principios, pues lo que le interesa es dar respuesta a las preferencias mayoritarias o se basa en consideraciones utilitaristas que son informadas por costos políticos y razones de conveniencia, por lo que no se puede considerar un defensor de los derechos, especialmente los de las minorías, y por ello, cuando sus decisiones son contrarias a las interpretaciones judiciales, se suele dar por sentado que ignoran o restringen los derechos. En cambio, los jueces constitucionales, dada la

---

<sup>26</sup> Vid. SAGER, L., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 89-92.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>28</sup> Vid. HIEBERT, J. L., «Parliament and Rights», en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights*, cit., 2003, p. 232.

posición institucional que ocupan, serían inmunes a este tipo de presiones o incentivos políticos a corto plazo.

No obstante –advierte Bayón<sup>29</sup>–, este tipo de argumentos comparativos frecuentemente caen en lo que se podría denominar «falacias de asimetría», esto es, comparaciones de los peores rasgos o de la descripción más pesimista posible de uno de los actores cuyas posiciones institucionales se están contrastando, con los mejores rasgos o la descripción más idealizada del otro.

Y en esta misma línea, González Bertoméu<sup>30</sup> señala que quienes se muestran críticos con la facultad de los jueces para derogar un ley objetan que los partidarios de este modelo llevan a cabo una comparación de instituciones asimétrica, que generalmente describen el peor y más crudo escenario en relación con el funcionamiento de las instituciones políticas y del proceso político y lo contraponen a una visión del poder judicial «de color de rosa» –cuando en realidad, como también apunta Griffith, «como uno podría esperar, los jueces, como el resto de nosotros, no son todos iguales y son susceptibles de ser influidos por perjuicios emocionales [...] y con frecuencia se muestran como hombres con graves, incluso apasionadas, opiniones de la naturaleza de la sociedad y del contenido del Derecho»<sup>31</sup>–. Por ello, es de la opinión de que una teoría de la revisión judicial de la legislación no puede surgir automáticamente de una descripción de las deficiencias del proceso político; a lo sumo, esta podría ser una condición necesaria para su justificación –si bien tampoco habría que caer en el otro extremo y comparar una visión sombría del poder judicial con una idílica del legislativo–.

De modo que –indica nuevamente Bayón<sup>32</sup>– conforme a una visión realista (ni idealizadora ni peyorativa) de los jueces constitucionales sería ingenuo pensar que su posición les aísla totalmente de cualquier forma de presión política o que sus decisiones no puedan estar en ocasiones condicionadas de algún modo. Sería más realista –continúa– aceptar que en el seno de un tribunal constitucional se reproducen a grandes rasgos las mismas divisiones ideológicas que están presentes

---

<sup>29</sup> Bayón reflexiona al respecto que algo parecido sucede cuando se comparan los momentos constituyentes con los de la política ordinaria, de modo que cuando se insiste en que la mayoría es sistemáticamente una amenaza para los derechos no queda muy claro de quién se espera entonces la aprobación de constituciones que reconozcan los derechos de los más débiles, pues nada impide que las decisiones constituyentes sean estrictamente interesadas (BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», en Betegón, J., Laporta, F. J., Páramo, J. R. y Prieto Sanchís, L. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 100-103).

<sup>30</sup> Vid. GONZÁLEZ BERTOMÉU, J. F., «Against the Core of the Case. Structuring the Evaluation of Judicial Review», *Legal Theory*, 17, 2001, pp. 81-82.

<sup>31</sup> GRIFFITH, J. A. G., *The Politics of the Judiciary*, Londres, Fontana Press, 1997, p. 284.

<sup>32</sup> Vid. BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», cit., pp. 100-103.

en la política ordinaria y que también dentro de él la formación de una mayoría se consigue en parte a través de la negociación y el compromiso. En definitiva, como apunta Allan, no parece haber «motivos plausibles» para creer que los jueces no electos que aplican derechos gozan de «un sentido de la perspicacia moral más altamente desarrollado que los políticos electos» –y concluye recordando que si «la promesa del Tribunal Supremo siempre ha sido ser la voz en potencia de la razón dentro de unas instituciones estatales entregadas casi exclusivamente a satisfacer las demandas del electorado», no podemos olvidar la falibilidad de los jueces como elemento razonador–<sup>33</sup>.

Por ello, los partidarios de la supremacía parlamentaria, en respuesta a la supuesta amenaza que supondría para los derechos en general y los de las minorías en particular la ausencia de mecanismos de control judicial de constitucionalidad aducen –como lo hace Hiebert<sup>34</sup>– que la idea de que solo los tribunales pueden interpretar los derechos representa una visión cínica del compromiso de la sociedad con los principios o los derechos, porque niega cualquier valor moral a los criterios políticos de los ciudadanos o del parlamento sobre cómo resolver conflictos relacionados con los derechos. En cambio, son muchos quienes piensan que la democracia (en el sentido de autogobierno del y por el pueblo) tiene tanta probabilidad de conducir a resultados aceptables moralmente como cualquier alternativa elitista de carácter judicial y que, por ello, albergan la duda de si es conveniente dejar los derechos en manos de los jueces.<sup>35</sup> Porque, efectivamente, el parlamento puede tener una opinión diferente sobre cómo resolver un conflicto entre derechos o relativo a los derechos, pero el mero hecho de que sea diferente no significa que el criterio del parlamento no sea razonable ni que todas las decisiones legislativas que difieran de las interpretaciones judiciales deban ser consideradas como inherentemente discordes con los derechos, únicamente porque con frecuencia se equipare, de forma acrítica, la interpretación que los jueces hacen de un derecho con el significado auténtico de ese derecho<sup>36</sup>.

Señala al respecto Waldron que entre los modernos teóricos del Derecho, especialmente entre los estadounidenses, prevalece una muy poco atractiva imagen de la legislación, que la presenta como una actividad de «negociación de acuerdos, intercambio de favores, satisfac-

---

<sup>33</sup> Vid. ALLAN, J., *op. cit.*, p. 190. Puntualizan al respecto Harel y Shinar que no está claro que la superioridad epistémica de los tribunales justifique que se les conceda la facultad de *judicial review*, del mismo modo que si creyéramos que un grupo de filósofos morales o de autoridades religiosas son mejores a la hora de identificar qué derechos tenemos por su educación, su compromiso y su integridad o por las características institucionales de la institución a la que pertenecen, es evidente que esta no sería una justificación suficiente para otorgarles tal poder (HAREL, A., y SHINAR, A., *op. cit.*, p. 563).

<sup>34</sup> Vid. HIEBERT, J. L., «Parliament and Rights», *cit.*, p. 234.

<sup>35</sup> Vid. ALLAN, J., «A Defence of the Status Quo», *cit.*, p. 187.

<sup>36</sup> Vid. HIEBERT, J. L., «Parliament and Rights», *cit.*, p. 245.

ción de intereses, clientelismo, chalaneo», etc.; en definitiva, cualquier cosa menos un procedimiento de toma de decisiones basado en principios. Esta visión de la legislación tendría como finalidad, al menos en parte, «sin duda, otorgar credibilidad a nuestros modelos normativos de revisión de constitucionalidad y acallar así los recelos sobre el carácter no democrático de dicha revisión»<sup>37</sup>.

Sin embargo, hay quienes, como Bayón<sup>38</sup>, entre otros, denuncian que no hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos y sus representantes actúen sistemáticamente movidos únicamente por sus propios intereses y que nunca lo hagan por razones de principio que reflejen distintas consideraciones de lo justo. También Kyritsis<sup>39</sup> recalca que sería un error suponer que los legisladores se limitan a agregar las preferencias autointeresadas de sus electores o que estos, a la hora de apoyar o repudiar un candidato, o de aprobar o desaprobar la actuación y las decisiones de sus representantes, no expresan con frecuencia de modo consciente alguna visión de lo que consideran que debería o no hacerse en una comunidad política justa y bien ordenada.

Por su parte, Goldsworthy<sup>40</sup> sale también en defensa de la función legislativa arguyendo que, al representar todos los intereses en juego (o, al menos, la mayor parte de ellos), hace más probable que se tome en consideración más puntos de vista, más información y se escuche cuidadosamente al otro (si bien sea únicamente para «agudizar las réplicas»). Y no solo esto, sino que los legisladores deben construir coaliciones, agrupar minorías diversas bien en la cámara legislativa, bien en el seno de sus propios partidos, lo que, aunque no siempre sea de buen grado, les forzará a la moderación y a renunciar a demandas extremas, excesivamente parciales o estrechas de miras.

Hay que rechazar, por tanto, la idea de que la mayoría tiende sistemáticamente a ser una amenaza para los derechos o que el mero hecho de que un determinado punto de vista sobre estos sea asumido por la mayoría popular implique que sea necesariamente hostil o suponga una amenaza para los derechos en general ni para los derechos o los intereses de la minoría (o de las minorías) en particular.<sup>41</sup>

Porque, además, no son muchos los derechos que pueden caracterizarse como específicos de una minoría en sentido numérico, toda vez

---

<sup>37</sup> WALDRON, J., «The Dignity of Legislation», *Maryland Law Review*, vol. 54, núm. 2, 1995, p. 640.

<sup>38</sup> Vid. BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», cit., pp. 100-103.

<sup>39</sup> Vid. KYRITSIS, D., «Constitutional Review in Representative Democracy», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32, núm. 2, 2012, pp. 306-307.

<sup>40</sup> Vid. GOLDSWORTHY, J., «Judicial Review, Legislative Override, and Democracy», en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.) *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford University Press, 2003, p. 270.

<sup>41</sup> Vid. BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», cit., pp. 100-103.

que en casi todos los casos la clase de los beneficiarios de un derecho fundamental (a la vida, a la libertad de expresión, a la intimidad...) no puede ser identificada con un grupo social específico, ni mayoritario ni minoritario; quienes discrepan sobre su contenido y alcance pueden estar en desacuerdo acerca de cómo articular los derechos, pero sus beneficiarios serán todos los individuos<sup>42</sup> –esto es, los miembros de las mayorías son los primeros interesados en que se protejan y respeten los derechos pues también ellos son titulares de los mismos–.

Es más, se ha llegado a señalar que el argumento de la tiranía de las mayorías «olvida el riesgo de la tiranía de las minorías, en particular de los tribunales constitucionales, alguno de los cuales, como el Tribunal Supremo de Estados Unidos, tiene acreditado un historial en materia racial y económico-social del siglo XIX hasta bien entrado el siglo XX»<sup>43</sup>. Incide en esta cuestión Martí señalando que algunos estudios empíricos parecen demostrar que en algunas de las ocasiones en las que los jueces constitucionales anulan una norma aprobada mayoritariamente no «se alinean con una minoría débil que está siendo presumiblemente dominada por una mayoría poderosa, sino con una minoría empoderada e incluso tal vez muy poderosa e influyente capaz de resistir la voluntad de la mayoría»<sup>44</sup>. Y, Bayón recuerda que, en sentido inverso, el reconocimiento de buena parte de los derechos de las minorías (e incluso la adopción de medidas de discriminación inversa en su favor) se ha producido en muchos sistemas políticos precisamente a través del proceso mayoritario<sup>45</sup>.

Una vez dada respuesta a las supuestas amenazas para los derechos por parte del parlamentarismo, los proponentes de la supremacía parlamentaria opinan –sobre esto se incidirá más adelante– que una de las principales virtudes de la renuncia a la justicia constitucional sería que volvería a las manos de la ciudadanía la capacidad para tomar decisiones políticas y constitucionales<sup>46</sup>.

No obstante, y en referencia a esta aseveración, también es común negar que en tal caso fuera en realidad la opinión de los ciudadanos la que se impusiera pues algunos, como Rivera<sup>47</sup>, entienden que una decisión contramayoritaria es aquella tomada en contra de una mayoría determinada; sin embargo, normalmente cuando decimos que una

<sup>42</sup> Vid. GOLDSWORTHY, J., «Judicial Review, Legislative Override, and Democracy», p. 272.

<sup>43</sup> RUIZ MIGUEL, A., «Constitucionalismo y democracia», *Isonomía*, núm. 21, 2004, p. 72.

<sup>44</sup> MARTÍ, J. L., «Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word», cit., p. 551.

<sup>45</sup> Vid. BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», cit., pp. 100-103.

<sup>46</sup> Vid. TUSHNET, M., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 154.

<sup>47</sup> Vid. RIVERA LEÓN, M. A., «Jurisdicción constitucional: Ecos del argumento contramayoritario», *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2010, p. 236.



decisión de un tribunal es contramayoritaria, nos referimos a que atenta contra la voluntad de los representantes del pueblo y no la del pueblo mismo. También Kyritsis es de la opinión de que no es realista equiparar los parlamentos, aun democráticamente elegidos, con el pueblo concebido como colectivo autogobernado, pues aquellos no siempre pueden ser considerados como los portadores de la voz del «pueblo»<sup>48</sup>, toda vez que los legisladores también imponen en ocasiones su propio criterio independiente, es decir, el criterio que refleja su propia visión (y no la de los electores) de la justicia y de lo que es una comunidad política justa y bien ordenada. Y, en fin, también se aduce por parte de los proponentes de la justicia constitucional que en realidad en las democracias actuales el valor tan pequeño del voto hace que no sea relevante la diferencia entre un sistema dotado de control de constitucionalidad y otro sin dicho mecanismo.

A esto responde Ruiz Miguel<sup>49</sup> que, ciertamente, en nuestros sistemas democráticos la capacidad de los ciudadanos para influir directamente en las decisiones políticas, por lo general, se reduce a la elección de los representantes, que serán quienes adopten estas decisiones con gran autonomía –si bien dicha capacidad de influencia, no ya solo en los representantes políticos sino en las opiniones del resto del electorado, va a ser enormemente desigual según la posición económica, la posesión de medios de comunicación o el acceso a ellos, o la cercanía de los centros de decisión política–. Pero reconocer esta realidad, por un lado, no altera el hecho de que hay algunos mecanismos públicos de toma de decisiones que son más sensibles a las preferencias expresadas por la mayoría de la ciudadanía que otros<sup>50</sup> y, por otro, que este indiscutible hecho no suprime la diferencia cuantitativa y cualitativa que va entre poder y no poder participar, aunque sea mediante representantes, en la decisión de un conjunto de materias especialmente importantes para la colectividad<sup>51</sup>.

Y, sobre todo, el sistema representativo permite a los ciudadanos exigir responsabilidades (mediante la no reelección) a quienes deben adoptar las decisiones políticas. Ciertamente, quienes apuestan por la supremacía parlamentaria son conscientes de que ni siempre el parlamento representa fielmente la voluntad popular ni siempre la legislación encarna escrupulosamente los valores, juicios u opiniones de los ciudadanos, pero al menos los legisladores tiene que responder ante ellos periódicamente lo que les impulsará (seguramente tampoco de buen grado en ocasiones) a explicar sus decisiones pasadas y planes futuros al electorado y a atender sus pareceres y sus intereses. Y en el

---

<sup>48</sup> Vid. KYRITSIS, D., «Representation and Waldron's Objection to Judicial Review», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 2006, p. 735.

<sup>49</sup> Vid. RUIZ MIGUEL, A., «Constitucionalismo y democracia», cit., pp. 70-76.

<sup>50</sup> Vid. KAY, R. S., *op. cit.*, p. 121.

<sup>51</sup> Vid. RUIZ MIGUEL, A., «Constitucionalismo y democracia», cit., pp. 70-76.

último caso, los ciudadanos pueden sustituirlos por otros que les representen más fielmente.

Señala, en fin, Bayón que el valor moral del gobierno representativo no deriva de que en la toma de cada decisión la opinión de cada ciudadano tenga exactamente el mismo peso que la de cualquier otro, sino «de que el representante ocupa esa posición no por su calidad sino por la cantidad de ciudadanos ordinarios que le respaldan (y no parece haber otro sistema de selección de quienes toman de modo directo las decisiones que respete en el mismo grado el ideal del valor igual de todos); y que con todas las limitaciones que se quiera –y que es justo reconocer–, ningún otro procedimiento asegura la misma capacidad de reacción a la mayoría de los ciudadanos frente a decisiones que desapruueba»<sup>52</sup>.

Por último, como respuesta a las críticas en relación con la baja calidad de los sistemas representativos actuales, Bellamy escribe que «los informes sobre la muerte de la democracia se han exagerado mucho: podría estar más sana, pero todavía está muy viva»; en vez de abandonar la democracia, queda mucho por hacer para mejorar los mecanismos que la posibilitan<sup>53</sup>. Y Gargarella, por su parte, reconoce que las críticas que dirige a las debilidades que a su juicio presentan muchos de los argumentos en favor del control judicial de constitucionalidad, tal y como hoy se ejerce, no deben verse como una defensa implícita de los legislativos actuales, sino que, muy al contrario, coincide en que los órganos de representación atraviesan una severa crisis que requiere ser atendida, pero la respuesta no es deslegitimarlos, sino perfeccionarlos y abrirlos a la ciudadanía. Y añade, a modo de ejemplo, que «el hecho de que los órganos de representación no funcionen bien no nos permite defender el rol de los jueces en reemplazo de aquellos, del mismo modo que no tendríamos razones para proponer, en reemplazo de un parlamento en crisis, la autoridad incuestionada de un dictador o de un grupo cualquiera de «reyes filósofos»<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> BAYÓN, J. C., «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, núm. 1, 2000, p. 87.

<sup>53</sup> Vid. BELLAMY, R., *Constitucionalismo político*, cit., p. 283.

<sup>54</sup> Vid. GARGARELLA, R., «La dificultad de defender el control constitucional de las leyes», cit., p. 70. En un sentido similar, Ruiz Miguel, en referencia a unas palabras de Waldron, escribe que «la baja calidad democrática no justifica la limitación del derecho de participación popular en las cuestiones de principio ni la atribución de su decisión a un reducido grupo de juristas, de igual modo que [...], los defectos de la Cámara de los Comunes no justifican instituciones menos democráticas todavía como la monarquía o la Cámara de los Lores» (RUIZ MIGUEL, A., «Constitucionalismo y democracia», cit., p. 73). Y Goldsworthy se pregunta: «¿Por qué no mejorar el sistema de democracia representativa en lugar de disminuirlo aún más?» [GOLDSWORTHY, J., «Introduction», en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights*, cit., p. 6].

### 3. EL MODELO PARLAMENTARIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

A todo esto Becker<sup>55</sup> añade lo que él considera el mejor argumento que puede esgrimirse contra la revisión judicial y que no suele aducirse: que atrofia el crecimiento político de los individuos dentro de la sociedad. Esto, a su juicio, se debería a que, entre otras cosas, la revisión judicial exonera al pueblo de su responsabilidad por su propio bienestar. Si los ciudadanos han de crecer como seres políticos, si una sociedad ha de ganar su propia madurez, el pueblo no puede ser tratado como inmaduro y necesitado de algún remoto supervisor paternal –o cuasi-tutor, como diría Dahl–. En el Reino Unido, el legislativo, los partidos políticos y el pueblo cuentan con plenos poderes: si obtienes la mayoría en el Parlamento, puedes cambiar legalmente el tejido político y social del Estado, lo que supone un estímulo para los ciudadanos para participar y comprometerse. En los Estados Unidos, en cambio, el Congreso está en un estado perpetuo de minoría de edad y el pueblo sometido por un testamento que hicieron sus antepasados<sup>56</sup>.

Indica en este mismo sentido Bickel<sup>57</sup> que la revisión judicial, además de suponer un control contramayoritario contra el poder legislativo, a la larga puede llegar a debilitar seriamente el proceso democrático. Y ya Thayer<sup>58</sup> escribía a principios del siglo pasado que los legislativos se están acostumbrando a la desconfianza y a inhibirse de consideraciones de contención constitucional, cediéndolas a los tribunales, y «el pueblo, mientras tanto, se vuelve más despreocupado respecto a quienes le representan en el Congreso, demasiado a menudo votan a la ligera a hombres a quienes no confiarían un asunto privado importante, y cuando estas personas incompetentes aprueban leyes malas y absurdas y los tribunales intervienen y las dejan sin efecto, el pueblo se muestra contento de que estos caballeros de la judicatura, poco más sabios, estén tan dispuestos a protegerlos contra sus más inmediatos representantes [...] debería recordarse que el ejercicio de la revisión judicial, incluso cuando es insoslayable, implica siempre un importante perjuicio, a saber, que la corrección de los errores del legislativo procede desde el exterior, y de este modo el pueblo pierde la experiencia política, la educación moral y el estímulo que propor-

---

<sup>55</sup> BECKER, T. L., *Comparative Judicial Politics. The Political Functionings of Courts*, Chicago, Rand McNally, 1970, p. 228.

<sup>56</sup> Escribe en este sentido Waldron que el control judicial de constitucionalidad «es en parte una respuesta a los fallos detectados en las instituciones democráticas o en parte una respuesta al hecho de que mucha gente no toma en serio los derechos [...] así que necesitan un tribunal que lo haga por ellos» (WALDRON, J., «The Core of the Case against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, p. 1401).

<sup>57</sup> Vid. BICKEL, A. M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 21.

<sup>58</sup> Citado en BICKEL, A. M., *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 21-22.

ciona resolver las cuestiones por el procedimiento ordinario y corregir sus propios errores». Concluye por ello que «la proclividad a recurrir a este procedimiento, ahora lamentablemente demasiado común, empequeñece la capacidad política del pueblo y su sentido de responsabilidad moral»<sup>59</sup>.

En definitiva, otorgar la última palabra a los tribunales en relación con cuestiones básicas de justicia social y política, supone para algunos excluir a los ciudadanos de la participación en la actividad esencial de una comunidad política. Es más, hay quienes «sostienen que una sociedad que confía en los tribunales para tomar las decisiones importantes políticas y morales es una sociedad que ha perdido el contacto con lo que realmente significa el autogobierno»<sup>60</sup>. Así lo proclamaba Theodore Roosevelt en un discurso ante el Congreso de los Estados Unidos en 1908:

«No se debería permitir que el pueblo perdonara la legislación injusta y negligente en base a la teoría de que el tribunal la enderezará; debe enseñársele que la forma correcta de deshacerse de las malas leyes es que el legislativo las revoque y no que los tribunales la invaliden con ingeniosas argucias. Una ley puede ser desacertada e inadecuada, pero no debería ser por estas razones declarada inconstitucional conforme a una interpretación forzada, porque el resultado de tal acción implica despojar al pueblo en su conjunto su sentido de la responsabilidad y al final destruir su capacidad para su autorrestricción y su autogobierno disciplinado. Bajo un gobierno popular como el nuestro, fundado en la teoría de que en última instancia la voluntad del pueblo es suprema, la seguridad última de la Nación solo puede descansar en instruir y guiar al pueblo de modo que su voluntad será correcta y no en idear medios para frustrar su voluntad por medio de tecnicismos o interpretaciones forzadas»<sup>61</sup>.

Además, suele aducirse que la revisión judicial de constitucionalidad puede llevar a transformar los desacuerdos políticos y sociales en cuestiones técnico-legales, hasta el punto de que los parlamentarios

---

<sup>59</sup> Argumentos similares se esgrimieron en Suecia en 1974, a propósito del debate en relación con la aprobación del *Regeringsformen* (o Instrumento de Gobierno, una de las cuatro leyes que podrían calificarse de constitucionales) en el que los conservadores querían introducir un mecanismo de revisión judicial de constitucionalidad, a lo que se oponían los socialdemócratas. Estos advertían de que tal mecanismo pondría en riesgo la existencia misma de un Estado democrático avanzado, pues la revisión judicial tendería a debilitar la responsabilidad política compartida, convirtiendo la protección de los derechos y el gobierno democrático en un asunto de los tribunales e insinuando que los representantes electos del pueblo eran los presuntos maleantes que amenazaban estos derechos y libertades [HOLMSTRÖM, B., «Sweden», en Tate, C. N. y Vallinder, T. (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, p. 356].

<sup>60</sup> PACELLE, R. L., *The role of the Supreme Court in American politics. The Least Dangerous Branch?*, Boulder, Westview Press, 2002, p. 60.

<sup>61</sup> MURPHY, W. F., y PRITCHETT, C. H., *Courts, Judges and Politics. An Introduction to the Judicial Process*, Nueva York, Random House, 1961, p. 19.

no se decidan a entrar de lleno a legislar sobre cuestiones morales o políticas comprometidas por temor a que sus decisiones sean refutadas por un tribunal constitucional con el costo político que tal hecho les reportaría. Señala al respecto Goldsworthy<sup>62</sup> –recuperando un argumento esgrimido por quienes se mostraban contrarios a la aprobación de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982– que cuando los jueces tienen potestad para imponer derechos (o una determinada interpretación de los derechos), los antagonistas políticos se muestran más inclinados a resolver los desacuerdos por medio de la litigación que a través de la discusión y la búsqueda de compromisos.

Esto es así porque en ocasiones se polarizan y se amplifican determinadas pretensiones políticas que deberían ser susceptibles de desacuerdos razonables y resueltas políticamente hasta transformarlas en posiciones morales absolutas frente a las que no cabe oposición. En estos casos, la retórica de los derechos incentiva la asunción de que no hay más que una única respuesta correcta a cuestiones social, política o moralmente controvertidas y que cualquier discrepancia con dicha respuesta es incorrecta o incluso ilegítima y debería ser, por tanto, desautorizada. Y –como ya se ha señalado– la respuesta correcta será siempre la de los tribunales, nunca la de los parlamentos –esta es la razón por la que, conforme a Hiebert, los regímenes parlamentarios tipo Westminster han rechazado históricamente la idea de concebir los debates políticos como conflictos jurídicos para cuya resolución se precisa una intervención judicial (lo que no quiere decir que los derechos sean ajenos a estos regímenes ni que no estén protegidos por el Estado de Derecho, simplemente no van a ser concluyentes para determinar la validez de las decisiones legislativas)<sup>63</sup>–.

En esta línea, de forma indirecta, las prerrogativas de los tribunales constitucionales implican, además, otra consecuencia que tampoco suele señalarse con frecuencia pero que puede alterar también el juego democrático y que puede describirse así: «si un político quiere atacar las medidas de otro político de un modo que parezca no partidista, la acusación de que dicha medida es inconstitucional es la mejor apuesta»<sup>64</sup>. O, en palabras de Stone Sweet, «diciéndolo crudamente,

---

<sup>62</sup> Vid., GOLDSWORTHY, J., «Judicial Review, Legislative Override, and Democracy», cit., p. 272.

<sup>63</sup> Vid. HIEBERT, J. L., «Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?», *The Modern Law Review* vol. 69, núm. 1, 2006, p. 7. Quien, en otro lugar, escribe que el mensaje de la revisión judicial de constitucionalidad es que «existe una respuesta singular correcta u obviamente mejor en los conflictos de derechos y que únicamente los jueces pueden alcanzar esta respuesta. Este mensaje instila en la comunidad política un falso sentimiento de seguridad de que los jueces pueden objetivamente resolver complejos dilemas y, al mismo tiempo, dificulta que las comunidades políticas tomen en consideración y debatan perspectivas alternativas (HIEBERT, J. L., «Interpreting a Bill of Rights: The Importance of Legislative Rights Review», *British Journal of Political Science*, 35, núm. 2, 2005, p. 242).

<sup>64</sup> ROBERTSON, D., *The Judge as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*, Princeton, Princeton University Press, 2010, p. 7.

los tribunales constitucionales y la oposición están conectadas entre sí por un tipo de correa de transmisión judicializada. La oposición judicializa los procesos legislativos para ganar lo que de otro modo perdería en procesos «normales», no judicializados (por estar en minoría)<sup>65</sup>. Y también advierte Alexy, en este sentido, que podemos llegar al desatino de que quien, a partir de su concepción sobre la interpretación de los derechos fundamentales, logre convencer a un tribunal constitucional sobre la misma puede llegar a alcanzar lo que en un proceso político ordinario sería inalcanzable, haciendo prevalecer su concepción sobre las más importantes cuestiones sociales y políticas. Entonces, «una simple mayoría parlamentaria no puede conseguir nada, pues solamente el Tribunal Constitucional o la mayoría calificada exigida para las reformas constitucionales, respectivamente, pueden cambiar la situación»<sup>66</sup>.

Es cierto que, como señala Stone Sweet, las minorías parlamentarias podrían acatar los deseos de la mayoría, como el precio que debe pagarse por perder las elecciones; sin embargo, viendo la oportunidad de alterar el programa legislativo de la mayoría y como un medio de obtener concesiones por parte de esta, es razonable prever que la oposición «usará los recursos de inconstitucionalidad generosamente, toda vez que son armas potencialmente poderosas de oposición y que apenas les cuesta nada, en tanto que los gobiernos no pueden evitarlos y las decisiones del tribunal son vinculantes para la mayoría parlamentaria sin posibilidad de apelación». De este modo –continúa su razonamiento–, el poder judicial se entromete en la legislación, al tiempo que los legisladores ven reducido el alcance de su propia autoridad y discrecionalidad, no solo en los casos concretos en que una norma se ve anulada, sino también en el futuro, toda vez que tal práctica puede llegar a condicionarle e inducirle a autorrestringirse en adelante por miedo a las decisiones del tribunal<sup>67</sup>.

En vista de todos estos argumentos, en la actualidad hay una considerable literatura académica –especialmente en el mundo anglosajón– que explora las posibilidades de un modelo parlamentario de protec-

<sup>65</sup> STONE SWEET, A., *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 55.

<sup>66</sup> ALEXY, R., «Derechos fundamentales y derechos humanos», en VV. AA., *El Derecho contemporáneo. Lecciones fundamentales para su estudio*, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2004, p. 73.

<sup>67</sup> Y añade que «las mayorías gobernantes a menudo se quejan, después de una anulación, de que los jueces constitucionales han frustrado los principios democráticos y subvertido la soberanía legislativa. Sin embargo, cuando estos mismos partidos están en la oposición, no dudan en hacer uso del recurso de constitucionalidad y caracterizan sus victorias como fortalecimiento de los principios democráticos encarnados en la constitución. En general, encontramos más, no menos, litigios constitucionales con el tiempo, a lo largo de Europa, por la simple razón de que los individuos la encuentran útil para realizar sus propios intereses por medio de la revisión constitucional» (STONE SWEET, A., *Governing with Judges*, cit., p. 74).

ción de los derechos que sustituya al modelo judicial<sup>68</sup> (por medio de instrumentos como el *Joint Committee on Human Rights* británico, por ejemplo). Para sus proponentes, parece justificado que las cuestiones relativas a los derechos se mantengan y diluciden en manos del único foro que consideran democráticamente legítimo –el parlamento–, toda vez que hay conflictos persistentes e inevitables tanto sobre lo que son los derechos como sobre su interpretación o sobre cómo deberían aplicarse en circunstancias concretas y particulares, en los cuales están implicados juicios de valor que deberían ser resueltos por un poder que responda ante la ciudadanía<sup>69</sup> –y no se trata de un modelo únicamente académico, sino que está presente, con variantes, en algunas de las naciones con una mayor tradición democrática y de respeto a los derechos–.

Reflexiona al respecto Sadurski «¿están los derechos individuales mejor protegidos en los Estados Unidos que en los Países Bajos, en Alemania que en Suecia, en Canadá que en Australia o en España que en el Reino Unido? Como cualquier estudiante de constitucionalismo comparado sabrá, esta pregunta retórica insinúa que países sin revisión constitucional [...] protegen los derechos tan bien como, y a veces mejor que, aquellos con declaraciones de derechos fuertemente atrincheradas que permiten a los jueces derogar leyes inconstitucionales»<sup>70</sup>. Y Tushnet se pregunta «¿a qué se parecería un mundo sin control judicial de constitucionalidad?» A lo que él mismo responde que podría parecerse a la Rusia estalinista o también al Reino Unido que no tiene constitución escrita –o más bien habría que decir constitución codificada– o a los Países Bajos que sí la tienen pero que los tribunales no pueden imponer. Estos dos estados serían, a su juicio, ejemplos de que es posible desarrollar sistemas políticos en los que los derechos individuales son garantizados sin necesidad de recurrir a un control de constitucionalidad como el existente en los Estados Unidos, sobre el que opina que si se suprimiera «nuestro comportamiento político podría cambiar de tal forma que se podría posibilitar un mayor autogobierno»<sup>71</sup>.

Ahora bien, para que este ideal de autorregulación y de protección parlamentaria de los derechos sea efectivo es imprescindible que el poder legislativo se dote de los instrumentos, los controles y los procedimientos adecuados para tal fin. Por ello, el propio Waldron<sup>72</sup>, tan

---

<sup>68</sup> HUNT, M., «The Impact of the Human Rights Act on the Legislature: A Diminution of Democracy or a New Voice for Parliament?», *European Human Rights Law Review*, núm. 6, 2010, p. 602.

<sup>69</sup> Vid. BELL, J., *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 214.

<sup>70</sup> SADURSKI, W., «Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, núm. 2, 2002, pp. 275-276.

<sup>71</sup> TUSHNET, M., *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., p. 163.

<sup>72</sup> Vid. WALDRON, J., «Compared to what? Judicial activism and New Zealand's Parliament», *The New Zealand Law Journal*, núm. 11, 2005, pp. 442-444.

crítico con la revisión judicial de las decisiones parlamentarias en un sistema como el estadounidense, considera esta práctica, en cambio, pertinente en su propio país, Nueva Zelanda, donde, a su juicio, el parlamentarismo adolece de graves defectos.

Señala en este sentido que en los Estados Unidos hay instituciones legislativas independientes, tanto estatales como federales, la mayoría bicamerales, y todas ellas con complejos mecanismos de control y contrapeso del proceso legislativo que no están presentes en Nueva Zelanda, que cuenta con un parlamento unicameral que ha virado hacia procedimientos legislativos por la vía rápida muy desafortunados en relación con los estándares mundiales y que lo convierten en el juguete del ejecutivo. Hasta tal punto el sistema parlamentario estaría en manos del gobierno, que sostiene que no se puede hablar en su país de soberanía parlamentaria, sino más bien de lo que él califica como soberanía del ejecutivo parlamentario. Y, a su juicio, una cosa es defender el activismo judicial contra una genuina soberanía parlamentaria y otra defenderlo contra la soberanía del ejecutivo parlamentario.

Justifica esta aseveración exponiendo que hay dos modos de defender el activismo judicial contra la soberanía parlamentaria. Uno de ellos se fundamenta en lo que se considera como el deber inherente de los tribunales de salvaguardar los derechos fundamentales, y conforme a esta concepción los jueces tendrían este deber independientemente de cuál sea la calidad del proceso legislativo. Waldron, como es notorio, no comparte esta opinión, no cree que los tribunales tengan un deber inherente de proteger los derechos contra el poder legislativo, especialmente si tenemos en cuenta que los derechos mismos son controvertidos, por lo que las discrepancias sobre su interpretación y aplicación a supuestos concretos deberían ser dirimidas por medio del debate y la votación entre el pueblo y sus representantes, toda vez que para él los parlamentos no son inherentemente incapaces de abordar responsablemente las cuestiones referidas a los derechos.

Ahora bien, existe otro modo de defender el activismo judicial que consistiría en afirmar que mientras que en un mundo ideal la legislación parlamentaria no debería poder ser impugnada por el poder judicial, en el mundo real en ocasiones los procedimientos legislativos se han empobrecido tanto que se precisa algún filtro o control que podría estar en manos de los tribunales. En este caso, la responsabilidad de los tribunales no será inherente, sino comparativa, y sí podría estar justificada. Conforme a este argumento, por ejemplo, en los Estados Unidos, con un sistema parlamentario que en opinión de Waldron está dotado de todo tipo de controles y filtros, no es necesario que las leyes sean depuradas nuevamente por los tribunales; en Nueva Zelanda, donde no están presentes esos controles y filtros, donde una ley se puede aprobar en un día, donde no hay debates deliberativos apropiados, donde la legislación no es independiente del ejecutivo, etc., se hace, en cambio, necesario una segunda instancia que examine y con-



trole la decisión del legislativo. Esta instancia podría ser una segunda cámara, como la que existe en la mayoría de los países democráticos, o el veto presidencial o la revisión judicial de los que normalmente disponen los sistemas unicamerales.

No obstante, todos estos controles y filtros, con ser imprescindibles, no son suficientes para garantizar por completo que la legislación sea verdaderamente representativa de la opinión y el sentir de la ciudadanía y para que promueva sus intereses y proteja sus derechos, algo más hace falta, una ciudadanía consciente, vigilante, que se involucre en los asuntos públicos, que esté atenta a las decisiones de sus representantes y que reaccione frente a los posibles abusos de poder –como escribiera en 1790 el juez y político irlandés John Curran, «la condición bajo la cual Dios ha dado la libertad al hombre es la vigilancia eterna»–<sup>73</sup>.

Reconoce así Sadurski<sup>74</sup> que cuando argumentaba que no es posible sostener que en los países sin revisión judicial de constitucionalidad de las leyes los derechos estén peor protegidos que en aquellos que sí disponen de dicho mecanismo, para que dicha conclusión fuera legítima tendrían que ser iguales el resto de las circunstancias y que la única variable fuera la presencia o ausencia del control judicial. Sin embargo, añade que la condición de *ceteris paribus* nunca es satisfecha en comparaciones entre diferentes países y puede haber otros factores que afecten significativamente a nivel de la protección de los derechos, tales como la naturaleza del sistema político, la tradición, la cultura política o las actitudes sociales que en países como Suecia, Australia, el Reino Unido o los Países Bajos compensan la ausencia de dicho control judicial de constitucionalidad.

---

<sup>73</sup> No obstante, esta función de vigilancia también podría ejercerla directamente el pueblo de un modo institucionalizado por medio de, por ejemplo, un referéndum. Considero, en este sentido que merece la pena ser explorado un modelo en el que las decisiones legislativas pudieran ser revisadas y, llegado el caso, impugnadas por un órgano de carácter judicial pero cuya decisión, sin embargo, no fuera final, sino que ante la discrepancia en la interpretación de los derechos o de los preceptos constitucionales entre los poderes legislativo y judicial fuera la ciudadanía, como titular de la soberanía popular y, por tanto, origen último de ambos poderes, quien tuviera la última palabra. Se salvaría así también la distinción que hace Ackerman en el marco de su descripción de la «democracia dualista» entre las decisiones tomadas por el pueblo (que se producen raramente) y las decisiones tomadas por sus gobiernos (que tienen lugar a diario). Estas últimas, incluso las que tienen rango de ley aprobada mayoritariamente por el parlamento democráticamente elegido no deberían –a su juicio– poder anular los «juicios ponderados previamente formulados por el pueblo» (ACKERMAN, B., *We the people I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2015, pp. 24-25). De este modo, si existe discrepancia entre el parlamento y el tribunal constitucional o supremo sobre si estas decisiones legislativas contravienen tales juicios ponderados previamente formulados por el pueblo, sería este mismo directamente, sin intermediarios y, sobre todo el pueblo del presente, no el del pasado, quien se manifestaría al respecto.

<sup>74</sup> Vid. SADURSKI, W., «Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights», cit., pp. 275-276.

Dahl, por su parte, se muestra igualmente convencido de que entre los países democráticos maduros, donde las condiciones para la democracia son favorables, las diferencias en los derechos y libertades no se pueden atribuir a las diferencias en sus respectivos sistemas constitucionales. Ahora bien –se pregunta–, si no se trata de los sistemas constitucionales, ¿entonces de qué? La respuesta «se encuentra, creo, en las diferencias en las historias nacionales, culturas políticas y percepciones de las amenazas internas y estratégicas. Si es este el caso, un país democrático no puede entonces depender de sus sistemas constitucionales para la preservación de sus libertades. Depende solamente de las convicciones y culturas compartidas por sus élites culturales, legales y políticas, y por los ciudadanos ante quienes estas élites son responsables»<sup>75</sup>.

Y escribe también al respecto Griffith que mucho más que del poder judicial, nuestras libertades dependen de la disposición de la prensa<sup>76</sup>, los políticos y otros agentes a denunciar su violación, así como de la falta de inmunidad de los cargos y funcionarios públicos y de las poderosos intereses privados frente a las acusaciones de que estas libertades están siendo infringidas. En otras palabras, «dependemos mucho más del clima político y de la vigilancia de estos miembros de la sociedad que por distintas razones, unas políticas y otras humanitarias, se preocupan por buscar que las autoridades públicas permanezcan en sus límites propios prescritos por la ley; [...] que a los jueces también se les puede pedir que los mantengan [dentro de tales límites] no deja de tener importancia, pero los jueces no son [...] los más relevantes defensores naturales de la libertad»<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> DAHL, R., *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 108.

<sup>76</sup> Coincide Bell en que «la ausencia de un tribunal constitucional con poder para derogar leyes que violan derechos fundamentales muestra hasta qué punto el guardián primario de los derechos es la conciencia de los las instancias decisorias colectivas. Una prensa libre es el principal modo en el que estos son protegidos» (BELL, J., *op. cit.*, p. 214). Esta era la opinión también de los constituyentes españoles de 1812 quienes –como nos ilustra Ruiz– la garantía constitucional contra una ley injusta la apostaban al contrapeso institucional del veto regio y también a la opinión pública, por eso la libertad de prensa era esencial y se reconocía por primera vez en España. En efecto, «para algunos de los padres de esa constitución [...] el escrutinio de la ley consiste en una crítica razonada y reflexiva ejercida con vigilancia constante por la opinión pública, auténtico parlamento de papel, a fin de que las Cortes no traspasen los límites constitucionales [...] teniendo en cuenta que opinión pública no es solo la que se manifiesta sobre el contenido de las decisiones adoptadas por el legislador, sino también la que se pronuncia sobre las razones que han guiado a los representantes de la nación. [...] La publicidad de los debates devenía así una garantía instrumental del control de la opinión pública sobre el legislador, pues se trataba de controlar en todo momento la rectitud de intenciones de los representantes (RUIZ RUIZ, J. J., «Leyes inconstitucionales y autocontrol parlamentario en la Constitución de 1812», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96, 2012, pp. 203-204).

<sup>77</sup> GRIFFITH, J. A. G., *The Politics of the Judiciary*, cit., p. 342.

## CONCLUSIONES

En este trabajo se ha tratado de dar cuenta –de manera necesariamente sucinta– del debate en relación a la denominada «objeción contramayoritaria» y más específicamente de lo que en ocasiones se denomina «constitucionalismo popular»<sup>78</sup> o «modelo parlamentario de protección de los derechos»<sup>79</sup>, para cuyos proponentes los jueces han arrebatado la constitución de las manos del pueblo, quien debería ser el intérprete autorizado de la misma, teniendo en cuenta que fue su creador. Además, aducen estos que la jurisdicción constitucional como institución no es algo evidente en una democracia, pues algunas de las democracias más consolidadas y estables protegen los derechos de los ciudadanos sin recurrir a tribunales constitucionales o instituciones similares y, sin embargo, no parece que en estos estados los derechos corran riesgo. Para Hiebert<sup>80</sup> este modelo se caracteriza por intentar salir al encuentro de dos preceptos básicos del sistema estadounidense: que solo los tribunales determinan los méritos de la legislación donde hay derechos implicados y que los principios constitucionales se ven comprometidos si un legislativo actúa de un modo que contradice o altera la definición judicial de un derecho constitucional.

Porque, en efecto, cuando se afirma que una determinada norma legislativa debe ser declarada inconstitucional por vulnerar un derecho o cualquier otro precepto de la norma suprema, dicha vulneración no es siempre evidente ni compartida unánimemente, sino que, con frecuencia, dicho derecho o precepto supuestamente vulnerado admite distintas interpretaciones conforme a algunas de las cuales la norma impugnada podría ajustarse al texto constitucional y, por tanto, continuar perteneciendo al ordenamiento jurídico. En estos casos ¿por qué siempre habría de prevalecer la interpretación forjada por del órgano judicial en lugar de la del parlamento?

Por eso parece interesante explorar otros argumentos doctrinales no tan conocidos y otras experiencias jurídico-constitucionales que se apartan de la doctrina o la práctica mayoritaria en estos momentos. En este sentido, y por las razones expuestas en estas páginas, coincido con Hunt<sup>81</sup> en que la protección efectiva de los derechos requiere que tanto los tribunales como los legislativos jueguen un rol significativo a la hora de velar por el respeto de los derechos funda-

---

<sup>78</sup> BENÍTEZ, V. F., «Jueces y democracia: entre Ulises y los cantos de sirenas», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, núm. 117, 2012, p. 381.

<sup>79</sup> HIEBERT, J. L., «New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?», *Texas Law Review*, vol. 82, núm. 7, 2004, p. 1963.

<sup>80</sup> *Vid. ibidem.*

<sup>81</sup> *Vid. HUNT, M., «The Impact of the Human Rights Act on the Legislature», cit., p. 602.*

mentales y, en general del ordenamiento constitucional. Me parece atinada, por ello, la solución de compromiso que ha surgido en las últimas décadas entre la doctrina y también en la práctica política, una fórmula intermedia entre parlamentarismo y constitucionalismo clásico que se ha venido en llamar «constitucionalismo débil»<sup>82</sup> (o también *Commonwealth model of constitutionalism*) que, con variantes, trata de buscar un diseño institucional que respete el valor del procedimiento democrático y reserve la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria pero que, al mismo tiempo, se sirva de las bondades y las ventajas instrumentales del control judicial de constitucionalidad<sup>83</sup>.

Ejemplo de este modelo son los sistemas neozelandés, británico y canadiense (junto a los adoptados en el Territorio de la Capital Australiana y en el estado australiano de Victoria) donde la adopción de sus respectivas cartas no ha significado el triunfo del modelo de revisión judicial de estilo norteamericano, sino una «mezcla alternativa o híbrida de formas política y judicial de constitucionalismo»<sup>84</sup>, que se caracteriza, por un lado, por la adopción de un control político previo de la legislación en relación a los derechos y, por otro, por la potestad del parlamento para disentir con la interpretación judicial de los mismos<sup>85</sup>.

Señala al respecto Bayón que la intervención de los jueces constitucionales dentro de un diseño de constitucionalismo débil puede dar pie a una forma de diálogo institucional que aumente la calidad deliberativa de los procesos de decisión, pero no imponiendo al legisla-

---

<sup>82</sup> «Weak judicial review», un término acuñado por Mark Tushnet conforme a Harel y Shinar (HAREL, A., y SHINAR, A., «Between judicial and legislative supremacy», cit., p. 958).

<sup>83</sup> Vid. LOPERA MESA, G. P., «La problemática legitimidad de la justicia constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2, 2001, p. 254.

<sup>84</sup> HIEBERT, J. L., «Parliamentary Bills of Rights», cit., p. 9.

<sup>85</sup> Concretamente, en estos estados se ha aprobado en fechas relativamente recientes sendas cartas de derechos que conceden cierto papel de vigilancia del respeto a los derechos y demás preceptos constitucionales a los tribunales pero que otorgan a los legislativos la última palabra a la hora de interpretarlos y de decidir si la legislación es o no compatible con los mismos. Así, en Nueva Zelanda, el papel del poder judicial se limita a imponer interpretaciones de la legislación que sean respetuosas con esos derechos, pero no tiene potestad para invalidar una norma que finalmente no pueda de ningún modo ser interpretada conforme a los mismos ni tan siquiera para hacer una declaración de incompatibilidad al respecto. En el Reino Unido, los tribunales, además de imponer interpretaciones conformes a los derechos, pueden emitir una declaración de incompatibilidad cuando tal interpretación no sea posible —si bien, no disponen de potestad para anular la legislación—. Finalmente, el sistema donde más prerrogativas se le han concedido al poder judicial es el canadiense, donde, a pesar de que no se reconoce explícitamente tal facultad, los tribunales se arrogaron la potestad de invalidar la legislación contraria a los derechos; sin embargo, el poder legislativo, conforme a la llamada «cláusula derogatoria» puede derogar dicha declaración de incompatibilidad y restaurar el vigor de la legislación impugnada —o «preventivamente» puede declarar que una norma entrará en vigor a pesar de lo dispuesto en la carta de derechos.

dor ordinario sus puntos de vista acerca de cuestiones relativas a la concreción de los derechos sobre los que existen desacuerdos razonables, sino haciéndole ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tener en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones, forzándola de ese modo a reconsiderarlas, pero no necesariamente a abandonarlas<sup>86</sup>–.

---

<sup>86</sup> *Vid.* BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos», cit., p. 73.