

# **SOBRE LOS COMETIDOS Y FÓRMULAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

Marian Ahumada

*Profesora Titular de Derecho Constitucional,  
Universidad Autónoma de Madrid*

## I. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA GLOBALIZACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Si el éxito de una institución se mide por su difusión, por su presencia extendida en todo el mundo, no hay duda de que los tribunales constitucionales son una institución extraordinariamente exitosa. Tras la segunda guerra mundial, en cincuenta años, pasaron de ser un experimento en unos pocos sistemas parlamentarios en Europa a ser replicados en todo el mundo, hasta convertirse en una institución típica, común en cualquier país que cuente con una Constitución. Aunque en su sentido original y estricto, los tribunales constitucionales son órganos creados *ad hoc* para el ejercicio de la jurisdicción constitucional (en la que se resuelven cuestiones constitucionales sometidas al tribunal a través de específicos procedimientos constitucionales), con características en su forma y composición que los distinguen de otros tribunales, en la actualidad el término se emplea genéricamente para referirse a los tribunales con competencia para decidir en última instancia cuestiones constitucionales y con autoridad para fijar doctrina constitucional. En este sentido más amplio, un tribunal supremo con jurisdicción constitucional es, por tanto, también un tribunal constitucional<sup>1</sup>.

La globalización de la justicia constitucional, como quiera que la describamos, es un fenómeno del último cuarto del siglo xx, que coincide con la expansión del control de constitucionalidad a través del sistema de los tribunales constitucionales. Se trata de un desarrollo impulsado por sucesivas olas de democratización, en el curso de las cuales se adoptan nuevas constituciones o se modifican las viejas, y en todas se incluye alguna forma de control de constitucionalidad. El constitucionalismo democrático contemporáneo ha hecho suya la premisa de la normatividad y supremacía de la constitución, aunque esto no haya implicado la aceptación del derivado “natural” de esta premisa: el control de constitucionalidad de las leyes por los mismos jueces encargados de aplicarlas. Por el contrario, en el mapa global de la justicia constitucional, la *judicial review of legislation* al modo

---

1 Según los datos de un estudio publicado en 2013 por T. Ginsburg y M. Versteeg, si en 1951 eran alrededor de un 38% los sistemas constitucionales que contemplaban alguna forma de control de constitucionalidad, en 2011 el 83% de las constituciones del mundo atribuyen a tribunales la competencia de controlar el cumplimiento de la constitución y declarar la inconstitucionalidad de la legislación que la contradice. T. Ginsburg y M. Versteeg, “Why Do Countries Adopt Constitutional Review?”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 30, No. 3 (2013) p. 587. La Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, un foro de encuentro de jueces constitucionales creado en 2009 y auspiciado por la Comisión de Venecia, reúne en la actualidad a 118 tribunales y consejos constitucionales, salas constitucionales y tribunales supremos con competencias de control constitucional de los cinco continentes. La información relativa al año 2022 en la página web de la Comisión de Venecia (Consejo de Europa): [https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02\\_WCCJ&lang=EN](https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ&lang=EN)

americano sigue siendo una práctica minoritaria ¿Cómo explicar la preferencia mayoritaria por un sistema menos experimentado, frente a la larga tradición que representa la *judicial review*? Más precisamente, ¿qué ventajas han favorecido el establecimiento de los tribunales constitucionales y de qué modo esto ha repercutido en la globalización de la justicia constitucional?

Contamos a estas alturas con una variedad de teorías para explicar el éxito de los tribunales constitucionales. Todas ellas son elaboraciones en retrospectiva, porque si nos situamos en los años 50, cuando se restablece el tribunal constitucional austríaco y entran en funcionamiento los nuevos tribunales constitucionales alemán e italiano y el consejo constitucional francés, todo lo concerniente al futuro del funcionamiento de esta jurisdicción era incierto; y en cuanto a los antecedentes, la breve historia de los tribunales constitucionales de entreguerras podía ser aleccionadora, pero escasamente alentadora. En las constituciones de la inmediata posguerra, la nueva jurisdicción constitucional tiene encomendada la garantía de la constitución y los derechos y libertades fundamentales frente a cualquier amenaza procedente de los poderes públicos o de las mayorías representadas en las asambleas legislativas.

Esta orientación y la experiencia del totalitarismo, persuadieron a las fuerzas políticas de izquierda para apoyar esta vez la introducción del control de constitucionalidad de las leyes, al que en el pasado se habían opuesto en el pasado, en vista de la experiencia de Estados Unidos, donde la *judicial review* había funcionado como un instrumento al servicio del mantenimiento del *statu quo*, aplicado a la garantía de los derechos de propiedad, los derechos económicos adquiridos y la libertad contractual y había servido para obstaculizar múltiples intentos de intervención pública en la economía y en el mercado laboral, para invalidar programas y medidas de legislación social estatales y federales y en conjunto, para dificultar el tránsito hacia el Estado de bienestar más elemental<sup>2</sup>. En el escenario de la Guerra Fría, la determinación de cerrar el paso a cualquier involución totalitaria condicionó el contenido de las nuevas constituciones y perfiló la misión de los tribunales constitucionales que contribuiría a sellar el pasado autoritario. Los tribunales constitucionales son en este momento instituciones post-autoritarias, que se instalan en los países que transitan a la democracia, mientras que aquellos que no han sufrido quiebras democráticas graves mantienen en el siglo xx el sis-

---

2 Eduard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 1921, Paris : Giard (reimpresión 2005, Paris: Dalloz, con prefacio de F. Moderne).

tema parlamentario clásico que deja al legislador la garantía básica, política, de la Constitución<sup>3</sup>.

La circunstancia histórica que condiciona la introducción de los tribunales constitucionales en Europa y la experiencia de su contribución a la consolidación democrática, aunque no son las que explican su éxito posterior, sí proveen de una primera y valiosa prueba de su utilidad y funcionalidad. El Tribunal Constitucional alemán ha sido y es un modelo extraordinariamente influyente. Pero como indicábamos antes, hay una variedad de teorías que elaboran las razones de la rápida adaptación e integración de este nuevo órgano en el esquema constitucional.

Algunas de estas teorías, de carácter más “idealista”, ponen en primer plano la virtud de la congruencia del diseño de estos tribunales con la misión que están llamados a desempeñar como garantes de la constitución, y no solo, ni específicamente, en entornos de transición a la democracia. En gran medida, estas teorías hacen suya la reivindicación de Kelsen que consideraba que el sistema de garantía de la constitución y del control de constitucionalidad a través de tribunales constitucionales superaba inconvenientes manifiestos de la *judicial review*. Según esto, el sistema centralizado de control podía presentarse como una versión perfeccionada del sistema original americano –nacido de forma espontánea y azarosa y desarrollado de modo relativamente desordenado e impredecible, en ausencia de previsión constitucional o desarrollo legal–. En suma, un sistema alternativo a la *judicial review* que se amoldaba a las condiciones de los sistemas jurídicos y judiciales de los países de Europa continental y, más en general, de *civil law*<sup>4</sup>. La previsión de procedimientos específicos para el control de constitucionalidad, la selección de los legitimados para instarlo, la regulación de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad (buscando preservar la seguridad jurídica y la certeza del derecho), hacen del control una función estatal racionalizada, positivizada, previsible y limitada<sup>5</sup>, en definitiva, una suerte de *judicial review* bien ordenada. El diseño de los primeros tribunales constitucionales de los años 50 aprende de los errores del ensayo de entreguerras respecto de los que puede considerarse una versión mejorada y actualizada. La introducción en Alemania

---

3 F. Rubio Llorente, “Seis Tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa” [1991], en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Vol. III. 2012, Madrid: CEPC, pp. 1327-28.

4 Hans Kelsen, “El control judicial de la legislación. Un estudio comparativo de las constituciones austríaca y americana” [1942], incluido en *Escritos sobre Justicia constitucional* (trad. J.L. Requejo), Madrid: Tecnos, 2021, pp. 321-342.

5 P. Cruz Villalón, “La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)”, pp. 32-33.

del recurso o demanda individual (amparo) para la garantía constitucional de los derechos fundamentales ante el tribunal constitucional, tendrá enorme repercusión en la evolución ulterior de esta jurisdicción<sup>6</sup>.

Sin desdeñar las virtudes del diseño de los procedimientos constitucionales, otras aproximaciones al análisis de las ventajas del sistema de los tribunales constitucionales, ponen énfasis en el acierto que supuso para la buena digestión del control de constitucionalidad por los sistemas parlamentarios, la decisión de mantener a los jueces ordinarios apartados de la controversia política, desviando y concentrando las cuestiones de constitucionalidad en el tribunal singular que es el tribunal constitucional<sup>7</sup>. A pesar de que la visión kelseniana del “legislador negativo” ha sido frecuentemente criticada, lo cierto es que, en general, se ha considerado adecuado establecer alguna forma de conexión entre el tribunal constitucional y el parlamento, bien como vía de legitimación democrática indirecta del órgano de control de leyes, bien para favorecer a la larga la “concordancia entre la jurisprudencia constitucional y la dirección política del Estado”<sup>8</sup>.

Por su forma y su composición, el tribunal constitucional es muy distinto de los órganos judiciales colegiados tradicionales: sus miembros son juristas de variada procedencia (no solo jueces de carrera), que acceden a este tribunal mediante un procedimiento de designación en el que participan órganos políticos (con intervención habitualmente determinante del parlamento), con un mandato temporal, para permitir la periódica renovación del órgano<sup>9</sup>. A todas luces se trata de un órgano nuevo, ni estrictamente judicial ni político, una indefinición que ha alimentado la discusión sobre su “naturaleza”. No obstante, en la comparación con el Tribunal Supremo estadounidense, que indudablemente sirvió de inspiración, se ponen de manifiesto algunos parecidos relevantes. No solo en relación con la intervención de órganos políticos en la designación de los jueces constitucionales,

---

6 Sobre el recurso individual (amparo) y la novedad que entraña en el diseño, F. Rubio Llorente, “Seis Tesis sobre la jurisdicción...” cit. en nota 3, p. 1138-1344. Ni Italia, ni Francia introducen el recurso de amparo por lesión de derechos.

7 Vid. K. von Beyme, en Ch. Landfried (ed.), *Constitutional Review and Legislation*, Nomos, Baden-Baden (1989), pp. 32-34.

8 F. Rubio Llorente, Seis Tesis, cit. nota 3, pp. 1329-1330.

9 Esta es una descripción que debe ser matizada en relación con cada sistema constitucional y las variaciones posibles son muchas. En el Consejo Constitucional francés no todos los integrantes son necesariamente juristas. En algunos países el mandato de los jueces constitucionales dura hasta la edad de jubilación, de modo que no es propiamente un mandato temporal. En algunos países se aseguran puestos a jueces.

sino también por el tamaño reducido, que hace posible la decisión de asuntos por el Pleno, y por el alcance general de su jurisdicción, no circunscrita a un orden jurisdiccional especializado. Este conjunto de características hace del tribunal constitucional un órgano jurisdiccional más apropiado que cualquier otro tribunal para actuar como órgano supremo de garantía del ordenamiento jurídico-constitucional, una instancia de resolución de cuestiones constitucionales y creadora de doctrina constitucional, encargada de guiar a los jueces en la interpretación y aplicación de la Constitución<sup>10</sup>.

Otros motivos que tampoco tienen que ver con el acierto del diseño, sino con el contexto histórico en el que se introducen los tribunales constitucionales de posguerra, sirven como justificación adicional. La desconfianza en gobiernos, en parlamentos y mayorías que se revelaron capaces de terribles abusos contra los derechos más básicos no se tradujo en mayor confianza en jueces que aplicaron con normalidad las leyes del régimen autoritario. En la situación de desconfianza en las instituciones —en los políticos y en los jueces del período anterior—, poder seleccionar a los jueces encargados de la garantía de la nueva legalidad constitucional y de interpretar con autoridad la constitución entre juristas fuera de sospecha, es una indudable y oportuna ventaja. Dicho de otra manera, la creación de un nuevo tribunal compuesto por jueces constitucionales elegidos por órganos comprometidos con la construcción de la democracia neutraliza el riesgo inherente a mantener a los jueces del período no democrático, y evita tener que indagar sobre su real adhesión a la nueva legalidad constitucional<sup>11</sup>. A lo anterior se ha sumado en ocasiones el argumento —rápidamente aceptado aunque implique una considerable dosis de prejuicio— de que el juez de los códigos no está adecuadamente preparado para el tipo de interpretación que demanda la constitución y, en esa medida, tampoco para la resolución de los conflictos constitucionales<sup>12</sup>.

---

10 Cappelletti se refiere a la estructura típica de los Tribunales Supremos en Europa Continental, que son órganos enormes comparados con el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Compuestos por Salas que operan separadamente según la división por órdenes jurisdiccionales, y aún dentro de las Salas diversas secciones. Este tipo de Tribunal Supremo, jamás decide en pleno. Vid. *The Judicial Review in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 142-143.

11 La destitución de jueces de altos tribunales ha sido práctica habitual en los cambios de régimen. P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985 esp. 107-109 y 195 y ss. Una indagación en la ideología del Tribunal Supremo español confrontada con la nueva realidad constitucional, en F. Bastida, *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura*, Ariel, Barcelona, 1986.

12 M. Cappelletti *Comparative Constitutional Law*, cit., p. 81 (quizá basándose en la experiencia italiana del control difuso en los años previos al establecimiento de la Corte Constitucional).

Las anteriores consideraciones abonan la idea de que los jueces constitucionales deben tener, además de convicciones democráticas, cierta “visión política”, al menos en el sentido de ser conscientes de las consecuencias políticas de sus decisiones, un factor que ha de estar integrado en el juicio de constitucionalidad. Finalmente, en los contextos de transición y con la vista puesta en la fase posterior, los actores políticos identifican a los tribunales constitucionales como órganos con poder de veto, por tanto, un recurso de interés estratégico para quienes se encuentran en la oposición, esto es para cualquier fuerza política que no gane las elecciones<sup>13</sup>.

Los análisis que explican a partir de un enfoque práctico, funcional o estratégico, las ventajas del sistema de los tribunales constitucionales y las razones de su éxito, no necesitan enfrentar la incongruencia –teórica– en la que se incurre cuando se justifica la introducción del control de constitucionalidad por razón de la supremacía normativa de la constitución pero se rechaza la *judicial review*: si la constitución es derecho aplicable, jerárquicamente superior al resto de normas ¿por qué no se reconoce a los jueces la competencia para resolver por sí mismos sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la ley con la constitución? Es conocido que Kelsen aducía motivos de seguridad jurídica para rechazar el control judicial. Sin embargo, la práctica extendida de reconocer a los jueces ordinarios una intervención más o menos amplia en el control de constitucionalidad de las leyes –atribuyéndoles el control del derecho preconstitucional, el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, o sencillamente, demandándoles una interpretación de las leyes en armonía con la constitución– ha ido restando fuerza a ese argumento. El caso es aún más débil en el ámbito de la Unión Europea, donde los jueces ordinarios, para garantizar la primacía del derecho europeo, están obligados a inaplicar las normas nacionales que lo contradigan con independencia de su rango, esto es, leyes incluidas. Tienen, por tanto, la competencia de *judicial review*, aunque no para el control de constitucionalidad.

En definitiva, en la decisión de establecer un tribunal constitucional priman las razones prácticas y funcionales sobre las “idealistas”, las puramente fundadas en

---

El argumento es problemático si tenemos en cuenta que normalmente los tribunales constitucionales incluyen un número más o menos amplio de miembros que proceden de la judicatura, aunque siempre se puede sostener que se trata de jueces que reúnen especiales condiciones. Víctor Ferreres se refiere a la “natural timidez” del juez continental europeo en *Constitutional Courts and Democratic Values*, pp. 71-79.

13 Según Ginsburg y Versteeg, la teoría de la incertidumbre electoral ofrece seguramente la explicación más convincente de la aceptación del tribunal constitucional por los actores políticos. Vid. en “Why Do Countries Adopt Constitutional Review?” cit. en nota 1, p. 588.

la bondad en sí de la institución. La opción de introducir un tribunal constitucional es, en primer lugar, una decisión política, y el cálculo político también está presente a la hora del diseño concreto de la jurisdicción y los procedimientos constitucionales. Establecer un tribunal constitucional es, desde todos los puntos de vista, la forma más sencilla de articular la función del control de constitucionalidad en nuevas democracias. En democracias consolidadas la experiencia con los tribunales constitucionales europeos más experimentados muestra la complejidad de la relación entre jueces ordinarios y tribunal constitucional y la tendencia de estos órganos a asumir el rol de tribunales supremos.

Todavía resta hacer referencia a una última cuestión ¿cómo se conectan los fenómenos de la expansión de la justicia constitucional con el sistema de los tribunales constitucionales y la globalización de la justicia constitucional? La aprobación de nuevas constituciones con tribunales constitucionales en los años cincuenta coincide en el tiempo con la formación en Europa de dos organizaciones internacionales regionales que tendrán enorme proyección: el Consejo de Europa y la Comunidad Económica Europea, germen de la futura Unión Europea. Es una época de intensísima actividad internacional todavía bajo el influjo de la creación de la ONU y la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuyos principios y valores se reflejan en las constituciones de posguerra. En este clima, los tribunales constitucionales van a potenciar la apertura del derecho constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. Hay una innegable vertiente internacional en las constituciones democráticas. Estas constituciones no se limitan a ser la norma constitutiva de una comunidad determinada, sino que establecen un vínculo de la comunidad con otra más amplia, la de las naciones democráticas, unida por el común denominador de los principios democráticos y los derechos humanos. Ninguna sorpresa, entonces, si los tribunales que tienen encomendada la garantía de la constitución miran hacia fuera en busca de experiencia y conocimiento a la hora de la interpretación de los principios y derechos constitucionales. La referencia a casos o soluciones adoptadas en otros países democráticos es una estrategia recurrente de los tribunales constitucionales que encuentran en ello una vía, no sólo de apoyo para la fundamentación de sus decisiones, sino también de legitimación, en particular cuando se encuentran en la situación de decidir en contra de “la opinión de la mayoría”<sup>14</sup>.

---

14 Los Tribunales Constitucionales de Sudáfrica y Hungría declararon la inconstitucionalidad de la pena de muerte basándose no en la letra de la Constitución sino en la opinión más extendida entre la comunidad internacional de las naciones democráticas, después de referirse extensamente al derecho y la jurisprudencia extranjeros. Los comentaristas coinciden en apreciar que la mayor parte de la población en ambos países no estaba en contra de mantener la pena capital, sino todo lo contrario.



El fenómeno de la internacionalización de la jurisprudencia constitucional adquiere entonces un significado profundo. Los tribunales constitucionales conforman una comunidad epistémica que refuerza sus vínculos a través del diálogo y la cooperación con el resultado de la extendida aceptación de criterios de enjuiciamiento comunes en muchas materias constitucionales, pero sobre todo en materia de derechos. A su vez, a los tribunales internacionales encargados de la garantía de derechos reconocidos en cartas y tratados internacionales se les reconoce la condición de tribunales constitucionales supranacionales. De este modo se va conformando la red de la justicia constitucional global.

## II. TENDENCIAS EN LA EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Siete décadas después de su entrada en funcionamiento en unos pocos países europeos, el esquema de justicia constitucional desarrollado por el constitucionalismo de posguerra está hoy enormemente difundido. Ha demostrado su capacidad para contribuir a la consolidación de nuevas democracias constitucionales, para garantizar la normatividad de las constituciones y se ha afirmado como una auténtica alternativa al sistema original de *judicial review*, más sencilla de establecer. La variedad de diseños de la justicia constitucional actualmente en funcionamiento confirma la plasticidad y capacidad de adaptación de esta institución de garantía a las demandas de diversos tipos de sistemas constitucionales.

La jurisdicción constitucional sigue evolucionando. Si en los años cincuenta se define, ante todo y en primer término, como jurisdicción orientada al control de constitucionalidad de leyes (y, en los Estados descentralizados, a la resolución de conflictos de competencias), a partir de la década de los setenta se potencia su condición de jurisdicción de garantía de derechos fundamentales. Otras tareas adicionales encomendadas a los tribunales constitucionales y que estos realizan con mejor o peor fortuna (control de partidos políticos, control electoral, responsabilidad penal de aforados, inhabilitaciones) no caracterizan a la institución. Aunque la determinación del alcance de la jurisdicción constitucional lo fija en cada sistema constitucional el legislador, hay acuerdo entre los estudiosos de la jurisdicción constitucional en aconsejar que sus recursos limitados se reserven a los asuntos que lo merecen, y que se concentren en la decisión de cuestiones de relieve e interés constitucional que no podrían ser decididas con la misma autoridad y las mismas garantías por otro tribunal.

La regulación de los procedimientos adecuados para el mejor desempeño de la jurisdicción constitucional es seguramente la tarea permanentemente necesitada de análisis y ajuste. La discusión parece concentrarse en los aspectos de la regula-

ción del acceso a la jurisdicción, los criterios para la conformación de la agenda de los casos a decidir y la búsqueda de soluciones más eficaces en materia de remedios constitucionales.

En la cuestión del acceso, las opciones oscilan entre la legitimación más restrictiva, limitada a algunos actores en representación del interés público y, en su caso, órganos judiciales, y la más amplia, que abre el acceso de los ciudadanos a esta jurisdicción, o permite la actuación del propio tribunal de oficio. Por supuesto, las reglas concretas sobre legitimación varían según procedimientos, pero el diseño del conjunto es lo que da la señal de una orientación más o menos abierta al público del acceso a esta jurisdicción. El control por parte de los tribunales constitucionales de su agenda de casos se refiere a todos los procedimientos y no solo a los relativos a la decisión de recursos individuales, aunque sea en relación con estos que se ha desarrollado antes una práctica de selección (qué casos decidir y cuántos), e incluye en control del tribunal en cuanto al tiempo de las decisiones. Ambos aspectos, acceso y conformación de la agenda, son una poderosa herramienta para cualquier tribunal que le permiten activar sus recursos atendiendo a criterios prácticos, incluidos criterios de oportunidad.

Con todo, la cuestión seguramente más controvertida en los últimos tiempos, es a que se refiere a los remedios constitucionales. En este ámbito hay varias cuestiones a tener en cuenta. De una parte, las constituciones más recientes, especialmente en países con graves desequilibrios sociales y marcada desigualdad, incluyen no solo largas listas de derechos económicos y sociales, sino mandatos dirigidos a los poderes públicos para que orienten su acción a conseguir el efecto de transformación de la sociedad: la sociedad democrática reivindicada en la constitución es una sociedad igualitaria, inclusiva y, en definitiva, justa. La inacción de los poderes públicos o su inactividad en la consecución de mejoras sociales se traduce, entonces, en incumplimientos de los mandatos de la constitución transformadora. En una práctica que se desarrolla de modo característico en tribunales constitucionales del sur global (y los ejemplos más notables están en India, Suráfrica y países latinoamericanos como Colombia, Brasil, Argentina, Costa Rica o Perú), se acude a remedios de equidad (ordenes e interdictos judiciales, mandatos de hacer) para obligar a actuar a los poderes públicos. Los casos más llamativos y discutidos son los de las sentencias estructurales que establecen programas de acción y esquemas de intervención de la administración para remediar “estados” o “situaciones” de inconstitucionalidad que se estiman excesivamente perjudiciales para determinados colectivos. Se trata de un peculiar tipo de pleito en masa de contenido constitucional, que plantea especiales desafíos para la jurisdicción constitucional. La experiencia hasta la actualidad con este tipo de remedios inspirados en la “*public law litigation*” estadounidense es, en cuanto a los resultados,

variada y desigual. La crítica obvia y más extendida es que lanzan a los tribunales al terreno de la gestión pública, supliendo a la administración. Pero, por otra parte, este tipo de fallos han tenido un impacto suficiente en algunos casos para poner en marcha la acción de transformación demandada por la constitución y, simbólicamente, para abrir el debate social en torno a la necesidad de la acción pública y el tipo de medidas a adoptar<sup>15</sup>.

Es posible que un tipo de colaboración más fluido entre los tribunales constitucionales y los poderes públicos, incluidas las asambleas legislativas, pueda ofrecer una alternativa en forma de remedios menos activistas<sup>16</sup>. Paradójicamente, esta es la vía que propone el llamado “constitucionalismo débil”, que deja a los poderes públicos la tarea de reparación de la inconstitucionalidad detectada por los jueces para no interferir en el terreno de las opciones políticas. Este tipo de técnicas están asociadas al llamado “*Commonwealth constitutionalism*”<sup>17</sup>.

### III. EXPECTATIVAS, RIESGOS Y DESAFÍOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Las constituciones democráticas parecen abocar a un sistema de relación entre poderes en el que los jueces de la constitucionalidad ocupan una posición muy relevante. Por un lado, la constitucionalización de derechos sustantivos condiciona los resultados del proceso democrático: en la medida en que la constitución identifica la democracia con el disfrute efectivo de ciertos derechos sustantivos, fuerza su provisión. Los derechos van a actuar, entonces y al mismo tiempo, como límite y como fin de la actuación de los poderes públicos.

Es inevitable que los tribunales constitucionales en su cometido de garantía de los derechos constitucionales interfieran en mayor o menor medida en el proceso democrático. Los hacen prevalecer frente a las preferencias de la mayoría y, llegado el caso, pueden imponer a los poderes públicos una obligación de actuar, incluso señalarle un curso de acción para la defensa, protección o garantía de su eficacia.

---

15 C. A. Rodríguez Garavito, “Beyond the Courtroom : The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, 2011.

16 Por ejemplo, la propuesta de M. Tushnet en *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2009.

17 Vid. por todos, S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

¿Pueden los tribunales constitucionales apelar a la voluntad popular para justificar las consecuencias de su intervención sobre el proceso democrático? En la mayor parte de los casos, tratándose de la determinación del significado, del contenido o del alcance de los derechos constitucionalizados (algo que no debería confundirse con la provisión de su garantía), dudosamente. La explicación de que realizan una función de concretización de lo dispuesto en la Constitución es una forma de eludir hablar directamente de la función de los tribunales en la adopción de decisiones de “política constitucional”<sup>18</sup>. Por supuesto, sigue reinando en algunos círculos la noción tradicional de que los jueces constitucionales simplemente aplican el derecho constitucional, es decir, se resuelve el problema negándolo y afirmando que la constitución es derecho que se impone a la política.

Ciertamente, la política se ha constitucionalizado, aunque probablemente no en el sentido de quedar sujeta al derecho constitucional. Más bien, lo que ha sucedido es que aparecen dos niveles de adopción de decisiones políticas, uno constitucional y otro ordinario, y el primero ya no está controlado exclusivamente por los actores políticos. Esto tiene inmediatas consecuencias para el proceso democrático, que pierde en importancia: “hasta donde alcanza el contenido de los derechos fundamentales, la eficacia objetiva de principio de los derechos fundamentales que se irradia en todos los ámbitos del derecho ya no depende decisivamente del proceso político democrático, de las soluciones que en él hayan de encontrarse o estipularse; tal proceso puede ser eludido o sustituido”<sup>19</sup>.

La cuestión decisiva es, como advierte Böckenförde, “si bajo el punto de vista de la democracia y del Estado de derecho debe corresponder a la libertad política y ciudadana el conformar el ordenamiento jurídico en lo que afecta a sus contenidos sustanciales. ¿Se confía para esto el ciudadano al legislador parlamentario elegido o se confía al Tribunal Constitucional?”<sup>20</sup>. Porque la definición constitucional de

---

18 Según A. Stone Sweet, “los tribunales constitucionales terminan por construir teorías sobre los derechos constitucionales, sobre la justicia constitucional, desarrollan jerarquías de normas y valores dentro de la constitución. Concebidas como políticas, estas teorías se traducen en mandatos, más o menos precisos, acerca de cómo deben ser protegidos los derechos constitucionales por legisladores, administración y tribunales ordinarios. Son entonces, instrumentos de gobierno [*governance*]”, *Governing with Judges*, Oxford U Press, 2000, pp. 29-30).

19 E. W. Böckenförde, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 136-137.

20 *Ibid*, p. 138.

la democracia en términos sustantivos propicia “el tránsito del Estado legislativo parlamentario hacia el Estado jurisdiccional de justicia constitucional”<sup>21</sup>.

¿Es este el tipo de sistema democrático por el que han optado las democracias constitucionales? ¿Es una aceptación consciente? El protagonismo de los tribunales constitucionales en la construcción de las decisiones de política constitucional parece una consecuencia inmediata de la confianza en el gobierno por principios resultante de la reacción frente al positivismo jurídico<sup>22</sup>. En las nuevas democracias se da un paso más allá y, para algunos casos, no ha sido exagerada la descripción de “democracia judicialmente dirigida” (*democracy by judiciary*)<sup>23</sup>.

Si en algún momento la premisa de que los tribunales constitucionales contribuyen al consenso en las cuestiones de derechos fundamentales se demostrara menos cierta, es posible que el resultado fuera la devolución del debate al proceso político. Esta es la apuesta de la corriente del constitucionalismo débil. Como indica Walter Murphy, “si el principal peligro en la democracia representativa es que los representantes electos terminen por creerse “el pueblo”, el peligro principal de la democracia constitucional es que agentes no responsables ante el electorado terminen por confundir sus propios valores con los del sistema político”<sup>24</sup>.

---

21 *Ibid*, p. 130.

22 Lo que Ronald Dworkin considera “el ideal americano del gobierno no solo bajo las leyes sino por principios” habría llegado en Europa mucho más lejos que en los Estados Unidos. Según Böckenförde, el descubrimiento y desarrollo de la idea de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio data de la mitad de los años cincuenta, en conexión con el debate lanzado en Alemania sobre la fundamentación del derecho, un debate obligado tras el derrumbamiento del régimen nazi y el fracaso del positivismo jurídico. No sé si la propuesta de Dworkin de la “lectura moral” de la constitución podría conectarse con la construcción constitucional jurisprudencial inspirada en Europa, y sobre todo en Alemania, por el principio de “dignidad humana”. Ambos puntos de partida se han empleado para relativizar el valor del principio de la mayoría en una democracia.

23 Kim Lane Scheppele, “Democracy by Judiciary. (Or why Courts can sometimes be more democratic than parliaments)”, *Paper* presentado en la conferencia sobre tribunales constitucionales, Washington University, 1-3 noviembre 2001. Scheppele analiza el caso de Hungría y se refiere al régimen político de la primera etapa (entre los años 1990 y 1998), liderado por el tribunal constitucional presidido por el juez Sólyom, como una auténtica “*courtocracy*”: “desde los primeros años de la década de los noventa, el tribunal constitucional estaba en todos los sentidos gobernando el país. O, al menos, el tribunal tenía tanto poder en el sistema húngaro como el Presidente en Francia o el Parlamento en el Reino Unido” (p. 16).

24 Walter Murphy, “Alternative Political Systems”, incluido en Sotirios Barber y Robert George (eds.): *Constitutional Politics. Essays on Constitution- Making, Maintenance and Change*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 22.

La democracia constitucional, en tanto que democracia (y no “juristocracia”) requiere que los jueces constitucionales se autolimiten en sus decisiones y restrinjan su intervención a los casos de clara inconstitucionalidad o probada vulneración de derechos. En una democracia, la minoría no puede imponer sus preferencias ni combatir la legitimidad de las decisiones de la mayoría sin otros argumento que la denuncia de que la mayoría ignora sus reclamaciones. Como objeta Waldron, un interés que la mayoría no reconoce como derecho no puede llegar a ser, a pesar de todo, un derecho sólo porque una minoría –la mayoría de unos pocos jueces constitucionales– lo considera apropiado. Debe haber alguna otra buena razón.

#### IV. COMENTARIO FINAL

La presencia habitual de tribunales constitucionales y control de constitucionalidad en las modernas democracias no debería llevar a olvidar el contexto y los motivos iniciales de su introducción en Europa. Ni los tribunales constitucionales son componentes necesarios de una democracia, ni su presencia asegura que ésta vaya a funcionar bien. Los tribunales constitucionales están hoy presentes en muchas democracias, pero también en sistemas claramente no democráticos. Y todavía hoy, los países que lideran los ránquines de calidad democrática y muestra los mejores indicadores del Estado de Derecho, son países que carecen de un sistema de justicia constitucional, sistemas democráticos en los que prima la ley.