

---

---

**TEORÍA DEL DERECHO  
Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

# UNA DEFENSA DE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Víctor Ferreres Comella

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

## INTRODUCCIÓN

**D**ecimos que una Constitución es «rígida» en la medida en que su modificación sólo es posible a través de un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario. ¿Por qué debe ser rígida la Constitución? La respuesta es relativamente sencilla con respecto a aquella parte de la misma que establece la estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado. En efecto: dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera ordenada, es conveniente que la Constitución opte por uno de esos sistemas. La rigidez constitucional asegura entonces la estabilidad de la opción elegida. Es más importante tener establecida una determinada estructura de gobierno, que la mayoría parlamentaria de cada momento no puede alterar, que mantener abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente cuál es la mejor estructura de gobierno con la que dotar al país<sup>1</sup>.

En materia de derechos y libertades, sin embargo, la cosa es distinta. Aquí parece que el valor de la estabilidad debe ceder ante el imperativo de alcanzar la decisión justa. En este contexto, la rigidez constitucional puede parecer *excesiva*: si las mayorías parlamentarias actuales consideran que determinada decisión adoptada en el pasado en materia de derechos y libertades es errónea, ¿por qué debe obstaculizarse su modificación? Por otro lado, la rigidez constitucional puede parecer *insuficiente*: si creemos que los individuos son titulares de ciertos derechos morales que el Estado debe reconocer, y es por esta razón por la que los recogemos en la Constitución, ¿por qué permitir (respecto de esos derechos) la reforma constitucional?

---

<sup>1</sup> Una versión de este argumento puede encontrarse en Stephen Holmes, «Precommitment and the paradox of democracy», incluido en Jon Elster y Rune Slagstad (editores), *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), pág. 195.

En este artículo trataré de ofrecer una defensa de la rigidez constitucional en materia de derechos y libertades. Para ello, caracterizaré primero con mayor detalle en qué consiste la rigidez, enumerando alguno de los factores relevantes para graduarla (I). Luego argüiré que la Constitución rígida sólo puede mantener su legitimidad democrática a lo largo del tiempo si emplea términos relativamente abstractos a la hora de perfilar el contenido de los derechos y libertades (II). Luego presentaré una breve justificación del control judicial de la ley bajo una Constitución abstracta (III). Finalmente, con estos antecedentes, defenderé la rigidez constitucional (IV).

## I. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL: UNA VISIÓN GENERAL

Como ya se ha dicho, una Constitución es «rígida» si su modificación exige un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, frente a lo que ocurre con una Constitución «flexible».<sup>2</sup>

El grado de rigidez de las Constituciones depende de una serie de factores. Cabe destacar los siguientes:

En primer lugar, el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformar la Constitución. En este sentido, la presencia del federalismo en el procedimiento de reforma es un factor de rigidez. Para modificar la Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, se requiere, no sólo el consentimiento del Congreso federal (o de una Convención convocada por éste, a instancias de los legisladores de dos terceras partes de los Estados), sino también el de los legisladores (o convenciones) de tres cuartas partes de los Estados<sup>3</sup>. En este extremo la Constitución ame-

---

<sup>2</sup> La distinción se debe a James Bryce, «Flexible and Rigid Constitutions», un ensayo de 1905 recogido en James Bryce, *Constitutions* (Scientia Verlag Aalen, 1980), págs. 3-94. Bryce se refería a la Constitución inglesa como ejemplo de Constitución flexible. Ahora bien, Inglaterra no tiene Constitución en sentido propio: no existe ningún texto legal que lleve ese nombre (u otro similar) y que tenga reconocido un rango superior a las leyes ordinarias. ¿Puede existir una Constitución (en sentido propio) que sea flexible? Cabe argumentar que sí: una Constitución flexible puede mantener su superioridad con respecto a la ley ordinaria en la medida en que se exija, para poder reformar la Constitución, que la norma aprobada por el procedimiento legislativo ordinario se presente explícitamente como norma de reforma constitucional. Esta tesis ha sido defendida en España por Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1988), págs. 62-63.

Se ha discutido si una Constitución que no establece un procedimiento especial de reforma debe ser considerada rígida o flexible. La tesis dominante es que es flexible. Para Alessandro Pace, en cambio, el silencio de la Constitución debe ser interpretado en el sentido de que la Constitución no puede ser modificada en absoluto (rigidez máxima), o de que sólo puede serlo a través de un procedimiento análogo al que se siguió en su día para su aprobación. En ningún caso se trataría de una Constitución flexible. Sobre este debate, véase Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995), «Cuadernos y Debates» número 58.

<sup>3</sup> Vid Constitución de los Estados Unidos (artículo V). Este aspecto de la Constitución americana ha sido criticado por Bruce Ackerman, *We the People. Transformations* (Cambridge: Harvard University Press, 1998), capítulo 13. Según Ackerman, la exigencia de que tres

ricana es más rígida que las Constituciones de los países de la Unión Europea, pues en ninguno de ellos (ni siquiera los que han adoptado un sistema federal o similar) es necesario el consentimiento de los Estados miembros o regiones para reformar la Constitución. (En el caso de la «Constitución» de la Unión Europea, sin embargo, las cosas son distintas: Esta «Constitución» es más rígida que la de los Estados Unidos, pues para reformar los Tratados fundacionales de la Unión se exige el consentimiento de todos los Estados miembros).

Un segundo factor a tener en cuenta es el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma. Algunas Constituciones requieren una supermayoría parlamentaria —así, en los Estados Unidos, Austria, Alemania, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Grecia y España<sup>4</sup>. Bajo otras Constituciones, en cambio, basta una mayoría simple (Dinamarca, Irlanda y Suecia<sup>5</sup>). Otras exigen una supermayoría del Parlamento, pero si el pueblo participa directamente a través de un referéndum, basta entonces una mayoría simple del Parlamento (Francia, Italia)<sup>6</sup>.

Un tercer factor a considerar es si se exige o no la participación del pueblo. Ésta puede ser directa (a través de un referéndum) o indirecta (a través de elecciones para una nueva asamblea que deberá ratificar la reforma). Ejemplos de ello pueden encontrarse en Dinamarca, Irlanda, Suecia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y Grecia. En Austria y España, se exige la participación popular sólo para algunos supuestos<sup>8</sup>.

---

cuartas partes de los Estados ratifiquen la reforma tenía sentido cuando la identidad constitucional de los estadounidenses tenía una doble dimensión, nacional y estatal. Pero ahora esos ciudadanos se entienden a sí mismos como «We the People of the *United States*». Existe, pues, un divorcio entre «la identidad constitucional moderna y las formas clásicas de reforma» (pág. 413). Ackerman propone un nuevo método para reformar la Constitución: Tras su reelección, el Presidente tendría la autoridad para proponer reformas en nombre del pueblo. Una vez aprobadas por el Congreso, esas reformas se someterían a votación en las dos elecciones presidenciales siguientes. En esos referendos, cada votante sería tratado como un ciudadano de la Unión: su juicio acerca de la cuestión sometida a referéndum no contaría más por vivir en Wyoming que en California (pág. 410). Así pues, los Estados no participarían en cuanto tales en el proceso de reforma, a diferencia de lo que ocurre bajo el régimen vigente.

<sup>4</sup> Vid Constitución de los Estados Unidos (artículo V), de Austria (artículo 44), de Alemania (artículo 79), de Portugal (artículo 286), de Bélgica (artículo 195), de Luxemburgo (artículo 114), de los Países Bajos (artículo 137), de Grecia (artículo 110) y de España (artículos 167 y 168).

<sup>5</sup> Vid Constitución de Dinamarca (artículo 88), de Irlanda (artículo 46) y de Suecia (Capítulo VIII, artículo 15).

<sup>6</sup> Vid Constitución de Francia (artículo 89) y de Italia (artículo 138).

<sup>7</sup> Vid Constitución de Dinamarca (artículo 88), de Irlanda (artículo 46), de Suecia (Capítulo VIII, artículo 15), de Bélgica (artículo 195), de Luxemburgo (artículo 114), de los Países Bajos (artículo 137) y de Grecia (artículo 110).

<sup>8</sup> Vid Constitución de Austria (artículo 44) y de España (artículos 167 y 168).

Todos éstos son requisitos jurídico-formales, que hay que situar en un contexto político, histórico y social más amplio. El grado de rigidez efectiva de la Constitución dependerá de tal contexto.

Así, el sistema de partidos políticos es una variable importante. Cuanto más disciplinados sean los partidos, y cuanto más arraigada esté la cultura de la coalición (como ocurre en las llamadas «democracias consociativas»), tanto más fácil será satisfacer la exigencia de alcanzar una supermayoría parlamentaria. En Austria, por ejemplo, ha sido poco gravoso (hasta ahora) obtener el apoyo de 2/3 del Parlamento para reformar la Constitución, especialmente durante los períodos de «gran coalición» gubernamental. De hecho, a veces el Parlamento ha aprobado con rango constitucional normas sobre materias ordinarias que en principio deberían haberse aprobado a través de leyes ordinarias. La finalidad de esta elevación de rango ha sido inmunizar esas normas frente al control judicial<sup>9</sup>. En los Estados Unidos, en cambio, es más difícil obtener una mayoría de 2/3 del Congreso federal, pues los partidos políticos carecen de disciplina interna, y son raros los pactos estables entre ellos.

También es relevante la historia del país. Así, la Constitución española no es tan rígida como la estadounidense desde un punto de vista formal (salvo cuando se trata de materias sujetas al proceso extraordinario previsto en el artículo 168), y la existencia de partidos políticos disciplinados es un factor que facilita el proceso de reforma. Sin embargo, en España la idea de reformar la Constitución es una especie de «tabú». La razón es que la Constitución expresa, entre otras cosas, un compromiso o consenso entre las principales fuerzas políticas a fin de zanjar de manera pacífica ciertas querellas que en el pasado dividieron a los españoles de forma trágica. La Constitución se elaboró con la memoria de la guerra civil. Dado este trasfondo, existe un interés estratégico entre los principales líderes y partidos para que la Constitución se «toque» lo menos posible. Esta actitud general beneficia a todas las cláusulas constitucionales, incluso a aquellas que no tienen nada que ver con los grandes pactos constituyentes.<sup>10</sup>

También puede ocurrir que las tradiciones políticas del país sean «conservadoras», en el sentido de que la sociedad entienda que deben darse ra-

---

<sup>9</sup> Acerca de esta práctica austríaca, véase Heinz Schäffer, «Austria: La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador», en Eliseo Aja (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* (Barcelona: Ariel, 1998), págs. 40-42.

<sup>10</sup> La consecuencia de todo ello es que hasta ahora sólo se ha aprobado una reforma del texto constitucional (la reforma de 27 de agosto de 1992, que modificó el artículo 13.2), que fue necesaria para que España pudiera ratificar válidamente el Tratado de Maastricht de 1992. De hecho, el gobierno español intentó convencer al Tribunal Constitucional de que no era necesario reformar la Constitución. Véase la Declaración del Tribunal de 1 de julio de 1992.

zones de mucho peso antes de proceder a una reforma constitucional. Esta actitud de cautela y de respeto por el pasado puede proteger fuertemente a una Constitución frente al cambio, aunque se trate de una Constitución flexible (o muy poco rígida) desde el punto de vista jurídico-formal.<sup>11</sup>

En definitiva, la rigidez *efectiva* de la Constitución depende del juego de las exigencias jurídico-formales, por un lado, y de las circunstancias políticas, históricas y sociales, por otro.

Tras este panorama general, pasemos ahora a examinar los problemas que plantea la rigidez desde un punto de vista normativo.

## II. RIGIDEZ Y ABSTRACCIÓN

Es común sostener que, en una democracia, la declaración de derechos que figura en la Constitución debe expresar los valores compartidos por la comunidad política. Los derechos fundamentales deben reflejar el consenso básico de la sociedad. La consecuencia de este planteamiento es que, para que la tabla de derechos constitucionales sea legítima, la mayoría de los ciudadanos y de los representantes de la sociedad actual han de estar de acuerdo con su contenido: no puede haber «consenso» en torno a esos derechos si la mayoría está en contra.

Si ello es así, cabe entonces plantear una objeción en contra de la rigidez: si la Constitución es de difícil reforma, existe el riesgo de que, con el transcurso del tiempo, se produzca un divorcio entre su contenido material y el consenso mayoritario existente en la sociedad. Esta discrepancia puede producirse en un doble sentido. Puede ocurrir que la mayoría actual no considere «correcto» alguno de los derechos registrados en la Constitución. Y puede suceder también que la mayoría estime insuficiente el catálogo de derechos, por no incluir algún derecho «nuevo» que reputa fundamental.<sup>12</sup>

Ahora bien, la Constitución rígida puede evitar este riesgo potencial de «deslegitimación» recurriendo a lo que (para simplificar) podemos llamar *abstracción*: es decir, el empleo de términos relativamente abstractos (no específicos) a la hora de enunciar los derechos, y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar. El contenido específico de los derechos puede entonces variar a lo largo del tiempo, según evolucionen los juicios de

---

<sup>11</sup> Ésta era la tesis de James Bryce con respecto a la «Constitución inglesa». Véase «Flexible and Rigid Constitutions», op. cit., págs. 19-22.

<sup>12</sup> Naturalmente, en este último caso, la rigidez no resulta tan problemática, pues la Constitución no impide a la mayoría reconocer y garantizar los nuevos derechos a través de la legislación ordinaria. Pero si uno de los objetivos de la Constitución es expresar los valores básicos de la comunidad, la Constitución es deficiente si no presta apoyo a esos derechos.

ponderación y la interpretación de esas expresiones abstractas<sup>13</sup>. Esta adaptación puede producirse, tanto en un sentido «expansivo» de los derechos (como ha ocurrido con respecto a la igualdad y la privacidad, por ejemplo), como en un sentido «restrictivo» (así, con respecto a la propiedad privada). En particular, puede ocurrir que al ampliar el radio de acción de un derecho (la igualdad), otro derecho con el que éste entra en colisión se vea restringido más intensamente de lo que se había estimado aceptable en el pasado (la propiedad).<sup>14</sup>

Si, en cambio, la Constitución rígida expresara los derechos y libertades a través de cláusulas detalladas (específicas) y categóricas (no sujetas a excepciones implícitas), le resultaría mucho más difícil obtener el apoyo de las diversas generaciones a lo largo del tiempo. Pues el carácter detallado y categórico de las cláusulas aumentaría el riesgo de que las generaciones futuras estuvieran en desacuerdo con lo dispuesto en ellas.

Así pues, la abstracción es necesaria para que una Constitución rígida mantenga su legitimidad democrática a lo largo del tiempo. Es más: precisamente porque la rigidez debe ir acompañada de la abstracción, *la rigidez tiende a generar abstracción*. Es decir: en la medida de lo posible (dada una determinada tradición interpretativa, que impone límites a lo que puede «hacerse decir» a los textos), las generaciones futuras tenderán a leer las disposiciones de la tabla de derechos de tal manera que resulten «abiertas». Así, los intérpretes dirán que los derechos son sólo *prima facie*, es decir, que existen excepciones implícitas a las normas que los expresan, a pesar del carácter aparentemente categórico de éstas; y, viceversa, que los derechos específicos reflejan principios más abstractos y fundamentales a los que cabe acudir por vía interpretativa para expandir el conjunto de derechos. De esta suerte, aumenta la capacidad del texto de adaptarse a los nuevos consensos en materia de derechos, tanto en una dirección restrictiva como en una dirección expansiva.

---

<sup>13</sup> A favor de la abstracción para compensar la rigidez del texto constitucional, véase, por ejemplo, Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1960), págs. 83-4; y Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), pág. 18. Por su parte, Francisco Tomás y Valiente defendió como un acierto del constituyente español el haber incluido en el artículo 1.1 valores muy abstractos (los «valores superiores del ordenamiento jurídico»), a fin de garantizar la «resistencia» de la Constitución al paso del tiempo: «La resistencia constitucional y los valores», *DOXA* núm. 15-16 (1994), pág. 642.

<sup>14</sup> En contra, Jed Rubenfeld, «Legitimacy and Interpretation», en Larry Alexander (editor), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press, 1998), págs. 219-227, quien acepta la evolución interpretativa en un sentido «expansivo», pero no en sentido restrictivo. Rubenfeld afirma que aquellos casos que fueron considerados casos paradigmáticos de violación de un derecho en el momento en que se aprobó la disposición constitucional de que se trate deben seguir siendo considerados así por el intérprete actual, a diferencia

La abstracción del texto es necesaria aunque se considere que la Constitución merece un status superior a la ley ordinaria en razón de haberse aprobado a través de procedimientos que permiten reflejar de manera más genuina la voluntad popular. Pues las mayores credenciales democráticas que la Constitución tuviera en su origen (si es que las tuvo) se difuminan con el paso del tiempo. Sin la abstracción, el problema intergeneracional (¿por qué la generación actual está sujeta a la Constitución legada por las generaciones pasadas?) subsiste.<sup>15</sup>

En suma, la abstracción de la Constitución contribuye a unir a las diversas generaciones de una nación bajo unos mismos principios de justicia<sup>16</sup>. Ello no significa, sin embargo, que los principios compartidos sean triviales. Las cláusulas que protegen derechos y libertades imponen algo más pre-

---

de lo que ocurre con los casos de «no violación» de un derecho, respecto de los cuales el intérprete no está sujeto a los juicios del pasado. Este autor defiende así lo que podríamos llamar un «originalismo asimétrico». A mi juicio, aunque necesitemos casos paradigmáticos de violación de un derecho para anclar el proceso interpretativo, esto no significa que esos casos sean inmunes a toda reconsideración ulterior. Como sostiene Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), págs. 72-73, algunos de esos casos paradigmáticos pueden convertirse en casos dudosos.

<sup>15</sup> Bruce Ackerman, por ejemplo, defiende el rango supremo de la Constitución americana (según ha quedado modificada por las reformas posteriores) en razón de la calidad democrática del proceso de su elaboración y reforma, que considera superior al de la aprobación de una ley ordinaria, pues en momentos de «política constitucional» los ciudadanos participan en la deliberación colectiva con mayor intensidad y profundidad que lo que ocurre en tiempos de «política normal». Con independencia de lo acertado de este punto de vista, en todo caso Ackerman se ve obligado a recurrir implícitamente a la abstracción para poder dar respuesta a la objeción de que no es democrático que el electorado del pasado (que excluía a los negros y a las mujeres) vincule al electorado actual. Ackerman dice que esa generación pasada «suministró un lenguaje y unas instituciones constitucionales a través de los cuales generaciones posteriores de negros y de mujeres han logrado plena ciudadanía». *We the People. Foundations* (Cambridge: Harvard University Press, 1991), pág. 316. Ahora bien, el lenguaje constitucional sólo tiene esta capacidad inclusiva si expresa conceptos relativamente abstractos. Las concepciones más específicas de los *framers* resultarían demasiado racistas y sexistas. Por ello, es coherente que Ackerman defienda la abstracción y rechace las posiciones de originalistas como Robert Bork. Véase, en este sentido, el artículo de Ackerman titulado «Robert Bork's Grand Inquisition», 99 *The Yale Law Journal* 1419 (1990).

<sup>16</sup> En este sentido, me parece iluminadora la teoría de Jed Rubenfeld de la democracia constitucional como «demografía» (*demo-graphy*), expuesta en «Legitimacy and Interpretation», op. cit. Sostiene este autor que al redactar un texto (la Constitución), el pueblo se compromete a respetar ciertos principios a lo largo del tiempo. La democracia es, ante todo, la capacidad de escribir un texto. Sin embargo, me parece exagerado concluir, como hace Rubenfeld, que «somos los miembros del mismo pueblo que se dio a sí mismo la Constitución» (pág. 215). Me parece mejor decir que las diversas generaciones se gobiernan bajo unos mismos principios, reflejados en un texto que comparten. Si la generación actual no compartiera esos principios, la legitimidad de la tabla de derechos de la Constitución no podría salvarse diciendo que las diversas generaciones forman un solo pueblo y que es ese pueblo el que se dio a sí mismo la Constitución.

ciso que la exigencia de que las leyes «sean justas» (o «razonables»). Cuando la generación actual suscribe la tabla de derechos legada por la generación del pasado se adhiere a unos principios más específicos que el de justicia (o razonabilidad). Ello es posible porque las generaciones que se suceden a lo largo de una historia democrática (no, claro es, cuando una generación rompe con un pasado autoritario) no son totalmente extrañas entre sí. Cada generación no erige sus valores políticos partiendo de cero, sino que ingresa en un espacio que ya está ocupado por valores. Se le «educa» en ellos. Si esta educación está basada en la libertad, la nueva generación puede estar en desacuerdo con las anteriores en cuanto al modo de interpretar y aplicar esos valores. Pero existe todavía un conjunto de contenidos que la generación actual comparte con las pasadas, y que no son triviales.<sup>17</sup>

### III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEY BAJO LA CONSTITUCIÓN ABSTRACTA

Hasta ahora he sostenido que, a través de la abstracción, la Constitución rígida puede mantener a lo largo del tiempo su capacidad para expresar derechos y libertades acerca de cuyo valor existe consenso en la sociedad. Ahora bien, ¿para qué sirve entonces esa tabla de derechos? ¿Qué sentido tiene (en una democracia) constitucionalizar unos derechos abstractos que la mayoría ya acepta autónomamente?

La respuesta tiene que ver con los costes de los derechos fundamentales. Estos derechos no se satisfacen gratuitamente: su garantía efectiva exige el sacrificio de otros intereses, que pueden afectar a una multitud de personas. Puede ocurrir que, por debilidad de la voluntad o por limitaciones cognitivas, la mayoría parlamentaria del momento (aunque actúe de conformidad con la opinión pública mayoritaria) adopte una decisión que lesiona un derecho cuya validez y especial peso la propia mayoría (tanto la parlamentaria como la social) reconoce<sup>18</sup>. Del mismo modo que es posible que un individuo actúe de manera disconforme con los principios morales que autónomamente acepta, es posible que la mayoría política lesione ciertos derechos cuya existencia y especial peso acepta autónomamente.

La Constitución puede contribuir a contrarrestar este riesgo. Al expresar los derechos de modo solemne, recuerda a los miembros de la comunidad política la especial importancia que tienen esos derechos para asegurar a to-

---

<sup>17</sup> Barry Friedman y Scott Smith, «The Sedimentary Constitution», 147 *University of Pennsylvania Law Review*, 1 (1998), destacan adecuadamente hasta qué punto la historia pasada es inmanente a la generación actual.

<sup>18</sup> Acerca del papel de las restricciones constitucionales para facilitar la superación de problemas de debilidad de la voluntad y de limitaciones cognitivas, véase Jon Elster, *Ulysses Unbound* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), págs. 88-174.

das las personas una vida mínimamente digna. Al hacer «visibles» estos elementos básicos de la dignidad, empuja a los representantes a preguntarse si las leyes que proponen están realmente en consonancia con ellos. La Constitución trata de reforzar una cultura pública en la que los derechos generalmente aceptados como fundamentales son tomados en serio en la deliberación colectiva.<sup>19</sup>

En este contexto, el juez constitucional puede desempeñar un papel relevante, en un doble sentido:

a) En primer lugar, el proceso de control judicial de la ley ejemplifica de manera especialmente refinada la práctica de argumentar en favor y en contra de las decisiones políticas a partir de razones derivadas de la Constitución. La mayoría que ha aprobado una ley que afecta a un derecho fundamental es llevada ante un juez para que ofrezca razones a favor de la misma y dé respuesta a las contra-razones que el impugnante aduce. Al ejercer el control de constitucionalidad, el juez llama la atención de los ciudadanos y de sus representantes sobre las cuestiones suscitadas, sobre los argumentos y contra-argumentos aducidos, y sobre las razones que el juez ha considerado relevantes y suficientes para justificar su decisión. Puede así emerger una opinión pública más informada y sensible a las cuestiones relativas a derechos. Como dice Dworkin, el control judicial «fuerza a que el debate político incluya argumentos sobre principios, no sólo cuando un caso llega al Tribunal, sino también mucho antes y mucho después».<sup>20</sup>

b) En segundo lugar, el juez puede enriquecer el debate con nuevas voces que no pudieron hacerse oír en el proceso legislativo. Aunque la democracia representativa hace posible que distintas perspectivas sociales e ideas políticas se encuentren en una asamblea, tiene ciertas limitaciones desde un punto de vista deliberativo. La asamblea representativa es demasiado pequeña para asegurar la presencia de todas las voces. El sistema representativo tiene una tendencia estructural a simplificar. Además, el acceso al proceso legislativo es costoso, y los recursos que son necesarios para acceder a él no están distribuidos de manera equitativa. Existe en consecuencia un riesgo de parcialidad en contra de los grupos que se encuentran más marginados en la sociedad. En la medida en que esas voces y esos grupos pueden tener un más fácil acceso al proceso judicial, el juez decide sobre la base de

---

<sup>19</sup> Así, el artículo 124 (el último) de la Constitución francesa de 1793 establecía que la Declaración de derechos y la Constitución serían grabadas en tablas en la asamblea legislativa y en las plazas públicas de la nación. La idea era que la Declaración presidiera las deliberaciones de los ciudadanos y sus representantes.

<sup>20</sup> Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge: Harvard University Press, 1985), pág. 70.

un conjunto más completo de razones y contra-razones<sup>21</sup>. De esta manera, los debates públicos pueden verse enriquecidos con los nuevos argumentos que el juez hace visibles a través de sus sentencias.<sup>22</sup>

Con respecto a este doble papel del juez constitucional, se plantea un problema: Por un lado, se quiere que el juez actúe como conciencia crítica de la comunidad, que empuje a ésta a ser fiel a un conjunto de principios que corren el riesgo de ser relegados a un segundo plano en el momento de legislar. Para ello, el juez debe contar con cierta independencia frente a la presión de las mayorías. Pero, por otro lado, se desea que los principios que el juez interpreta y aplica sean los que surgen del consenso básico de la comunidad, y no otros. Si ello es así, el juez deberá estar conectado de algún modo con los órganos representativos que expresan ese consenso social básico.

Los países con justicia constitucional han adoptado soluciones diversas ante estas exigencias contrapuestas. En general, suelen encomendar la selección de los jueces constitucionales, al menos en gran parte, a los órganos políticos representativos. Pero existe diversidad de soluciones a la hora de fijar la duración del mandato de los jueces. Así, mientras que en los Estados Unidos los jueces federales ocupan su cargo de forma vitalicia, en Europa los jueces de los Tribunales Constitucionales tienen un mandato limitado<sup>23</sup>. La ventaja de la solución americana es que asegura una mayor independencia de los jueces, pues las mayorías gobernantes no pueden ejercer presión sobre ellos con ofertas de nuevos cargos para después del mandato judicial. El inconveniente es que aumenta el riesgo de que se produzca un divorcio entre las opiniones de los jueces y el consenso básico existente en la sociedad<sup>24</sup>. La solución europea tiene, obviamente, la ventaja de que asegura una

---

<sup>21</sup> Por esta razón, puede decirse (simplificando mucho) que un sistema de justicia constitucional como el americano, que reconoce a todos los jueces la facultad de controlar la ley en el contexto de casos concretos protagonizados por individuos y grupos, es superior en este aspecto a un sistema como el europeo en su versión original, que entrega esa facultad a un Tribunal Constitucional que decide en abstracto, y al que los individuos y grupos no tienen acceso, o tienen un acceso muy dificultado (pues el círculo de legitimados para poner en tela de juicio la ley queda circunscrito, básicamente, a un conjunto de instituciones públicas).

<sup>22</sup> Una defensa del control judicial basada en la superioridad de la posición institucional del juez para hacerse eco de quejas que el proceso político puede preferir ignorar, y para escuchar un amplio conjunto de argumentos de diversos sujetos, puede encontrarse en Owen Fiss («The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice», 93 *Harvard Law Review*, 1 (1979), pág. 13.

<sup>23</sup> De doce años en Alemania y de nueve en Italia, Francia, España y Portugal. En Austria, en cambio, los jueces del Tribunal Constitucional ocupan su cargo hasta que alcanzan la edad de 70 años. (Un límite de edad de 68 años existe también en Alemania). Sobre ello, Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe* (París: Montchrestien, E.J.A., 1998), págs. 57-9.

<sup>24</sup> En Estados Unidos, Michael Perry, por ejemplo, en su libro *The Constitution in the Courts - Law or Politics* (New York: Oxford University Press, 1994), pág. 197, ha sugerido la

mayor armonía entre la jurisprudencia y la opinión pública mayoritaria, pero con el riesgo de una menor independencia efectiva del juez<sup>25</sup>. No es fácil indicar cuál es el punto de equilibrio adecuado. Quizás es éste uno de los aspectos más delicados del diseño de la justicia constitucional en una democracia.

#### IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LA RIGIDEZ

Teniendo en cuenta lo visto hasta ahora, ¿cómo justificar la rigidez de la Constitución?

##### 1. LA RIGIDEZ COMO TÉCNICA PARA PROTEGER LA PRÁCTICA ARGUMENTATIVA ANTE EL JUEZ CONSTITUCIONAL

La rigidez de la Constitución puede verse como un medio para garantizar y preservar la práctica de dar y pedir razones ante el juez constitucional. En efecto:

Si la Constitución fuera flexible, la mayoría parlamentaria podría liberarse fácilmente de la carga de dar al juez buenas razones en defensa de la ley que ha aprobado. La mayoría podría sin dificultad reformar la Constitución *ex ante* (antes del proceso de control judicial). Con ello frustraría la posibilidad misma de impugnar la ley ante el juez, pues bajo la Constitución reformada no habría ninguna duda acerca de la validez de esa ley. Alternativamente, la mayoría podría reformar la Constitución *ex post* (es decir, después de la decisión judicial). Si la mayoría estuviera decidida a reformar la Constitución para el caso de que el juez concluyera que la ley es contraria a la Constitución, no tendría que esforzarse demasiado en dar buenas razones al juez.

En la medida en que la Constitución es rígida, estas estrategias se ven dificultadas, por lo que aumentan los incentivos para que la mayoría se tome en serio la carga de ofrecer al juez razones de peso para justificar la ley ante el reproche de que lesiona alguno de los derechos y libertades garantizados en la Constitución. Correlativamente, aumentan los incentivos para

---

conveniencia de que los jueces de la Corte Suprema sean nombrados por un número limitado de años, a fin de lograr que el control judicial de la ley sea más sensible a la voluntad de «We the people».

<sup>25</sup> Una de las razones que pueden darse para justificar el carácter secreto de los votos de los jueces del Tribunal Constitucional y la prohibición de que se publiquen opiniones disidentes es, precisamente, la necesidad de salvaguardar la independencia del juez constitucional en el contexto de un sistema que otorga a éste un mandato limitado en el tiempo. En este sentido, Mary Volcansek, *Constitutional Politics in Italy. The Constitutional Court* (New York: St. Martin's Press, Inc., 2000), págs. 8, 24. En Europa, los votos particulares de los magistrados del Tribunal Constitucional se publican en Alemania, España y Portugal, pero no en Francia, Austria e Italia.

que quienes creen tener buenos argumentos constitucionales en contra de la ley, los articulen ante el juez: saben que si tienen éxito, su victoria no se esfumará fácilmente a través de una reforma constitucional.

## 2. LA REFORMABILIDAD COMO MEDIO DE CONTROLAR LAS INTERPRETACIONES JUDICIALES

La rigidez implica dificultad para reformar, pero implica también *reformabilidad*. ¿Por qué aceptar la reformabilidad? ¿Por qué no proteger absolutamente la práctica argumentativa ante el juez, vedando toda posibilidad de reforma constitucional?

La principal razón es que el juez es falible. La justificación del control judicial no reside en la predicción de que el juez acertará siempre al interpretar los derechos enunciados en la Constitución. Tampoco se basa en el cálculo de que el juez acertará más veces que el legislador democrático. El fundamento de esta institución descansa en la deseable contribución que el juez puede hacer al diálogo colectivo, recordando a los ciudadanos y a sus representantes el peso que tienen ciertos derechos, y enriqueciendo la deliberación pública con argumentos y puntos de vista que no han sido tenidos en cuenta en sede parlamentaria. Esta contribución sólo es posible si la práctica argumentativa ante el juez está protegida (de ahí la rigidez constitucional). Pero, en última instancia, la comunidad política debe poder expresar, tras deliberar, cuál es su juicio con respecto a una determinada cuestión controvertida.

Por ello, los órganos políticos deben poder «responder» al juez a través de una reforma constitucional<sup>26</sup>. No se trata de «suprimir» el derecho abstracto enunciado por la Constitución, sino de expresar una determinada in-

<sup>26</sup> En Francia, dos reformas relativamente recientes se han aprobado para neutralizar decisiones del Consejo Constitucional que habían invalidado leyes ordinarias: la reforma de 25 de noviembre de 1993 (en materia de asilo), que responde a la sentencia de 12-13 de agosto de 1993, y la reforma de 8 de julio de 1999 (sobre cuotas femeninas en las elecciones), que responde a la sentencia de 14 de enero de 1999 (así como a la de 18 de noviembre de 1982).

En Irlanda, la decimoséptima enmienda, de 17 de septiembre de 1997, se adoptó como reacción a la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Attorney General v. Hamilton* (1993), que había sostenido que las deliberaciones del gobierno estaban absolutamente protegidas por el secreto. La reforma (aprobada por referéndum el 30 de octubre de 1997) modificó el artículo 28, e introdujo dos excepciones a este principio de reserva.

En los Estados Unidos, cuatro enmiendas constitucionales tuvieron por finalidad contrarrestar la jurisprudencia de la Corte Suprema: la decimoprimer enmienda responde a la sentencia *Chisolm v. Georgia* (1793), la decimocuarta a *Dred Scott v. Sandford* (1856), la decimosexta a *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.* (1895), y la vigésimosexta a *Oregon v. Mitchell* (1970). Más recientemente, se propuso una enmienda (que no prosperó) para contrarrestar el precedente *United States v. Eichman*, 110 S.Ct.2404 (1990), una decisión por la que la Corte protegió la quema de la bandera nacional como ejercicio de la libertad de expresión.

interpretación o consecuencia concreta de este derecho (o de un conjunto de derechos), que difiere de la establecida por el juez.

La institución del control judicial de la ley pierde legitimidad democrática si los órganos representativos no pueden controlar, a través de la reforma constitucional, las interpretaciones del juez<sup>27</sup>. Es interesante señalar a este respecto que Alexis de Tocqueville, cuando explicaba por qué los franceses de su época, a diferencia de los americanos, no podían aceptar el establecimiento de un sistema de control judicial de la ley, argumentaba que la Constitución francesa de 1830, a diferencia de la americana, no era reformable. Al no ser reformable, decía, los jueces habrían asumido un poder excesivo si se les hubiera facultado para controlar la constitucionalidad de la ley.<sup>28</sup>

En este sentido, conviene llamar la atención sobre la importancia del principio de escritura. El hecho de que los derechos y libertades estén recogidos en un texto (o referidos indirectamente en un texto) abre la posibilidad de «responder» al juez: los órganos representativos pueden reescribir ese texto. Si, en cambio, la facultad de control del juez no descansara sobre la previa existencia de un texto, sería más difícil para esos órganos articular su respuesta<sup>29</sup>.

En congruencia con todo lo anterior, habría que entender que las llamadas «cláusulas de intangibilidad» (que figuran en Constituciones como las de Italia, Francia, Alemania, Grecia y Portugal<sup>30</sup>) constituyen barreras fren-

---

<sup>27</sup> En el mismo sentido, Nicolò Zanon, «La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all' 'ultima parola' al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, número 6, págs. 3179-83.

<sup>28</sup> Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, Vol. 1 (Madrid: Alianza Editorial, 1993): «Si en Francia los tribunales pudiesen desobedecer las leyes, fundándose en que las consideran inconstitucionales, el poder constituyente se hallaría realmente en sus manos, ya que ellos serían los únicos que gozarían del derecho de interpretar una Constitución cuyos términos nadie puede cambiar. Vendrían a desplazar a la nación y dominarían a la sociedad al menos tanto como la debilidad inherente al poder judicial les permitiese». En cambio, «en América, donde la nación siempre puede, modificando su Constitución, reducir a los magistrados a la obediencia, no hay que temer semejante peligro» (págs. 94-95).

<sup>29</sup> Esta «respuesta» es posible aunque la Constitución, en lugar de enumerar los derechos, remita a un conjunto de principios no escritos. El Preámbulo de la Constitución francesa de 1958, por ejemplo, remite (a través del Preámbulo de la de 1946) a los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», que son principios no escritos (pues aunque deben encontrar reflejo en leyes escritas del pasado, no se hallan formulados de manera canónica en ningún texto). El Consejo Constitucional puede invalidar una ley por contradecir tales principios. Ahora bien, aunque se trate de principios no escritos, los órganos políticos pueden «responder» al Consejo: pueden reformar la Constitución y explicitar en ella una interpretación de los principios que difiere de la establecida por el Consejo. Lo importante es que exista un texto en el que los órganos políticos puedan escribir su discrepancia.

<sup>30</sup> *Vid* la Constitución de Italia (artículo 139), de Francia (artículo 89), de Alemania (artículo 79.3), de Grecia (artículo 110) y de Portugal (artículo 288).

te a la destrucción de los derechos abstractamente reconocidos en la Constitución, pero no impiden los intentos de los órganos representativos de modificar la interpretación judicial de esos derechos en relación con una determinada controversia. Y, viceversa, habría que entender que, aunque una Constitución carezca de cláusulas de intangibilidad, los derechos abstractos que reconoce son inmunes a toda supresión ulterior. En este sentido limitado, los derechos operan como límites implícitos a la reforma.<sup>31</sup>

### 3. LA «RESPUESTA LEGISLATIVA» COMO MEDIO ALTERNATIVO A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En el apartado anterior he tratado de defender la reformabilidad de la Constitución como medio de canalizar la respuesta de la comunidad política a una determinada interpretación judicial. Ahora bien, la reforma constitucional no deja de plantear algunos inconvenientes. Los órganos representativos tratarán, legítimamente, de articular una respuesta que neutralice de manera efectiva la interpretación del juez. Con este objetivo, pueden verse obligados a incurrir en alguno de estos dos extremos en el momento de dar contenido a la reforma: a) «elevar de rango» la ley que fue invalidada por el juez; o b) remitir al legislador ordinario la concreción del derecho abstracto que ha provocado la controversia, «desconstitucionalizando» de esta manera su contenido. En ambos casos la Constitución reformada pierde capacidad para canalizar la deliberación pública actual y futura, pues en el primer caso la Constitución «habla demasiado claro» (con respecto a la cuestión controvertida de que se trate), mientras que en el segundo «no dice nada».

---

<sup>31</sup> La Constitución española, por ejemplo, no contiene cláusula alguna de intangibilidad. Sin embargo, algunos autores consideran que ciertos principios son irreformables, como los que garantizan los derechos fundamentales (o, al menos, un núcleo de ellos). Sobre esta cuestión, Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (Madrid: Tecnos, 1985), págs. 151-160, 219-303; Javier Jiménez Campo, «Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución», *Revista del Departamento de Derecho Político (UNED)*, núm. 7, 1980, págs. 95-100. Por otra parte, en la práctica los contenidos afectados por el procedimiento especial previsto en el artículo 168 son de muy difícil reforma. La voluntad constituyente parece haber sido la de hacerlos inmutables *de facto*, según explica Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución* (Madrid: Congreso de los Diputados, 1987), págs. 156-7, 190, 202.

En los Estados Unidos la doctrina dominante es que no existen límites implícitos a la reforma. En el pasado, sin embargo, hubo voces favorables. Véanse las referencias recogidas en John Vile, «The Case Against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process», incluido en la colección de ensayos editados por Sanford Levinson, *Responding to Imperfection*, op. cit., págs. 191-6. Una tesis similar ha sido defendida en la actualidad por Walter Murphy, «Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity», también en Levinson, *ibid.*; y Jeff Rosen, «Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?», 100 *Yale Law Journal*, 1073 (1990).

Por ello, sin perjuicio de la legitimidad de la reforma constitucional como respuesta al juez, debe admitirse también la posibilidad de un segundo tipo de respuesta, que podemos denominar «respuesta legislativa», a través de la cual el legislador ordinario aprueba una ley de contenido similar o idéntico al de otra ley que fue invalidada. Con ello trata de provocar una segunda ronda de debate ante el juez, con la esperanza de convencer a éste de la necesidad de modificar su anterior línea jurisprudencial.

Obsérvese que se trata de una modalidad de respuesta legislativa distinta de la prevista en la actualidad en el Reino Unido, donde ciertos tribunales tienen competencia para declarar la incompatibilidad entre una ley y la *Human Rights Act* de 1998, siendo el Parlamento quien decide en último término si, a la vista de una declaración judicial de incompatibilidad, la ley debe ser modificada o no<sup>32</sup>. También es distinta de la técnica prevista en el sistema canadiense, donde se permite al Parlamento aprobar una ley idéntica a la que fue invalidada por un juez, e inmunizarla frente a un ulterior control judicial, a través de una explícita declaración a tal efecto.<sup>33</sup>

Se trata, por el contrario, de que el legislador, a pesar de la declaración de inconstitucionalidad que ha recaído sobre una ley, pueda aprobar otra de igual o similar contenido, pero sin inmunizarla frente al posterior control judicial.

Cuanto más rígida sea la Constitución, en mayor medida es necesario admitir este tipo de respuesta legislativa. (En España, por ejemplo, es muy improbable que el Tribunal Constitucional sea respondido por los órganos políticos con una reforma constitucional, pues la reforma es, por el momento, un tema tabú<sup>34</sup>). Naturalmente, el Parlamento no puede actuar frívolamente. Debe haber transcurrido un plazo razonable desde que se dictó la sentencia judicial invalidatoria de la ley anterior. En particular, seguramente es necesario que se haya elegido un nuevo Parlamento. Cabe, pues, condicionar la legitimidad de este tipo de reacción legislativa, pero no negarla de manera absoluta<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Este sistema ha sido introducido por la *Human Rights Act* de 1998. Un comentario sobre esta ley puede encontrarse en K.D. Ewing, «The Human Rights Act and Parliamentary Democracy», 62 *The Modern Law Review*, 79 (1999).

<sup>33</sup> Vid el artículo 33 de la *Charter of Rights and Freedoms* de 1982. Algunos derechos no pueden ser neutralizados de este modo: los derechos lingüísticos, la libertad de movimiento y los derechos políticos. La declaración que protege a la ley (la cláusula *non obstante*) produce efectos durante un plazo máximo de cinco años, plazo que puede ser prorrogado a través de sucesivas declaraciones.

<sup>34</sup> Como ha señalado Pedro Cruz Villalón, «Constitución y Tiempo: primera década», 15 *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 335 (1989), pág. 361, el Tribunal Constitucional sabe que no tiene nada que temer del poder de reforma, lo que le coloca en una posición más difícil.

<sup>35</sup> Algunos autores consideran que la aprobación de la nueva ley supone un ilícito. Así, Javier Jiménez Campo, «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el

Ocurre, además, que el sistema jurídico debe posibilitar la evolución de la jurisprudencia constitucional. (Como argumento a favor de la publicación de los votos particulares de los jueces suele decirse, con razón, que es deseable dejar constancia de la existencia de una interpretación alternativa, que algún día puede convertirse en dominante). Ahora bien, esta evolución tiene que ser posible en una doble dirección: tanto en un sentido desfavorable para el legislador como en un sentido favorable. Pues bien, en determinados sistemas políticos es difícil que la jurisprudencia evolucione en una dirección favorable al legislador, a no ser que se permita al Parlamento aprobar una nueva ley de contenido idéntico o similar al de otra que fue invalidada en el pasado. Se trata de aquellos sistemas que (a) no son federales, sino que concentran el poder legislativo en un solo Parlamento; y (b) no configuran el control de constitucionalidad como control concreto, sino abstracto. En efecto:

a) En los sistemas federales, para posibilitar un cambio jurisprudencial favorable al legislador no es necesario que el mismo Parlamento estatal que aprobó la ley invalidada apruebe otra de contenido idéntico o similar, pues es probable que en otro Estado de la federación exista una ley parecida, lo que permitirá plantear de nuevo la misma controversia interpretativa ante el juez<sup>36</sup>. En cambio, en un sistema donde el poder legislativo está centralizado en un único Parlamento, esta posibilidad no existe.

b) En los sistemas en los que el control de constitucionalidad no se produce en abstracto, sino en el contexto de casos concretos, el juez no destruye la ley que estima inconstitucional. Lo que hace es inaplicar la ley al caso concreto y sentar un precedente que bloquea la aplicabilidad de esa ley a casos similares. Si, en el futuro, el juez revoca o restringe el precedente, la ley recupera total o parcialmente su aplicabilidad. Por ello, los operadores jurídicos (tanto particulares como funcionarios) pueden plantear nuevos casos con el objeto de minar un precedente controvertido y «recuperar» así la ley. Esta «desobediencia» es menos visible y solemne que la respuesta legislativa<sup>37</sup>. En

---

Derecho español», en *La jurisdicción constitucional en España* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995), pág. 92; Raúl Bocanegra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional* (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982), pág. 236. A favor de la respuesta legislativa se pronuncian, en cambio, Stephen Macedo, *Liberal Virtues* (Oxford: Clarendon Press, 1991), pág. 151; y Luís Nunes de Almeida, en Eliseo Aja (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* (Barcelona: Ariel, 1998), pág. 244.

<sup>36</sup> Una interesante explicación de las interacciones interpretativas entre la Corte Suprema de los Estados Unidos y los diversos Estados es la ofrecida por Barry Friedman, «Dialogue and Judicial Review», 91 *Michigan Law Review*, 577 (1993).

<sup>37</sup> La legitimidad de cierto grado de desobediencia de los funcionarios y cargos públicos es aceptada en los Estados Unidos incluso por autores como Larry Alexander y Frederick Schauer, que insisten en la necesidad de que el tribunal actúe como autoridad que zanja polé-

los sistemas de control abstracto, en cambio, las cosas son distintas. Aquí, cuando el Tribunal Constitucional invalida una ley, la expulsa del sistema jurídico de manera irreversible.

Así pues, en un sistema donde el poder legislativo está concentrado en un único Parlamento y donde el control de constitucionalidad es de tipo abstracto, resulta más difícil desencadenar un cambio jurisprudencial favorable al legislador, como no sea a través de la aprobación parlamentaria de una nueva ley. Podríamos decir que, en un sistema de esta naturaleza, si el control de constitucionalidad se concentra en el Tribunal Constitucional, la «desobediencia» necesaria se concentra en el Parlamento.

Ahora bien, hay que señalar que allí donde el control de constitucionalidad es «concreto», se suele acudir a la doctrina del precedente para introducir cierto orden en el sistema. Pero una versión relativamente fuerte de esta doctrina, como la que opera en los países del *common law*, puede dificultar los cambios jurisprudenciales. Así, en los Estados Unidos, una sentencia de la Corte Suprema que declare que una ley es contraria a la Constitución tiene un efecto de bloqueo general: este efecto se extiende, no sólo a esa ley, sino a cualquier otra que sea similar (con independencia de que se haya aprobado en el pasado o se apruebe en el futuro). Además, aunque la Corte puede revocar sus precedentes, les otorga cierto peso intrínseco, más allá de su corrección sustantiva, lo que sobreprotege a las interpretaciones pasadas frente a su corrección futura.<sup>38</sup>

La situación es distinta en los países europeos que pertenecen a la tradición del *civil law* y que han establecido Tribunales Constitucionales. En primer lugar, los efectos de una decisión invalidatoria del Tribunal se limitan normalmente a la ley enjuiciada. La ley es expulsada, sí, pero sólo esa ley

---

micas interpretativas. Véase, «On Extrajudicial Constitutional Interpretation», 110 *Harvard Law Review*, 1359 (1997), pág. 1386.

<sup>38</sup> Así, en la sentencia *Casey*, 505 U.S. 833 (1992), la Corte Suprema decidió reafirmar el precedente *Roe*, 410 U.S. 113 (1973), a pesar de que tres jueces de la mayoría (O'Connor, Kennedy y Souter) se inclinaban por pensar que el precedente *Roe* no era una interpretación correcta de la Constitución. Fueron las razones vinculadas a la doctrina del precedente (básicamente, la necesidad de proteger la integridad judicial y las expectativas creadas entre los ciudadanos) las que inclinaron la balanza a favor de reafirmar *Roe*.

En este sentido, Michael Stokes Paulsen, «Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of *Roe* and *Casey*?», 109 *Yale Law Journal*, 1535 (2000), ha hecho recientemente una interesante propuesta: El Congreso podría abrogar el efecto de la doctrina del *stare decisis* para una categoría de casos (el aborto, por ejemplo). Con ello estaría obligando a los jueces federales a interpretar la Constitución sin dar ningún peso intrínseco a los precedentes (es decir, sin otorgarles ningún valor más allá de su corrección material). Obviamente, el Congreso no estaría imponiendo a los jueces su interpretación de la Constitución: éstos seguirían siendo libres para determinar cuál es la interpretación correcta de este texto. Simplemente les estaría exigiendo que examinaran la cuestión interpretativa como cuestión nueva, partiendo de cero, sin sentirse vinculados por los precedentes.

lo es (pues se considera que sólo a ella se extiende el efecto de cosa juzgada). Esto significa que si existe otra ley similar (sea una ley aprobada por el mismo Parlamento después de la sentencia, sea -en los países federales- una ley aprobada por el Parlamento de otro Estado), será necesario abrir un nuevo proceso ante el Tribunal Constitucional, en el contexto del cual éste podrá reconsiderar su interpretación pasada<sup>39</sup>. En segundo lugar, aunque el Tribunal tienda a respetar sus propios precedentes, no les otorga tanto peso intrínseco como el que reciben en los Estados Unidos. La idea de que un precedente tiene alguna autoridad más allá de su valor como interpretación correcta del Derecho es bastante ajena a la tradición del *civil law*. Como dijo el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal «debe contrastar los actos del legislador con la propia Constitución, y no con los precedentes»<sup>40</sup>. Así pues, la existencia de una doctrina débil de los precedentes modera la rigidez potencial que el sistema europeo de control abstracto encierra.

En suma, podemos decir (simplificando en alguna medida esta cuestión) que la «respuesta legislativa» es particularmente necesaria, para posibilitar los cambios jurisprudenciales favorables al legislador, allí donde existe un único Parlamento con competencia legislativa sobre una materia, y un Tribunal Constitucional que enjuicia en exclusiva y en abstracto la validez de las leyes. En estos sistemas, la ausencia de una fuerte doctrina del precedente facilita que una eventual «respuesta legislativa» pueda provocar la reconsideración por parte del Tribunal Constitucional de su anterior jurisprudencia.

## V. CONCLUSIÓN

¿Es excesiva la rigidez constitucional? Lo sería, ciertamente, si la Constitución expresara los derechos y libertades en términos tan taxativos que, con el transcurso del tiempo, se creara un divorcio entre su contenido y el consenso mayoritario existente en la sociedad. Pero si la Constitución recurre a la abstracción, este riesgo se reduce drásticamente.

Lo que realmente constriñe a la mayoría son las decisiones adoptadas por los jueces constitucionales al interpretar esos derechos abstractos, decisiones que son difíciles de contrarrestar desde el momento en que la Constitución es rígida. La justificación de la rigidez reside en la necesidad de

---

<sup>39</sup> Así, en España el Tribunal Constitucional ha dicho que los Jueces ordinarios no pueden inaplicar por sí mismos una ley, sino que habrán de elevar una cuestión al Tribunal Constitucional, «por más que lo en ella dispuesto se corresponda, a juicio de los Jueces ordinarios, con el contenido de otro precepto legal sometido en su día a control de constitucionalidad y declarado entonces contrario a la Norma fundamental» (STC 23/1988, Fundamento Jurídico 2).

<sup>40</sup> BVerfGE 77, 84 (104). Véase la referencia en Robert Alexy y Ralf Dreier, «Precedent in the Federal Republic of Germany», en Neil MacCormick y Robert Summers, *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (Ashgate, Dartmouth, 1997), págs. 26-27.

proteger la práctica argumentativa que se despliega en el foro judicial: la rigidez crea incentivos para que la mayoría se tome en serio la carga de dar razones en defensa de la ley en ese foro, a la luz de un conjunto de principios constitucionales que la propia mayoría acepta.

La rigidez, sin embargo, no es absoluta: no privilegia de manera irreversible las interpretaciones judiciales frente a las de los órganos representativos, pues éstos pueden responder por medio de una reforma constitucional o, de forma menos contundente, a través de una «respuesta legislativa». Los derechos que figuran en la Constitución adquieren significado, pues, a través de un proceso en el que las mayorías políticas (y/o supermayorías) desempeñan un importante papel.

¿Es insuficiente, entonces, la rigidez? Para quienes creen que las mayorías (y, por tanto, también las supermayorías) tienen una tendencia estructural a satisfacer sus preferencias en detrimento de los derechos de los individuos y de las minorías, la rigidez constitucional, al no ser absoluta, resulta insuficiente: aunque se exija una supermayoría de 2/3 o de 3/4 para reformar la Constitución, por ejemplo, ¿quién va a proteger los derechos de la minoría que constituye el 1% de la población? Sin embargo, la experiencia histórica parece indicar que, si bien las mayorías políticas pueden adoptar decisiones erróneas en materia de derechos, no puede decirse que tengan una tendencia estructural a lesionarlos. Al fin y al cabo, en muchos países han sido las mayorías políticas las que han instaurado y mantenido en vigor las Constituciones. Incluso los derechos más claramente dirigidos a la protección de las minorías (como el derecho a no ser discriminado en virtud de la raza) forman parte del consenso político contemporáneo en muchas democracias. Si ello es así, entonces la rigidez constitucional, que protege, pero no inmuniza, las interpretaciones judiciales frente a un juicio adverso de los órganos políticos representativos, no es una técnica insuficiente para proteger los derechos.



**DOXA 23 (2000)**

---