

# LA POSIBILIDAD DEL CONSTITUCIONAL THAYERIANO \*

Pablo de Lora

*Universidad Autónoma de Madrid*

## 1. Introducción

**H**ace ya más de veinte años que Dworkin diagnosticaba que el Derecho constitucional no haría progreso genuino alguno hasta tanto no aislara el problema de los derechos frente al Estado, haciéndolo formar parte de su agenda teórica. Tal cosa, decía, aboga por la fusión del Derecho constitucional y la teoría moral, una alianza que increíblemente, nos dijo entonces, estaba por llegar<sup>1</sup>.

Yo no estoy muy seguro de que los constitucionalistas (salvo honrosas excepciones) hayan hecho mucho por aproximarse a la teoría moral para así abordar mejor la espinosa cuestión de los derechos frente al Estado<sup>2</sup>. Sí me parece, sin embargo, que estos últimos años han evidenciado una creciente preocupación e interés de los filósofos jurídico-políticos (y asumamos que estos son los teóricos morales a los que Dworkin alude) por algunos de los temas centrales del Derecho constitucional.

---

\* Con muy ligeras modificaciones, este texto corresponde a la ponencia presentada en el V Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho celebrado en Alicante los días 21-23 de octubre de 1999. Agradezco a los participantes en el mismo, así como a los miembros del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, con los que discutí el trabajo, sus valiosos comentarios y críticas. Quiero agradecer en particular las sugerencias que me formuló Víctor Ferreres quien en los días previos a la presentación tuvo la amabilidad de leerlo y señalarme algunas incorrecciones vertidas en el original. Este trabajo forma parte del proyecto de investigación PB97-1434 de la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica.

<sup>1</sup> Dworkin, 1977, p. 149.

<sup>2</sup> No me resisto a dar el siguiente botón de muestra. Comentando la superioridad del principio de proporcionalidad como canon de enjuiciamiento de la posible invasión de los derechos fundamentales por parte del legislador (frente a la invocación del contenido esencial de los mismos), Medina Guerrero y Huelin Martínez de Velasco hacen suyas las palabras de Forsthoff para afirmar que esta segunda vía, aunque el propio texto constitucional español la acoja (art. 53.1), «[o]bligaría al jurista a incurrir en un diletantismo filosófico del que poco provecho redundaría para la Ciencia Jurídica...»; vid., 1997, p. 318 n. 14.

Y es que el debate sobre los derechos ha figurado siempre entre las prioridades de la reflexión iusfilosófica, pero no tanto, en cambio, la discusión acerca de cuál es el diseño institucional concreto que, una vez asumida una posición moral que atribuye a los individuos ciertos derechos básicos<sup>3</sup>, resulta más legítimo articular. Este ha sido el asunto, creo, que cabría considerar el mayor exponente del acercamiento al que antes me refería y al que yo también pretendo aproximarme en esta ocasión.

Mi objetivo es tratar de mostrar qué se sigue de abrazar una forma débil de constitucionalismo en un contexto en el cual las piezas están pulidas para componer un modelo de constitucionalismo fuerte. Mi tesis es que ello nos obliga a asumir una versión asimismo estricta del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes que la conocida regla Thayer encierra. Ello quiere decir que los Tribunales Constitucionales sólo deberían proceder a la declaración de inconstitucionalidad cuando todos sus miembros estuvieran de acuerdo en ello.

Me imagino el aire de paradoja que para la gran mayoría tendrá este planteamiento. Como veremos, el constitucionalismo débil se apoya en un compromiso firme con el ideal de la regla de la mayoría, así que no dejará de resultar chocante que finalmente recomiende traicionar ese principio democrático en el seno de los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes. Mi misión consistirá, en buena medida, en hacer ver que no hay traición alguna al traducir la regla Thayer en la exigencia de consenso para anular las leyes por ser contrarias a la Constitución.

En el artículo de Amartya Sen al que el título de este trabajo pretende hacer un guiño<sup>4</sup>, la conclusión que emergía de la ordenación de preferencias de «Lascivo» y «Gazmoño», con respecto a la lectura de «El amante de Lady Chatterley», era que el liberalismo había de renunciar bien a la que Sen llama su condición mínima<sup>5</sup>, bien al criterio paretiano en la construc-

---

<sup>3</sup> De esa forma, y siguiendo la caracterización de Hart, se pone en práctica una técnica de distribución que precluye que ese derecho se tenga en cuenta en el cómputo para maximizar algún ideal de manera agregativa; vid., Hart, 1983, pp. 182, 188, 200. A la misma noción responden las ideas de «coto vedado» y «triumfo» que han empleado respectivamente Ernesto Garzón Valdés (1993, pp. 644, 649 y 1989, pp. 209-213) y Ronald Dworkin (1977, p. xi), en su descripción de los derechos, o la afirmación apodíctica de Francisco Rubio Llorente en su voto discrepante a la STC 12/82 de 31 de marzo de 1982: «Las decisiones acerca de la existencia o inexistencia de una libertad no pueden ser consideradas nunca como cuestiones políticas» (la sentencia resolvía el recurso de amparo que interpuso Antena 3 S.A. contra la negativa de la Administración de autorizar el establecimiento de una emisora de televisión privada).

<sup>4</sup> «The impossibility of a Paretian Liberal», *Journal of Political Economy*, Vol. 78, 1970, pp. 152-157.

<sup>5</sup> Según la cual un individuo que tiene que decidir entre dos alternativas, siendo una de ellas hacer o no hacer algo que sólo a él atañe (por ejemplo leer «El amante de Lady Chatter-

ción de una función de elección colectiva<sup>6</sup>. Mi pretensión es, como decía, resistirme al corolario de imposibilidad al que el experimento de Sen, en ese otro ámbito, conducía, para lo cual he de empezar recordando los mimbres con los que se ha urdido el constitucionalismo débil.

## 2. El constitucionalismo débil

Para el Derecho constitucional ha sido tradicional suponer que el mecanismo de protección de los derechos individuales habría de consistir, necesariamente, en el establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales como parte de un texto constitucional rígido (de difícil o prácticamente imposible reforma) y de una jurisdicción que de manera concentrada (o difusa) tuviera la potestad final de decidir sobre el alcance y contenido de tales derechos<sup>7</sup>. Que esa conexión entre el ideal de los derechos fundamentales y el diseño institucional descrito sea *necesaria*, es, precisamente, lo que en los últimos tiempos se ha revelado como algo que dista mucho de estar claro.

Ha sido en concreto Jeremy Waldron quien de manera más persuasiva ha puesto de manifiesto las razones por las cuales una posición moral atenta al «coto vedado» nos aboca a lo contrario: a un modelo en el que las decisiones del legislador no son en ningún caso revisables por un órgano no representativo, ni limitadas o impedidas por un catálogo de derechos de difícil reforma.

Dicho de manera muy comprimida, la idea de Waldron es que el constitucionalismo (fuerte) que se configura con las piezas anteriormente indicadas vulnera el derecho de todos a participar en la adopción de decisiones que nos afectan. Entre ellas está la propia de determinar *qué derechos tenemos y cuál es su contenido*, cosa que hacemos en el momento constituyente, pero de un modo que a Waldron le resulta contrario al ideal de los derechos: no permitiéndonos reconsiderar tal decisión en el futuro (salvo en condiciones procedimentales muy costosas y por ello desigualitarias), aunque sí acordando que sea un órgano no configurado democráticamente el que lo haga, de cuando en cuando, frente a nuestros representantes<sup>8</sup>. Como

---

ley»), es «socialmente decisivo» (dicho de otro modo, la elección colectiva habrá de coincidir con la que él haga).

<sup>6</sup> De acuerdo con el cuál, como es sabido, se ha de procurar la obtención del estado de cosas en el que nadie puede mejorar si no es a costa de los demás.

<sup>7</sup> De la teoría de la racionalidad imperfecta de Jon Elster (1979, pp. 37, 93-96) se ha importado la noción de precompromiso para justificar el carácter necesario de esta vinculación; vid., entre otros: Freeman, 1990-1991, p. 353; Holmes, 1988, pp. 216-226 y Moreso, 1997, pp. 165-167.

<sup>8</sup> Waldron, 1993, pp. 18-20, 28 y Waldron, 1999b, pp. 282, 286-287, 292-297, 303.

consecuencia, y de acuerdo con la tesis de Waldron, una teoría moral basada en los derechos debería asumir el llamado modelo de Westminster o una versión «abierta al cambio» de la regla de la mayoría<sup>9</sup>. Es decir, un procedimiento que no restringe nada del conjunto de decisiones adoptable; ni siquiera la posibilidad de decidir no volver a usar ese procedimiento que, dadas las condiciones de la política a las que nos enfrentamos (las del desacuerdo razonable sobre el paisaje del «coto vedado»), Waldron considera más legítimo (la pura regla de la mayoría).

Pues bien, es en esta consecuencia, que nos llevaría a admitir la legitimidad del «suicidio democrático», donde Juan Carlos Bayón ha encontrado la fisura con la que limitar la objeción waldroniana al constitucionalismo fuerte, y a partir de dicha crítica a la tesis de Waldron, formular su modelo de constitucionalismo débil.

En efecto, si Waldron favorece el procedimiento basado en la regla de la mayoría porque, como no podría justificar de otra forma, encarna mejor que ningún otro un principio moral reputado valioso, habría de decantarse por una versión «cerrada al cambio» de dicha regla, esto es, que expulsa de la agenda la decisión de utilizar en lo sucesivo un procedimiento distinto. ¿Por qué? Pues porque sino no tendría argumento alguno que esgrimir frente al que nos dice que el constitucionalismo fuerte (que Waldron objeta) está justificado desde el mismo momento en que fue adoptado democráticamente<sup>10</sup>.

La siguiente enmienda de Bayón al planteamiento de Waldron se refiere al alcance de la clausura de la regla de la mayoría: además de prohibirse el suicidio democrático, han de ponerse a resguardo las condiciones mínimas que hacen posible el ejercicio de la democracia<sup>11</sup>. ¿Y cuáles son éstas? De nuevo aquí Waldron aduce la circunstancia del desacuerdo para oponerse a ese atrincheramiento: cuáles sean los derechos que operan como condición de posibilidad de un procedimiento democrático es algo que está en discusión con lo cual, nuevamente, el respeto al derecho a tomar parte en las decisiones sobre los derechos exigiría que, al decir del filósofo neozelandés, «todo siga estando en el aire»,

---

<sup>9</sup> Bayón, 1998, pp. 51-52.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 52 y en la misma línea Christiano, 1993, pp. 191-192 y De Otto, 1987, p. 61. Waldron se ha resistido expresamente al callejón sin salida al que Bayón considera que se ve abocado. Así, en su opinión, sí sería censurable que la Reina de Inglaterra decidiera «correctamente» un cambio en el sistema de representación de Nueva Zelanda, ejemplo imaginario con el que pretende ilustrar su tesis de que *siempre hay algo que decir sobre los medios utilizados para decidir*; cosa que resultaría incompatible con su asunción de la versión omnicompreensiva (abierta al cambio) de la regla de la mayoría; Waldron, 1999b, pp. 292-293.

<sup>11</sup> La defensa de ese modo mínimo de jurisdicción constitucional (como mera custodia del proceso democrático), ha recibido su mejor expresión, como se sabe, del constitucionalista estadounidense John Hart Ely; vid., 1980, p. 87.

«[p]ues decir de alguna cuestión, que era objeto del desacuerdo basado en la buena fe, que sin embargo no estaba en el aire, sería imaginarnos, como comunidad, en una posición que nos permite tomar partido en tal desacuerdo, sin que nunca pareciera que lo hubiéramos hecho. Supongamos nuevamente que los miembros de una comunidad discuten sobre si la gente ha de tener el derecho a X. Decir, por contra, que el derecho a X no debe estar en el aire en esta comunidad, es afirmar que la comunidad ya ha adoptado una posición en el desacuerdo. Y a uno le cabe legítimamente indagar cómo exactamente llegó a producirse tal cosa (dado el desacuerdo), sin que en un estadio anterior el derecho a X haya estado sin duda en el aire en un procedimiento en el que se planteara la cuestión de si el derecho era algo con lo que la comunidad debía comprometerse»<sup>12</sup>.

Ahora bien, y como ha resaltado Bayón, por encima de las diferencias que existan entre los distintos mecanismos que pudieran formar parte del concepto matriz «procedimiento democrático» (esto es, más allá de las divergencias sobre los derechos constitutivos de la democracia y su contenido y alcance), debe haber algún núcleo compartido so pena de que ésta sea una denominación vacía. Siendo ello así, o bien el mínimo común denominador queda a resguardo del procedimiento de toma de decisiones, y en ese caso Waldron ha de reconsiderar su posición, o no queda protegido, pero entonces, nuevamente, el diseño institucional propio del constitucionalismo fuerte que denuncia, quedaría justificado desde el mismo momento en que fuera establecido mediante una decisión mayoritaria<sup>13</sup>.

En resumen, las críticas que ha formulado Bayón a la posición de Waldron ponen de manifiesto dos cosas. En primer lugar que, en realidad, Waldron debería asumir la primera de las piezas del diseño institucional: el resguardo de un «coto vedado» mínimo que es condición de posibilidad de la democracia, frente a ésta misma. En segundo término, y esta sería la parte de razón que le asistiría, que hay un problema de compatibilidad entre ese ideal democrático y el segundo de los engranajes: el control jurisdiccional de constitucionalidad. Dicho más rigurosamente, hay una dificultad de ajuste cuando el «coto vedado» se plasma de forma tal que su determinación (la delimitación de su contenido y alcance) queda abierta para el futuro. Como ha resaltado Bayón, si nos tomamos en serio la clausura de la regla de la mayoría a la que nos conduce la asunción del ideal de los derechos, dicho cierre habría de ser total; serían inadmisibles tanto la institución del control jurisdiccional de constitucionalidad como la previsión de un mecanismo de reforma de ese núcleo por muy costoso que fuera el procedimiento de mo-

<sup>12</sup> Waldron, 1999b, p. 303 (traduzco en este contexto por «estar en el aire», la expresión «being up for grabs» que utiliza Waldron y que literalmente se vierte en castellano como algo que «está a disposición de cualquiera»).

<sup>13</sup> Bayón, 1998, pp. 56-57.

dificación. Así, los derechos como triunfos habrían de ser irreformables al modo en que establece la Constitución alemana<sup>14</sup>. Con respecto a lo que, por decirlo así, quedara situado más bien en la periferia del «coto vedado», su determinación o reforma sí debería corresponder al órgano representativo o, mejor aún, a la ciudadanía en su conjunto, si somos respetuosos con los presupuestos del ideal moral de los derechos<sup>15</sup>, aunque cabe imaginar formas mixtas en las que un órgano de naturaleza jurisdiccional no tiene la última palabra, pero en alguna medida puede obligar al legislador a reconsiderar la decisión que hubiera adoptado<sup>16</sup>. Como ha resumido el propio Ba-

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 58-60. Para Víctor Ferreres la dificultad que surge entonces es la que se conoce como «objeción de la tiranía del pasado». La solución consiste, en su opinión, en establecer una suerte de «reserva de ley parlamentaria» que haría que ciertas materias quedaran excluidas de la posibilidad de ser constitucionalizadas para permitir la adaptación y el cambio necesario en el futuro; «[e]l poder constituyente –nos dice Ferreres– debe aceptar que sólo puede tomar cierto tipo de decisiones en materia de derechos y libertades –las decisiones de contenido más abstracto–, siendo «incompetente» para tomar decisiones de contenido más detallado»; *vid.*, 1997, p. 111. Pero, como hemos visto, el respeto a los derechos individuales, entendidos como «triunfo frente a cualquier procedimiento», recomendaría precisamente lo contrario: el adoptar decisiones concretas sobre su contenido y alcance que no necesiten en el futuro de mecanismo alguno de determinación. Cuestión distinta es que eso efectivamente se pueda hacer.

<sup>15</sup> En todo caso, la reforma que sí es admisible lo es siempre que no sea al precio de adoptar un procedimiento que exija mayorías reforzadas. En relación con la «determinación», que sea el Parlamento, y no un Tribunal Constitucional o los jueces, el encargado de custodiar los derechos individuales es algo que quiebra lo que Nino llamó en su momento la «lógica de Marshall», es decir, el razonamiento (falaz) empleado por este juez en la sentencia *Marbury v. Madison*, o el que despliega Alexander Hamilton en *El Federalista* n° 78; *vid.*, Nino, 1992, pp. 97-100. También Dworkin ha admitido no sólo que la lógica del razonamiento de Marshall no es de hierro (*vid.*, 1986, p. 335), sino que últimamente reconoce que «[m]uchos engranajes institucionales son compatibles con la lectura moral –de la Constitución, que él prefiere– incluyendo algunos que no dan a los jueces el poder que tienen en la estructura estadounidense» (1996, p. 7), e incluso que «Es perfectamente posible que una nación, cuya Constitución escrita limita el poder del legislador, asigne la responsabilidad final de interpretarla a alguna institución-incluyendo el Parlamento-distinta a un Tribunal» (1997a, p. 1251). En una línea similar se han manifestado, entre otros, Michelman, 1996, pp. 148-150, Paulsen, 1994, p. 243, Rawls, 1993, pp. 234-235 y Bickel, 1986, pp. 3-4. Entre los que sí asumen la lógica de Marshall, García de Enterría («El carácter normativo de la Constitución sólo se asegura si el juez constitucional es capaz de controlar al Legislativo», 1995, p. 132) y Cappelletti, que la describe como «poderosa y simple»; *vid.*, 1980, pp. 409-410.

<sup>16</sup> Se abrazaría así una forma de constitucionalismo «débil» (en expresión de Bayón, 1998, pp. 45-46, 63) que tiene en el modelo canadiense su expresión más atractiva y que ha llegado a ser propuesto por Michael J. Perry como sistema susceptible de ser adoptado en Estados Unidos; *vid.*, Perry, 1993, pp. 156-160. La propuesta de Michelman de crear un órgano representativo que pueda anular las decisiones de la Corte Suprema, va en la misma dirección; *vid.*, 1996, p. 146. Ante este panorama no se entiende muy bien la rotundidad de la siguiente afirmación de Aja y González Beilfuss: «La marcha atrás parece imposible. Un Tribunal Constitucional encerrado en su torre de marfil y que sólo de tarde en tarde anula una ley resulta inimaginable en el futuro»; *vid.*, 1998, p. 288.

yón, el constitucionalismo fuerte es fuerte en lo que no tiene que serlo (en la institución de un órgano de custodia no representativo) y débil cuando debería ser fuerte (en el establecimiento de un coto vedado reformable, cuando habría de ser inmodificable). El ideal de los derechos bien entendido, marcaría por tanto un orden inverso en la fortaleza de las piezas institucionales que otorgan sus señas de identidad al constitucionalismo democrático.

### **3. Interpretación constitucional y democracia**

No siendo así las cosas, es decir, estando situados en un escenario en el que la Constitución establece de forma abierta el «coto vedado» y configura un órgano jurisdiccional encargado de velarlo mediante decisiones no revisables por el legislador, parecen ser dos las posibilidades que tenemos a la vista para que nuestro compromiso con el ideal de los derechos sea compatible con la existencia de dicho órgano<sup>17</sup>. Dos estrategias que, tratando de situarse en las coordenadas del constitucionalismo débil que he descrito en el apartado anterior, persiguen que el juez constitucional se autorrestrinja o, como la otra cara de la moneda, que sea deferente hacia el parlamento: o bien que no atienda al carácter abierto del lenguaje en que se ha delimitado el «coto vedado», tratando, por contra, de enjuiciar la constitucionalidad de la legislación con el patrón de las intenciones específicas que tuvieron los constituyentes (apostaríamos así por el originalismo como teoría interpretativa); o bien que entienda que la legislación es conforme con la Constitución y que al Tribunal constitucional le corresponde llevar hasta sus últimas consecuencias su papel de intérprete definitivo sólo en casos extremos: cuando la vulneración de la Constitución ha sido demostrada de manera indubitada<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Kelsen ya predijo, como se sabe, que los Tribunales constitucionales se convertirían en órganos con un poder «insoportable» si en las Constituciones no se dejaba de utilizar toda esa «terminología difusa como libertad, igualdad, justicia, etc.»; vid., Kelsen, 1983, pp. 33-34, 36 n. 11. De hecho, como nos recuerda Eliseo Aja, los Tribunales Constitucionales nacieron en Europa con la función prioritaria de resolver conflictos de competencias entre órganos constitucionales; vid., 1998, pp. XXVIII-XXIX.

<sup>18</sup> Existe una tercera posibilidad que no voy a considerar y que es el casuismo o minimalismo que propugna el constitucionalista Cass R. Sunstein. Su posición trata de articular una jurisdicción constitucional modesta: que favorece las analogías, los acuerdos incompletamente teorizados (para Sunstein en muchas cuestiones jurídico-políticas es más fácil ponerse de acuerdo sobre los aspectos más específicos que sobre las grandes principios abstractos que pudieran informar esas soluciones minimalistas, vid., sobre ello 1999, pp. 11-13, 1997, pp. 392-404 y 1996, pp. 35-53) y la solución del caso concreto. Por esa razón no me voy a ocupar de la propuesta de Sunstein aquí, ya que el thayerianismo que analizo como alternativa se circunscribe al ejercicio de la legislación negativa, es decir, al juicio de constitucionalidad de una norma, y no tanto a la posible invalidación de una ley en el proceso de resolver un caso individual, que es lo que motiva la teoría de Sunstein. Sobre la misma puede verse: 1999, pp. 3-4, 9-11, 39 y las críticas formuladas por Dworkin en 1997d, pp. 371-373 y 1997e, pp. 432-453.

A esta segunda variante, que es de la que me ocuparé en lo que sigue, la denomino *thayerianismo* porque es en el artículo de James Bradley Thayer donde se encuentra la expresión canónica de esa forma de deferencia hacia el legislador. Según este autor, los jueces constitucionales procederán a declarar la inconstitucionalidad de la ley si los legisladores

«[n]o han cometido un mero error sino un error muy claro-tan claro que no está sujeto a la inquisición racional... Esta regla reconoce que, tomando en consideración las grandes, complejas y nunca del todo claras exigencias del gobierno, mucho de lo que sería inconstitucional para un hombre, o colectivo, puede razonablemente no serlo para otros; que la Constitución frecuentemente admite distintas interpretaciones; que hay frecuentemente un margen de elección y juicio; que en tales casos la Constitución no impone sobre el legislador una opinión específica, pero deja abierto ese margen de opción; que cualquier alternativa racional es por tanto constitucional»<sup>19</sup>.

Así pues, en opinión de Thayer, «[l]a cuestión definitiva no es cuál es el verdadero significado de la Constitución, sino la sostenibilidad de la legislación»<sup>20</sup>.

### 3.1. *Un ejemplo de deferencia en la jurisprudencia constitucional española: la sentencia de las Cámaras de Comercio (II)*

En la jurisprudencia constitucional española la expresión más reciente del thayerianismo que yo voy a defender quizá sea la STC 107/96 de 12 de junio en la que se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, por su presunta vulneración del artículo 22.1 de la Constitución española (que establece el derecho de asociación), al imponer la adscripción obligatoria a dichas corporaciones de todos los comerciantes, industriales y nautas. La mayoría del Tribunal entendió que, puesto que resulta difícil determinar si efectivamente es necesaria la afiliación forzosa para que así las Cámaras puedan desempeñar las funciones públicas que la Ley les confiere (razón única por la cual podría sacrificarse la vertiente negativa del derecho de asociación), el juez constitucional ha de deferir a la apreciación hecha por el legislador<sup>21</sup>. En palabras de la mayoría:

<sup>19</sup> Vid., 1893, p. 144.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 150 (cursivas del autor).

<sup>21</sup> STC 107/96 (FJ 4, 8, 10). Otra expresión de flagrante thayerianismo se encuentra en el voto que formula el Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga a la STC 55/96, en la que el Tribunal Constitucional afirma la constitucionalidad de la pena privativa de libertad que establecía el Código Penal para el delito de negarse a realizar la prestación social sustitutoria (vid., *infra* nota 27). Coincidiendo con el resultado final alcanzado por la mayoría, Jiménez de Parga indica: «Yo hubiera querido que la Sentencia del Pleno arrancase de este postulado básico. La solución de las cuestiones planteadas se habría reforzado con una afirmación rotunda de la presunción de constitucionalidad de las leyes. A mi entender, **sólo son inconstitucionales los**



«[s]iendo la dificultad para la obtención de ciertos fines un concepto jurídico indeterminado, la intensidad de este control ha de quedar matizada separando aquellos casos en los que de forma patente y manifiesta no se aprecie dificultad para conseguir unos efectos sin necesidad de la afiliación obligatoria –zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado– y aquellos otros en los que tal dificultad pueda ofrecer duda –zona de incertidumbre o penumbra del concepto–: mientras que en aquéllos este Tribunal está plenamente habilitado para la destrucción de la presunción de constitucionalidad propia de la ley, en éstos, en cambio, ha de recordarse que el “Tribunal Constitucional no puede erigirse en Juez absoluto de dicha ‘dificultad’, en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación” (SSTC 113/1994 y 179/1994)»<sup>22</sup>.

Para la minoría, en cambio, no entrar a valorar la necesidad de tal adscripción a los efectos de sacrificar un derecho fundamental y deferir al juicio hecho por el legislador, supone lisa y llanamente una abdicación del Tribunal Constitucional en su papel de garante de la Constitución (y especialmente de los derechos fundamentales de los ciudadanos); «[u]na suerte de *non liquet* por parte del Tribunal»<sup>23</sup>. En su opinión, el enjuiciamiento que corresponde al Tribunal no es el de si la obligatoriedad de la afiliación a las Cámaras aumenta o facilita la consecución de sus funciones, sino si es necesaria para ello o, al menos, si en caso contrario (permitiendo no afiliarse) re-

---

**preceptos legales que de forma clara, evidente, de un modo tan manifiesto que no admite duda, infringen la Constitución»** (énfasis mío). En el mismo espíritu thayeriano añade: «Una norma irracional no puede ser constitucional. Discutible, en cambio, es que toda ley racional sea constitucional».

<sup>22</sup> STC 107/96 (FJ 9). En una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, sin embargo, este órgano no percibió dificultad alguna que le condujera a deferir al juicio del legislador que había establecido en la Ley Orgánica del Estatuto de los Centros Escolares la afiliación obligatoria a las asociaciones de padres de los centros, como única vía de participación en el control y gestión de los mismos. En aquella ocasión afirmaba: «Es cierto, además, que el derecho de participación reconocido por la Constitución en el art. 27.7 está formulado sin restricciones ni condicionamientos y que la remisión a la Ley que haya de desarrollarlo (que es la presente Ley Orgánica) no puede en modo alguno entenderse como una autorización para que ésta pueda restringirlo o limitarlo innecesariamente, y como esto es lo que indebidamente hace el art. 18.1 de la L.O.E.C.E. al exigir el cauce asociativo, hay que declarar que tal precepto es inconstitucional, y que los padres podrán elegir sus representantes y ser ellos mismos elegidos en los órganos colegiados de gobierno del centro por medio de elecciones directas sin que tal elección haya de realizarse a través del cauce asociativo...» (STC 5/81 de 13 de febrero, FJ 19).

<sup>23</sup> Véase el voto particular que firma el Presidente D. Álvaro Rodríguez Bereijo y al que se adhieren los magistrados, D. Julio Diego González Campos, D. Carlos Viver Pi-Sunyer y D. Tomás Vives Antón. En él resuenan los ecos del voto particular del magistrado D. Francisco Rubio Llorente a la STC 12/82 (vid., *supra* nota 3), donde se reprochaba esa actitud de deferencia porque: «En lo que toca a la libertad, la Constitución no es el simple encabezamiento de una hoja en blanco en la que el legislador pueda, a su arbitrio, escribir indistintamente la afirmación o la negación».

sulta especialmente difícil el cumplimiento de esos objetivos. Lo primero, se nos dice, pertenece al ámbito de la oportunidad política o de los propósitos legislativos, coto vedado para el Tribunal Constitucional, cuya tarea resulta ser más bien la «[d]el contraste abstracto y objetivo de las normas legales impugnadas con aquellas que sirven de canon de su constitucionalidad»<sup>24</sup>.

Con la reproducción del razonamiento de la mayoría, quiero resaltar que el thayerianismo no ha de presuponer necesariamente que el legislador interpreta la Constitución de manera prioritaria (siquiera sea implícitamente). El ejercicio de legislar *puede* llevar aparejada una función de determinación deliberada del significado de la Constitución, como me parece que ocurre en España cuando, por imperativo del artículo 53.1, el legislador desarrolla los derechos fundamentales. En esos supuestos sí cabría afirmar que el legislador se ha propuesto una interpretación constitucional, pero esto es contingente.

La idea que yo entiendo informa al thayerianismo no es tanto la de una apuesta por otro sentido del término «interpretar»<sup>25</sup> que podría ser aplicado a la función legislativa, sino la de que ésta es por lo general desarrollada de manera conforme con la Constitución pues la norma fundamental acoge un rango de opciones muy amplio. Adaptando un tanto la terminología que ha empleado José Juan Moreso para analizar el concepto de primacía de la Constitución<sup>26</sup>, se podría decir que el thayerianismo supone que el universo constitucional *es infinito* (por serlo el número de sistemas constitucionalmente posibles) para el legislador, pero *limitado* (porque no deja de haber un umbral cuyo traspaso supone la ruptura constitucional). Ello hace que el thayerianismo esté comprometido con la tesis de que en muchas zonas de la Constitución no se ofrece una única respuesta correcta, sino que, como se afirmaba en una sentencia muy temprana del Tribunal Constitucional español, aquella «[e]s un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de in-

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> Con lo cual decaen, sin que hayamos de detenernos mucho en ellas, las objeciones al thayerianismo basadas, como en el caso de Tushnet (vid., 1993, p. 21), en un argumento apoyado en la estipulación sobre el término «interpretar».

<sup>26</sup> 1997, pp. 168-169.

<sup>27</sup> Vid., STC 11/81 de 8 de abril (FJ 7). A esta idea responde el principio de «libertad de configuración del legislador» que, como ha señalado Jiménez Campo, recorre toda la jurisprudencia constitucional española (1998, p. 179). Este principio ha sido especialmente invocado en los supuestos relativos al principio de proporcionalidad de la sanción penal. Así, en la STC 55/96 de 28 de marzo sobre la constitucionalidad de la pena impuesta por el delito de negarse a realizar la prestación social sustitutoria, el Tribunal afirmaba: «La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo

interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas»<sup>27</sup>.

### 3.2. *El thayerianismo y el «aguijón semántico»*

A primera vista parecería que el thayerianismo juega sus bazas empleando, como denunciaba el Dworkin de 1986, un argumento meramente semántico: «Debemos entender que la pasividad declara que como cuestión

---

y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Así lo hemos afirmado ya en otras ocasiones... sin que parezca necesario ahora ahondar en su justificación a la vista de nuestro Texto constitucional y de los postulados básicos de un criterio democrático de legitimidad en la organización del Estado» y más adelante «[e]l legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca» (FJ 6). En igual sentido se manifiesta la STC 161/97 de 2 de octubre (sobre la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, FJ 9, 11 y 12), la STC 5/81 de 13 de febrero (sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica reguladora del Estatuto de Centros Escolares, FJ 12, 15) y la STC 115/87 de 7 de julio (sobre la constitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley de Extranjería, FJ 1). En otros casos el Tribunal Constitucional no ha sido en cambio renuente a la hora de desplazar la ponderación hecha por el legislador. Además de la reciente STC 136/99 de 20 de julio que resolvía el recurso de amparo de los miembros de la mesa nacional de HB, cabe mencionar la STC 116/87 de 7 de julio que juzgó como contrario al principio de igualdad el tomar la fecha de comienzo de la guerra civil como criterio diferenciador entre los militares republicanos con derecho al cobro de ciertos haberes pasivos (vid., FJ 8 y 9 y el voto particular formulado por los magistrados D. Francisco Rubio Llorente y D. Luis Díez-Picazo donde por esa razón se reprocha a la mayoría haber invadido el terreno de juego del legislador), y la STC 199/87 de 16 de febrero en la que el Tribunal Constitucional entiende que el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas que, en aplicación del artículo 55.2 CE, amplía el plazo de detención preventiva a una semana más allá de lo previsto en el artículo 17.2 CE, es inconstitucional pues dicha prolongación resulta excesiva y no se han dado razones por las cuáles la misma se revela estrictamente necesaria (FJ 8). También la llamada «doctrina» acoge el thayerianismo en el sentido indicado por el principio de libertad de configuración del legislador; vid., Pérez Royo, 1998, pp. 132-133 y Aragón, 1988, pp. 38-40, entre otros. En su clásico manual, Ignacio De Otto lo formula del modo siguiente: «La Constitución se compone así de normas fragmentarias en el sentido de que los preceptos que contienen son compatibles con diversas regulaciones legislativas que no están regidas por la necesidad de complementar o desarrollar la norma constitucional, sino por el *imperativo de no contradecirla*. Ley constitucionalmente correcta no es ley conforme con la Constitución-por eso no cabe hablar de mayor o menor conformidad-sino que es ley *no contraria*, como lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional cuando desestima un recurso de inconstitucionalidad»; vid., 1987, pp. 47-48 (cursivas del autor).

jurídica las cláusulas abstractas de la Constitución no garantizan derecho alguno a los ciudadanos, excepción hecha de los derechos específicos que emergen de manera incontrovertible meramente del lenguaje de dichas cláusulas»<sup>28</sup>. Me atrevo a sostener que esto no es así, y que esa pasividad se basa en una reconstrucción que, como opina el Dworkin de 1997, otorga importancia a las intenciones semánticas de los constituyentes<sup>29</sup> y acoge una mejor interpretación del ideal de los derechos bajo la luz arrojada por los críticos de la versión fuerte del constitucionalismo.

Con todo, al incorporar ambas dimensiones y decir que el lenguaje no marca *toda* la diferencia no se asume la tesis de que *no marca ninguna*. De hecho, recuérdese que las objeciones de Bayón que nos obligan a reconsiderar el diseño del constitucionalismo fuerte, se apoyan en la idea de que el *constituyente pudo haberlo hecho mejor mediante ciertas acciones* (decla-

<sup>28</sup> 1986, p. 371.

<sup>29</sup> Precisamente en este elemento se apoya una de las últimas críticas de Dworkin al originalismo. La idea es, sumariamente descrita, que los originalistas, por no distinguir entre lo que el constituyente «quiso decir» y las expectativas que hubiera podido albergar sobre las consecuencias que se producirían por decir lo que dijo, cometerían un acto de infidelidad con respecto al constituyente. Cuando la dueña de una empresa le dice a su jefe de personal «Escoge al mejor candidato. Por cierto, mi hija está entre ellas», no cabe afirmar que el jefe de personal fuera infiel a las instrucciones si no escoge a la hija de la propietaria sino al mejor (ha sido fiel a las intenciones semánticas aunque haya frustrado los propósitos que hubiera podido albergar la dueña sobre los efectos de su preferencia; vid., Dworkin, 1997c, pp. 116-118, 120-121 y 1997a, pp. 1255-1256). Con esta insistencia en la intención semántica, Dworkin nos recuerda que lo que alguien dice no porta consigo la etiqueta de su nivel de abstracción (para que entonces éste sirva como criterio de determinación de la mayor o menor exactitud de la descripción de lo dicho), aunque respecto a lo dicho sí hay descripciones sobre el nivel de generalidad mejores y peores (1997b, p. 1808 y 1985, pp. 49, 52-53). La adecuación, nos dice en el prólogo a *Freedom's Law* y en 1997a, p. 1270, es dependiente de las circunstancias de la emisión y del medio utilizado. En el ejemplo anterior, son ciertas convenciones semánticas, en definitiva, lo que permiten al jefe de personal reconocer, por esa emisión, la pretensión de la dueña de inducirle la acción de escoger al mejor candidato (al respecto vid., Grice, 1969, p. 153). Esta explicación ha llamado la atención de Schauer porque no da buena cuenta de la práctica constitucional en Estados Unidos (la «lectura moral» de la Constitución no parece depender de las intenciones semánticas, pues una cláusula como la novena enmienda nunca ha sido utilizada, y sin embargo otras menos abstractas sí han incitado tal lectura; vid., en el mismo sentido Sunstein, 1996, pp. 20, 27, 33-34), y además socava uno de los cimientos de la concepción antipositivista del derecho de Dworkin (Schauer nos recuerda que aquella emerge de una reconstrucción del caso Elmer en la que se defiende la tesis de que la claridad del Derecho no es una cuestión semántica sino relativa a argumentos mejores o peores en favor de las interpretaciones rivales; vid., Schauer, 1997, 1302-1304, 1309). En su respuesta a Schauer, Dworkin ha recuperado los ingredientes clásicos de su teoría interpretativa para afirmar que la concepción del Derecho como integridad exige que no sólo sea relevante la intención semántica sino que su fuerza relativa a otros factores es en sí un asunto interpretativo, dependiente de la naturaleza de la cuestión jurídica en juego. El objetivo sigue siendo dar al acto lingüístico del constituyente el mejor sentido que se pueda a lo que hicieron cuando lo hicieron (Dworkin, 1997b, p. 1815).

rando inmodificable el «coto vedado»); que el constituyente, como cualquier emisor, o agente, puede procurar ciertos cambios en el mundo que serán tenidos en cuenta. Es evidente que no puede controlar *completamente cómo*<sup>30</sup>, pero sea como fuere, nuestra forma más primaria de ver las cosas es que cuenta con instrumentos (en nuestro caso el lenguaje) para que nosotros podamos decir, por ejemplo, que en Canadá la Corte Suprema no tiene la última palabra sobre el alcance y contenido del «coto vedado» *porque el artículo 33 de la Constitución canadiense dice tal cosa*, e inversamente, que en la gran mayoría de los sistemas que conocemos no es ese el diseño que nos hemos dado sino que, como en el caso español, existe un Tribunal Constitucional con poder decisorio último sobre la constitucionalidad de las leyes *por lo que dice el artículo 164.1 de la Constitución española* o, como afirma Dworkin, que en los Estados Unidos la cuestión de quién tiene aquel poder quedó zanjada en la opinión del juez Marshall en la sentencia *Marbury v. Madison*<sup>31</sup>.

Reparemos en esto último porque es interesante. ¿Qué le permite al autor de *Los derechos en serio* afirmar la claridad de esta regla de competencia? Cómo ha sido apuntado por notables comentaristas de Dworkin, y por él mismo, la concepción interpretativa del Derecho que defiende se apoya en buena medida en el principio de caridad: en ese axioma que ha transitado desde la filosofía de la ciencia a la filosofía del lenguaje y ahora a la teoría del derecho, y que nos recomienda, dicho muy simplificado, atribuir a nuestros interlocutores el mayor número posible de creencias y proposiciones verdaderas. Para el dominio del Derecho esto significa, como es bien sabido, verlo en su mejor perspectiva como guía para la solución de los casos, de acuerdo con la propuesta dworkiniana, y para el ámbito de la discusión teórica y científica, tratar de ver los argumentos y razones ajenas en su mejor aspecto. Aplicar esta máxima a la afirmación de Dworkin de que la cuestión de quién tiene la última palabra sobre los derechos fundamentales está zanjada desde la sentencia del juez Marshall supone, como poco, que no habremos de atribuir a Dworkin una comprensión del fenómeno jurídico en términos de «actos brutos de los jueces» a partir de una semántica ingenua según la cual lo que dijera Marshall porta su significado ope-

---

<sup>30</sup> Como ha resaltado Raz (1996, p. 271) la autoridad actúa sobre la base de convenciones lingüísticas y también con el conocimiento de las convenciones sobre cómo se va a interpretar lo que dice (convenciones interpretativas). Pero eso, obviamente, no le procura un control absoluto sobre las lecturas futuras de sus emisiones, pues si el intérprete acude a las convenciones interpretativas reinantes en el momento en que la autoridad actúa, ello es también fruto de una convención que ésta ya no puede controlar; vid., al respecto, Dworkin, 1986, pp. 324, 447 n. 4.

<sup>31</sup> 1986, p. 370.

<sup>32</sup> El iluminador parangón se debe a Jeremy Waldron; vid., 1994, p. 510.

rando como una especie de contador «geiger»<sup>32</sup>. Es decir, no debemos pensar que a Dworkin le picó el «aguijón semántico» al atribuir esos efectos meramente a las palabras vertidas en una resolución judicial. Otra cosa sería traicionar el dicho principio de caridad; una traición equivalente a la que él practica cuando niega sin más que el thayerianismo pueda ser una posición que se apoya en una mejor caracterización de la práctica constitucional. Y puede ser una reconstrucción más atractiva aunque para ello, y separándose en esto del planteamiento dworkiniano, el thayerianismo *sí considere que lo que hagan los constituyentes o los legisladores cuenta como un ingrediente muy importante*<sup>33</sup>: tanto para respetar la dimensión de encaje (el thayerianismo no es posible con respecto a la Constitución *tout court* y sí puede dar cuenta de lo que ha sido la práctica del control judicial de constitucionalidad, por ejemplo, en Estados Unidos<sup>34</sup>) como para ofrecer la mejor justificación de la misma (es más compatible con el ideal de los derechos).

#### 4. El principio *in dubio pro legislatore*

Cuestión distinta es que el thayerianismo sea practicable y cómo lo pueda ser. La versión que yo defenderé es la variante fuerte, y en un aspecto la más fiel a Thayer, de la presunción de constitucionalidad de las normas<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> En ese sentido, vid., McConnell, 1997, p. 1274.

<sup>34</sup> De acuerdo con el estudio de Clinton (1989, pp. 100-123) si hubiéramos tenido que hacer la «novela en cadena» de la institución del control judicial de constitucionalidad en 1957 (154 años después de *Marbury v. Madison*), habríamos encontrado tan sólo 38 menciones de esta sentencia y no siempre en el sentido de cimentar el papel activo de los jueces como intérpretes constitucionales. Es verdad que a partir de ese momento, y coincidiendo con el período más activo de la Corte, es adoptada como un talismán, aunque, como el propio Dworkin dice de ella (vid., *supra*, nota 15), no es una decisión que cuente con una lógica de hierro para justificar la institución.

<sup>35</sup> Y no la versión auténtica del propio Thayer que consistiría en «traducir» constitucionalidad por racionalidad de la legislación (vid., *supra* notas 19, 20, 21). Este parámetro ha sido utilizado frecuentemente, como se sabe, en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos. En el ámbito socioeconómico, la Corte Suprema exige simplemente que la legislación no sea irracional (*rational basis test* o *minimal rationality review*), lo cual hace que, puesto que un defecto de mera racionalidad instrumental sea rarísimo (o más bien la Corte no se sienta autorizada ni siquiera para indagar su posible comisión) sobre esas materias la deferencia sea total. Sin embargo, cuando hay algún derecho fundamental involucrado (especialmente un derecho de libertad o *liberty interest*), la Corte, en aplicación de una interpretación sustantiva de la enmienda XIV del debido proceso, somete la legislación a un escrutinio más estricto (*strict scrutiny*), exigiendo del legislador que muestre una razón suficientemente poderosa (*compelling*) que justifique el sacrificio. Es obvio que el debate entonces se traslada a la previa decisión de si hay o no un derecho individual en juego, o mejor dicho, si éste se encuentra o no recogido en la Constitución de los Estados Unidos, como muestran las dos decisiones que mejor ejemplifican el juego de ambos test: *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965) y *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973).

Lo que trataré de explorar es bajo qué condiciones y con qué consecuencias ésta puede ser una posición fértil.

Defender el principio *in dubio pro legislatore* implica que al que alega la inconstitucionalidad le corresponde la carga de la prueba y que ante la falta de elementos suficientes para constatarla se utiliza la presunción como forma de salir del *impasse*<sup>36</sup>. La presunción de constitucionalidad opera por tanto *ex post*, una vez comprobada que la «prueba de cargo» no es suficiente para destruir la constitucionalidad de la ley<sup>37</sup>. Por ello no tendría sentido afirmar, como hace el constitucionalista Steven Calabresi, que «[u]na vez un Tribunal ha presumido que la ley es constitucional, se pone punto final a su obligación de ser deferente. En ese punto, no hay necesidad de encontrar que el legislador ha cometido un claro error para que su decisión pueda invalidarse-es suficiente cualquier error viejo, incluso opaco»<sup>38</sup>. Las cosas funcionan de otro modo: el Tribunal presume que la ley es constitucional (aunque «de hecho» pueda no serlo) *una vez que* le quedan dudas al respecto; hasta ese momento la ley *es* constitucional al igual que el reo *es* inocente<sup>39</sup>.

A mi entender, y en esto las analogías con el procedimiento penal siguen siendo iluminadoras, la presunción de inocencia lleva aparejada necesariamente una cierta *actitud* por parte del juzgador. En el caso del procedimiento penal ésta se cifra en la apuesta por el principio acusatorio: el Tribunal penal *está a la espera* de que sea demostrada la culpabilidad y *no tratando de encontrarla*. En el ámbito del juicio de constitucionalidad la prohibición del principio inquisitivo encuentra su paralelo en la disposición deferente o autorrestrictiva por parte del Tribunal Constitucional que ya he mencionado. Por eso la indicación de Calabresi no acierta a dar cuenta de lo que realmente implica el thayerianismo, porque no cualquier error ha de valer para declarar la inconstitucionalidad, y sobre todo, el *Tribunal Constitucional está especialmente confiado en que el legislador no lo ha come-*

<sup>36</sup> Sunstein, 1999, p. 6, Ferreres, 1997, pp. 141, 160, Perry, 1993, pp. 87, 120, West, 1993, pp. 241-242 y White, 1993, p. 77.

<sup>37</sup> Véase en ese sentido, entre otras, la STC 63/1993: «[e]l principio *in dubio pro reo* sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia...»

<sup>38</sup> Calabresi, 1993, p. 275.

<sup>39</sup> Así, los individuos somos inocentes (y no *presuntamente*) hasta que se demuestre lo contrario, si bien es verdad que desde el momento en que somos imputados no somos «tan» inocentes (de hecho somos *presuntos culpables*), pues entre otras cosas cabe adoptar medidas cautelares contra nosotros que llegan hasta la privación de libertad. Pero incluso en ese caso, además de concurrir las circunstancias que establecen los apartados primero y segundo del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tienen que existir «[m]otivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión» (apartado 3 del artículo 503 LECrim).

<sup>40</sup> 1997, p. 269. A Francisco Laporta debo otro argumento que transita en la misma dirección: cuando los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por el Parlamento, ¿có-

tido. Como afirma Ferreres: «[e]l juez constitucional no debe considerar que el principal enemigo de los derechos sea la mayoría parlamentaria. No hay razón, por tanto, para que proyecte una actitud de sospecha sobre las leyes que restringen derechos constitucionales»<sup>40</sup>.

Si proseguimos en esta dirección de encontrar paralelismos, bajo la presunción fuerte de constitucionalidad hay un anhelo similar al que da forma a la noción de imperio de la ley. Así, y en aras a que los individuos puedan desarrollar sus planes de vida de manera autónoma, pensamos que el Derecho es un instrumento eficaz para ello cuando les dota de amplios márgenes de libertad y además aporta certeza sobre las consecuencias de sus acciones. Ofendería a ese ideal afirmar que los individuos «tienen que arriesgarse» o que sus decisiones «tienen hoy mucho de decisión en la incertidumbre», que es precisamente lo que un destacado representante del constitucionalismo fuerte como Jiménez Campo predica en relación con la actuación legislativa<sup>41</sup>. Él mismo ha insistido en la necesidad de limitar las sentencias llamadas interpretativas que el Tribunal Constitucional dicta de cuando en cuando, si resulta que hay una jurisprudencia consolidada sobre el significado de la formulación normativa. El Tribunal Constitucional puede tener la tentación de separarse de esa interpretación que se ha decantado haciendo una lectura que permita salvar la constitucionalidad de la norma. Tal construcción podrá ser muy lógica, pero, nos dice Jiménez Campo, la certeza del Derecho es un factor que cuenta con mayor peso, y que ha de jugar como freno frente a ese género de sentencias<sup>42</sup>. En esa misma línea, uno se pregunta a continuación por qué abandonamos la preocupación por la certeza cuando a lo que nos tenemos que enfrentar es a la delimitación del ámbito de actuación posible para el Parlamento. Esa inquietud es la que, como antes comentaba, cimenta la apuesta por el thayerianismo.

---

mo es posible que mantengan posteriormente una actitud de recelo sobre sus decisiones cuando ostentan la competencia de control de la constitucionalidad *gracias a una de esas decisiones?*

<sup>41</sup> Vid., Jiménez Campo, 1998, p. 180 y 1997, p. 19. Aja y González Beilfuss, también han llamado la atención sobre la quiebra del imperio de la ley que origina esta tendencia de permanente sospecha sobre el legislador (vid., 1998, p. 261) o de interinidad de la ley al modo en que describe Jiménez Campo; vid., 1997, p. 20.

<sup>42</sup> Jiménez Campo, 1998, p. 190.

<sup>43</sup> En el procedimiento penal español, esa actitud «pasiva» sólo cede cuando el juez advierte un «manifiesto error» en la calificación jurídica de los hechos (vid., artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En ese supuesto, se permite al Presidente del Tribunal el uso de una fórmula que no puede ser más deferente: «Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado... le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de...». En el párrafo tercero de ese mismo artículo se insiste en que el juzgador habrá de hacer uso de la mencionada prerrogativa con «moderación» y sólo con respecto a los delitos perseguibles de



Para procurar certeza es obvio que, tanto en el plano de la acción de los individuos como de la función legislativa, no sólo se confía en las actitudes de los juzgadores sino que se fijan ciertas reglas procedimentales que aseguran la operatividad, en el primer caso, del principio acusatorio<sup>43</sup>. También en el procedimiento de enjuiciamiento constitucional en España uno puede encontrar las huellas de la pasividad, aunque no deja de haber signos de todo lo contrario. Así, con respecto a lo primero, cabe que el proceso termine por desistimiento<sup>44</sup>, y, no siendo el caso, se propugna que la decisión debe ser incondicionada como manifestación del carácter de legislador negativo que según Kelsen encarnaba un Tribunal Constitucional que juzgara abstractamente las normas<sup>45</sup>. Pero junto con estas notas, conviven pese a todo,

---

oficio (y no incluyéndose los errores sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad ni del grado de participación). También es una manifestación de esta pasividad la cierta libertad compositiva que permite el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (cuando la pena solicitada por la acusación fuese de carácter correccional, y la representación del procesado se conformare con la misma, el Tribunal «[d]ictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada»). En el ámbito del Derecho privado este principio de congruencia se consagra en los artículos 359 y 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y suele condensarse en la fórmula de que el juez «no puede conceder más de lo pedido ni menos de lo resistido».

<sup>44</sup> Art. 86.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Debo a María Ángeles Ahumada el haberme llamado la atención sobre este punto.

<sup>45</sup> Vid., Jiménez Campo, 1998, pp. 188-189. Es verdad que, como indica este mismo autor, en nuestro sistema no caben las inconstitucionalidades hipotéticas ni las derivadas de la omisión (vid., 1997, pp. 67, 72), ni las modulaciones de la declaración de inconstitucionalidad (como en Austria, donde se permite al Tribunal declarar una «vacatio de nulidad», hasta tanto el legislador recompone la situación, vid., 1998, pp. 194-195). Pero como el propio Jiménez Campo se encarga de resaltar, no han sido infrecuentes las decisiones de mera inconstitucionalidad (no acompañadas de la correspondiente nulidad como impone el artículo 39.1 de la LOTC, pues ésta última habría supuesto una agravación del vicio que motivó la declaración de inconstitucionalidad; vid., Jiménez Campo, 1998, pp. 194-195, 197 y Aja y González Beilfuss, 1998, p. 260), las sentencias intermedias (de carácter interpretativo, especialmente, vid., Aja y González Beilfuss, 1998, pp. 259-261, 274-282), cuando no las recomendaciones (así en la STC 3/83 de 31 de enero: «Sería conveniente que el legislador, para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el art. 170 y conexos, para que evitara la imposibilidad de recurso en supuestos de falta de medios o de simple falta de liquidez, a través, en este último supuesto de medios conocidos y seguros empleados en la práctica económica-aval bancario, depósito de valores etc.-de modo similar a como prevé el art.183 de la LPL para las empresas concesionarias de servicios públicos» FJ 5 y vid., la crítica que a este proceder del Tribunal se contiene en el voto formulado por el magistrado D. Jerónimo Arozamena Sierra) o los juicios de perfectibilidad que convierten al Tribunal en un auténtico legislador positivo (vid., por todas la STC 53/85 de once de abril en la que se declaró la inconstitucionalidad de la despenalización del aborto, en especial los votos particulares formulados por los magistrados D. Francisco Tomás y Valiente y D. Francisco Rubio Llorente)

<sup>46</sup> «El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso». En Alemania el Tribunal cuenta también expresamente con esta prerrogativa y en Italia excepcionalmente; vid., Aja y Beilfuss, 1998, p. 266.

rasgos que denotan un cierto activismo: el sacrificio del principio de congruencia que encarna el artículo 39.2 LOTC<sup>46</sup>, el que el Tribunal pueda comunicar la existencia de motivos distintos de los alegados para acordar la admisión o inadmisión o la estimación o desestimación de la pretensión constitucional (artículo 84.1 LOTC) y la posibilidad de acordar de oficio la práctica de la prueba que estime necesaria (artículo 89.1 LOTC).

Pero más que depurar estos últimos elementos procesales o afianzar los primeros, de lo que se trataría es de precisar más rigurosamente el alcance mismo de la regla presuntiva, y a eso me dispongo a continuación.

## 5. En defensa del thayerianismo fuerte

En el esfuerzo más sólido que en esa dirección se ha hecho en España (en mi opinión, el de Víctor Ferreres), la apuesta es por relajar el grado de fuerza presuntiva invocado por Thayer<sup>47</sup>, pues, en su opinión:

«[s]i la mayoría parlamentaria sabe que el juez sólo invalidará las leyes que sean manifiesta e inequívocamente inconstitucionales, no tiene ningún incentivo institucional para deliberar en aquellos casos en los que existe controversia moral en la comunidad política. En efecto, en estos casos el legislador sabe que el juez no podrá decir que la interpretación de la Constitución en la que descansa la ley es clara e inequívocamente incorrecta, pues el carácter controvertido del caso impide, por definición, que el juez pueda caracterizar de este modo la interpretación del legislador (siempre que éste adopte alguna de las opciones políticas y morales entre las que se debate la comunidad). Pero resulta que es precisamente en los casos en que existen fuertes discrepancias morales en el seno de la comunidad política cuando es de especial importancia asegurar que las decisiones se tomen con la mayor deliberación posible. Si en esos casos basta que la ley no sea clara e inequívocamente inconstitucional, la existencia del control judicial no constituirá entonces un incentivo institucional para que el legislador delibere adecuadamente acerca de las razones a favor y en contra de las distintas propuestas posibles»<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Ferreres, 1997, pp. 139, 162 y Grey, 1993, p. 41. Thayer no hace sino trasladar el *standard* del procedimiento penal norteamericano (la culpabilidad ha de demostrarse más allá de cualquier duda razonable, *beyond any reasonable doubt*) al ámbito del juicio de constitucionalidad.

<sup>48</sup> Ferreres, 1997, p. 186 (cursivas mías) y en la misma línea, pp. 139, 180, 187. La construcción de Ferreres, con todo, deja sitio para tres enmiendas; tres circunstancias en las que la actitud del Tribunal sí debe ser recelosa: cuando hay una posible afectación del principio de igualdad en relación con personas que se insertan en grupos vulnerables (*ibid.*, pp. 242-268) o de los derechos de participación política si se puede entender que la mayoría no es imparcial (*id.*, pp. 269-275) y cuando el juicio de constitucionalidad se proyecta sobre leyes que pertenecen al sistema «por inercia» (en este caso la presunción desaparece; *id.*, pp. 218-226).

<sup>49</sup> «[q]ueda derogado el principio de dignidad de la persona» o «queda derogada la democracia...» ejemplifica Ferreres al hilo de los límites de la reforma constitucional, *id.*, p. 238 y pp. 212-213.

Ahora bien, y como antes indicaba en relación con el juego de la presunción y la caracterización errónea de Calabresi, si las circunstancias socio-políticas en las que el Tribunal Constitucional cumple su función son las del desacuerdo razonable, esto es, si resulta que el legislador no promulga normas groseramente contrarias a la Constitución<sup>49</sup>, de nuevo cabe que nos preguntemos si el modelo defendido por Ferreres no está basado en el prejuicio.

Pues, ¿qué nos hace pensar que la deliberación no ha sido adecuada?<sup>50</sup> Ferreres no nos da muchas pistas, pero yo imagino que la inadecuación tiene que ver con la vulneración de ciertas reglas mínimas que confieren iguales oportunidades a todos los parlamentarios para exponer su posición y votar (lo cual puede conllevar el empleo de un buen número, en todo caso finito, de sesiones deliberativas previas a la adopción de la decisión), y no tanto a que no se haya alcanzado *la decisión adecuada* pues en ese caso no se entendería muy bien por qué se delibera. Pero entonces lo que nos falta es el presupuesto de darse las circunstancias que el propio Ferreres llama de «normalidad política». Parafraseando el mismo argumento que él utiliza para no admitir la presunción fuerte de constitucionalidad, pero en este caso para sí apoyarla, cabría afirmar que «[s]i **no** se reconociera a la ley una presunción muy fuerte de constitucionalidad, nos encontraríamos ante un sistema de justicia constitucional pensado para una democracia en crisis»<sup>51</sup>.

Ferreres arguye que la presunción no puede ser tan fuerte porque, en otro caso, el Parlamento, dicho ligeramente, «se relaja». Pero tal vez cupiera ver las cosas de otro modo, y en tal sentido entender que no siendo muy fuerte la presunción, es el Tribunal el que se relaja en su enjuiciamiento constitucional. Si sólo pudiera declarar la inconstitucionalidad de las leyes por unanimidad, y, admitiendo como el propio Ferreres hace, que las magistradas discrepantes (o él magistrado discrepante) no son irrazonables por el mero hecho de dudar<sup>52</sup>, podríamos pensar que las partidarias de la inconstitucionalidad van a tener que afinar mucho sus argumentos obteniendo así una decisión muy sólida si logran el consenso.

El problema, en definitiva, sobre el que Ferreres también llama la atención, no es tanto que una regla de presunción fuerte desincentive la deliberación adecuada *sino que haga inútil el control de inconstitucionalidad*. Así,

<sup>50</sup> O, *ex ante*, que hay afectación del principio de igualdad o que la mayoría es parcial.

<sup>51</sup> Vid., Ferreres, 1997, p. 212 (la negrita es mía para resaltar que esa negación no figura en el original).

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 211 y Nagel, 1993, p. 198.

<sup>53</sup> En ese sentido vid., Perry, 1993, pp. 152-153 rescatando una opinión disidente del que ha sido considerado el juez de la Corte Suprema más thayeriano de la historia: Felix Frankfurter. En la sentencia *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (319 US 624, 1964)

si consecuentemente dijéramos que las normas promulgadas por el legislador son constitucionales ante la constatación de la duda de cualquiera, es decir, que sólo cabría la declaración de inconstitucionalidad por decisión unánime, se cerniría la sospecha de que el Tribunal Constitucional es irrelevante; que se convierte en un «convidado de piedra»<sup>53</sup>. Defender por tanto el thayerianismo fuerte, es justificar de qué modo no lo sería. Pero antes de hacerlo no puedo dejar de salir al paso de una posible objeción a la aplicación de la regla del consenso.

Exigir mayorías reforzadas (y más aún la unanimidad) para la adopción de decisiones suele ser visto como una flagrante vulneración del principio de igualdad pues la elección en favor de que cambie el *statu quo* resulta más costosa que su mantenimiento. Pero, como vimos en el segundo apartado, la regla de la mayoría no cuenta con un dominio universal de aplicación, siendo esta la razón precisamente por la que se justifica la articulación de una forma débil de constitucionalismo. Por recurrir a otros ejemplos, los jurados en España no deciden por mayoría tener por probados los hechos desfavorables para el reo, sino que se precisan siete votos de nueve<sup>54</sup>. No parece que se vulnere por ello la igualdad de los integrantes del jurado. De manera similar, hemos de recordar que lo que en nuestro ámbito representa el *statu quo* no es sino una decisión democrática ya adoptada, que efectivamente queremos privilegiar.

No se puede negar, con todo, que esta transformación del principio *in dubio pro legislatore*, en la máxima *en desacuerdo pro legislatore*<sup>55</sup>, pues se otorga el mismo efecto de «absolver» a la disidencia de cualquiera, entraña peligros. Mi propuesta para conjurarlos pasa, en primera instancia, por no confundir *la duda de cualquiera con cualquier duda*. Por eso he venido insistiendo en que nos debemos encontrar ante la expresión de una duda razonable. Y ello quiere decir la *exposición de las razones por las cuales no son concluyentes los argumentos aducidos en favor de la inconstitucionalidad*

---

la mayoría de la Corte declaró ser contrario a la primera enmienda no eximir a los testigos de Jehová de la obligación de saludar a la bandera en los colegios públicos, y Frankfurter declinó sumarse a dicha tesis porque sobre esa obligación, y su encaje constitucional, la gente podía razonablemente diferir.

<sup>54</sup> Artículo 59.1 Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado.

<sup>55</sup> En la STC 63/93 de 31 de marzo, el Tribunal Constitucional indica, frente a la alegación del recurrente que afirmaba que se había vulnerado la presunción de inocencia en la sentencia que motiva su recurso (pues aquélla contó con un voto particular en el que se expresaban las dudas sobre su autoría), que lo que eso demuestra es, precisamente, que no hubo vulneración del principio *in dubio pro reo* pues la mayoría no dudó razonablemente (FJ 4). Pero esta respuesta del Tribunal no atiende debidamente a lo que encierra el argumento del recurrente, que no es sino si una comprensión más adecuada del principio no habría de llevar a apostar por la unanimidad como regla de decisión en los órganos colegiados.

dad. Y digo «exposición» deliberadamente, porque al fin de evitar o desincentivar la actuación desleal o arbitraria o meramente caprichosa del disidente, pudiera pensarse en que a él o ella o a la minoría que propugna la constitucionalidad de la norma, les habría de corresponder la redacción de la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad, para así poner a prueba la razonabilidad de su disidencia y someter a la opinión pública y a la comunidad de los juristas su defensa del Parlamento<sup>56</sup>.

Para ilustrar lo que quiero decir voy a retomar la STC 107/96 sobre las Cámaras de Comercio. Concretamente, y por proseguir en este ejercicio de priorizar a la minoría, los argumentos de los disidentes en el Tribunal que en este caso eran partidarios de declarar la inconstitucionalidad de la Ley 3/1993. En la referida sentencia, la mayoría fundamenta la deferencia en que el juicio de ser *difícil* que se logren ciertos fines sin restringir un derecho, corresponde al legislador. Esa noción «dificultad para el logro de ciertos fines» tiene una zona de indeterminación: en ciertos casos es claro que no es difícil alcanzar los fines que se reputan legítimos sin el sacrificio del derecho fundamental, mientras que en otros no es manifiesto ni patente que para lograrlos haya que procurar esa restricción. En estos supuestos la dificultad es dudosa, y ante la incertidumbre, se defiende al juicio del legislador que considera que sí resulta difícil lograr los propósitos legítimos de las Cámaras en cuestión si no hay afiliación obligatoria.

Para la minoría, en cambio, el legislador habría tenido que demostrar que tal restricción es *necesaria* o, cuando menos, que resulta *especialmente difícil* el cumplimiento de los objetivos sin imponer la adscripción<sup>57</sup>. De acuerdo con ello, al Tribunal no le bastaría con presuponer que es dudoso que nos hallemos ante un caso claro de dificultad (y entonces *in dubio pro legislatore*), ni al legislador afirmar meramente que la dificultad existe, *si no que a éste le es legítimamente exigible que nos aporte las razones que le llevaron a predicar tal dificultad*.

---

<sup>56</sup> Como ha sugerido Michelman (1996, pp. 153-158), la lectura de Dworkin de «El dominio de la vida», nos lleva a pensar que esa confianza en la sensatez de juicio de los individuos que justifica el que sean tratados con igual consideración y respeto, es lo que edifica una comunidad de responsabilidad y no de conformidad. En estas mismas líneas pudiera inscribirse la atribución del derecho de veto a cada uno de los magistrados del Tribunal. Por otro lado, para los que duden de la virtualidad de las opiniones del Tribunal en la arena pública, basta recordar que la institución del control jurisdiccional de constitucionalidad no es el fallo del juez Marshall en *Marbury v. Madison* (que fue, por decirlo sumariamente, favorable al ejecutivo), sino una consideración *obiter dicta* en la sentencia.

<sup>57</sup> Voto particular a la STC 107/96 que formula el Magistrado D. Álvaro Rodríguez Bereijo, al se adhieren los Magistrados don Julio Diego González Campos, D. Carles Viver Pi-Sunyer y D. Tomás S. Vives Antón (epígrafes V y XI).

Lo que parece planear en la argumentación de la minoría es que, continuando con este ejemplo, el juicio gnoseológico de que nos hallamos situados en esa zona en la que resulta difícil la determinación de ser o no necesaria la restricción del derecho, no puede ser arbitrario; que también han de darse razones para predicar la incompetencia epistémica. Que *alguna* clase de conocimiento (aunque sea difuso) e inquisición (siquiera mínima) es necesaria para justificar la afirmación de nuestra ignorancia, o de que una determinada cuestión es difícil, para entonces deferir.

En un debate en el que recientemente han estado involucrados Sunstein y Dworkin, acerca de las tesis del primero, y que tiene muchas resonancias del planteamiento hecho en la STC sobre las Cámaras de Comercio, Dworkin le espeta a Sunstein (con razón) que el principio de competencia epistémica imperfecta que ha esgrimido<sup>58</sup> para justificar la autorrestricción de la Corte Suprema está mal concebido si significa que con carácter previo podemos determinar, por exclusión, de lo que no somos capaces de dar cuenta, sin asomo, incursión o, por utilizar la propia imagen dworkiniana, ascenso justificatorio alguno, aunque sea para afirmar que, volviendo al caso que nos ocupa, *no se sabe* si la dificultad que justifica la restricción del derecho se da o no<sup>59</sup>.

Con ello quiero decir que, por seguir con las imágenes, ciertamente se precisa conocer un tanto el paisaje circundante, pero no es necesario recorrer todo el camino que nos llevaría a una cierta respuesta<sup>60</sup>, pues entonces seríamos nosotros los que acabaríamos por determinarla<sup>61</sup>. Eso es lo que acontece en el voto particular a la STC 107/96, cuando la minoría por ella misma practica la ponderación hecha por el legislador para llegar a una conclusión distinta<sup>62</sup>. Por utilizar el ejemplo que ha usado José Juan Moreso a partir de uno de Quine<sup>63</sup>, es como si la mayoría del Tribunal en el asunto de las Cámaras de Comercio hubiera dicho: es difícil saber, como dice el le-

---

<sup>58</sup> 1997, pp. 390, 401, 403-404 y *supra* nota 18. En puridad, el nombre del principio se debe a Kamm; vid., 1997, p. 406.

<sup>59</sup> 1997d, pp. 357-358.

<sup>60</sup> Como parece apuntar Dworkin en su polémica con Sunstein; vid., 1997d, pp. 371-372. Hay que advertir que, como ha resaltado Marisa Iglesias, nada hay en la tesis de Dworkin que justifique que siempre habrá una única respuesta correcta «al final del camino» (en la conclusión del ejercicio interpretativo que supone resolver un caso): puede haber un «empate entre interpretaciones», o ser la mejor respuesta la de que «no hay una mejor respuesta», pero ello ha de ser, y en eso Dworkin seguiría llevando la razón, la conclusión del esfuerzo argumentativo por mostrar la mejor versión de la práctica jurídica, más que una exclusión previa; vid., Iglesias, 1999, pp. 243-246.

<sup>61</sup> Sobre esta idea se cimenta la tesis del reemplazo, uno de los ingredientes de la concepción normal de la justificación de la autoridad en Raz; vid., 1986, pp. 40-42, 58-60.

<sup>62</sup> Vid., epígrafes V, VI, VII, VIII, IX y X del voto particular a la STC 107/96.

<sup>63</sup> Moreso, 1997, pp. 90, 126.

gislador, si había un número impar de briznas de hierba en el Campus de Bellaterra el 25 de septiembre de 1995, por lo tanto había un número impar. Lo que queremos, reclama legítimamente la disidencia en el Tribunal, es que se nos arroje luz sobre esa duda; que se nos den las razones para esa incertidumbre epistémica. Pero ello no implica, y en este aspecto la minoría no tendría razón, ponernos nosotros a intentar determinar cuántas briznas de hierba había ese día, pues en tal caso lisa y llanamente suplantamos al legislador. No hay abdicación alguna, entonces, ni conjunto vacío de casos para el Tribunal Constitucional, si concebimos su función bajo estos parámetros. Habrá restricciones de derechos fundamentales para las que no se han aportado razones, y dudas infundadas de algunos miembros del Tribunal a los que se les habrá de persuadir de ello. Quiero creer, pues, que no será baladí para los ciudadanos disponer de los argumentos esgrimidos sobre el alcance de nuestros derechos, y la lectura hecha de los mismos por el legislador, en uno u otro sentido, aunque sea al precio de sólo muy excepcionalmente ver a éste enmendado.

Parafraseando y matizando un tanto a Waldron, «todo estará siempre *un poco* en el aire», pues la propia regla Thayer que yo he tratado de defender, no puede *ni debe* dar cuenta *a priori* de todas las deferencias justificadas. Será en todo caso en el seno del Tribunal donde se determine en cada ocasión, como expresión ineludible de su carácter «final»<sup>64</sup>, aunque para sobreponerse al legislador se deberá contar con el convencimiento de todos sus miembros, pues sólo así se pone en práctica la versión del thayerianismo que mejor responde a los parámetros del constitucionalismo débil. Si este equilibrio que yo he intentado es más bien un ejercicio fútil de funambulismo, habremos de ser conscientes, en todo caso, de que la consecuencia será abrazar sin mayores complejos y vericuetos el modelo institucional que no da al Tribunal Constitucional la última palabra. A salvo, claro, de que se nos convenza de que otorgar el privilegio de determinar el ámbito y contenido de nuestros derechos básicos a un órgano no representativo es compatible con el ideal de los derechos. A los que así lo entiendan corresponde, me parece, la carga de la prueba.

Seguramente toda esta articulación es el producto de una gran ingenuidad; quizá también de más de una traición. Yo comenzaba invocando a Dworkin y a la fusión del Derecho constitucional y la filosofía del Derecho que él propugnaba. Espero no haber sembrado dudas sobre los beneficios de

---

<sup>64</sup> Tarea ésta, la de fijar sus propios límites, que, como en su momento observó Nagel, hace que esta institución esté irremisiblemente comprometida con una tarea filosófica; vid., 1981, p. 523.

<sup>65</sup> Ezquiaga, 1990, p. 69.

esa *joint venture* por un uso imprudente del constitucionalismo. En todo caso me reconforta haber sabido que mi planteamiento pudiera ser tributario, paradójicamente, del mismísimo juez Marshall. Él fue quién convirtió en regla procesal la expresión pública del disenso judicial en la Corte Suprema, inaugurando con ello la institución del voto particular<sup>65</sup> que yo en esta ocasión he utilizado para vindicar un juez capaz de acudir en auxilio del legislador justificando públicamente tal disidencia; un magistrado ciertamente hercúleo aunque traidoramente dworkiniano.

### Bibliografía

- Aja, Eliseo** (1998): «El origen, la expansión y la transformación de los Tribunales Constitucionales en los Estados europeos», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Eliseo Aja (ed.), Ariel, Barcelona, pp. XI-XXXII.
- Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus** (1998): «Conclusiones generales», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Eliseo Aja (ed.), Ariel, Barcelona, pp. 257-291.
- Aragón Reyes, Manuel** (1988): «La eficacia jurídica del principio democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº24, septiembre-diciembre, pp. 9-45.
- Bayón, Juan Carlos** (1998): «Diritti, democrazia, costituzione», *Ragion pratica*, Vol. 10, pp. 41-64.
- Bickel, Alexander** (1986): *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven-London (1ª edición de 1962).
- Calabresi, Steven G.** (1993): «Thayer's Clear Mistake», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 269-277.
- Cappelletti, Mauro** (1980): «The "Mighty Problem" of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis», *Southern California Law Review*, Vol. 53, nº2, january, pp. 409-445.
- Christiano, Thomas** (1993): «Social Choice and Democracy», en *The Idea of Democracy*, David Copp, Jean Hampton y John E. Roemer (eds.), Cambridge University Press, Cambridge-New York, pp. 173-195.
- Clinton, Robert Lowry** (1989): «*Marbury v. Madison*» and *Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence (Kansas).
- Dworkin, Ronald** (1997a): «The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve», *Fordham Law Review*, Vol. 65, march, pp. 1249-1268.
- (1997b): «Reflections on Fidelity», *Fordham Law Review*, Vol. 65, march, pp. 1799-1818.
- (1997c): «Comment», en *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law, an Essay by Antonin Scalia*, Amy Gutmann (ed.), Princeton University Press, Princeton, pp. 115-127.



- (1997d): «In Praise of Theory», *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer, pp. 353-376.
  - (1997e): «Reply», *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer, pp. 431-456.
  - (1996): *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
  - (1986): *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
  - (1985): *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
  - (1977): *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) (hay traducción española de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984).
- Elster, Jon** (1979): «Ulysses and the Sirens: A Theory of Imperfect Rationality», en *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, pp. 36-111 (hay traducción al español de J. J. Utrilla, *Ulises y las sirenas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989).
- Ely, John Hart** (1980): *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier** (1990): *El voto particular*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Ferreres Comella, Víctor** (1997): *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Freeman, Samuel** (1990-1991): «Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review», *Law and Philosophy*, Vol. 9, n°4, pp. 327-370.
- García de Enterría, Eduardo** (1995): *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid.
- Garzón Valdés, Ernesto** (1993): *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1989): «Algo más acerca del «coto vedado»», *Doxa*, 6, pp. 209-213.
- Grey, Thomas C.** (1993): «Thayer's Doctrine: Notes on its Origin, Scope, and Present Implications», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 28-41.
- Grice, Paul** (1969): «Utterer's Meaning and Intention», *The Philosophical Review*, Vol. 78, n°2, april, pp. 147-177 (hay traducción al español de J. José Acero, «Las intenciones y el significado del hablante», en *La búsqueda del significado*, Luis M. Valdés Villanueva (ed.), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 481-510).
- Hart, H.L.A.** (1983): *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford.
- Holmes, Stephen** (1988): «Precommitment and the Paradox of Democracy», en *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster & Rune Slagstad (eds.), Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), pp. 195-249.
- Iglesias Vila, Marisa** (1999): *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- Jiménez Campo, Javier** (1998): «Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Eliseo Aja (ed.), Ariel, Barcelona, pp. 171-205.
- (1997): «Qué hacer con la ley inconstitucional», en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley (Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*. Cuadernos y Debates nº66, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 15-79.
- Kamm, F. M.** (1997): «Theory and Analogy in Law», *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer, pp. 405-425.
- Kelsen, Hans** (1983): *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid (traducción de Manuel Sánchez Sarto).
- McConnell, Michael W.** (1997): «The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's «Moral Reading» of the Constitution», *Fordham Law Review*, Vol. 65, march, pp. 1269-1293.
- Medina Guerrero, Manuel y Huelin Martínez de Velasco, Joaquín** (1997): «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos de control de constitucionalidad de normas con valor de ley (septiembre 1995-Julio 1996)», en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley (Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*. Cuadernos y Debates nº66, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 309-337.
- Michelman, Frank I.** (1996): «Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life», en *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, Austin Sarat & Thomas R. Kearns (eds.), The University of Michigan Press, Ann Arbor, pp. 139-164.
- Moreso, José Juan** (1997): *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Nagel, Robert F.** (1993): «Name-Calling and the Clear Error Rule», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 193-211.
- Nagel, Thomas** (1981): «The Supreme Court and Political Philosophy», *New York University Law Review*, Vol. 56, nº 2-3, may-june, pp. 519-524.
- Nino, Carlos Santiago** (1992): *Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- Otto, Ignacio de** (1987): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.
- Paulsen, Michael Stokes** (1994): «The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is», *Georgetown Law Journal*, Vol. 83, december, pp. 217-345.
- Pérez Royo, Javier** (1998): *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid.
- Perry, Michael J.** (1993): «The Constitution, the Courts, and the Question of Minimalism», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 84-164.

- Rawls, John** (1993): *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York (hay traducción al español de Toni Doménech, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996).
- Raz, Joseph** (1996): «Intention in Interpretation», en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Robert P. George (ed.), Clarendon Press, Oxford, pp. 249-286.
- (1986): *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.
- Schauer, Frederick** (1997): «Constitutional Invocations», *Fordham Law Review*, Vol. 65, march, pp. 1295-1312.
- Sunstein, Cass R.** (1999): *One Case At A Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London.
- (1997): «From Theory to Practice», *Arizona State Law Journal*, Vol. 29, summer, pp. 389-404.
- (1996): *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York-Oxford.
- Thayer, James Bradley** (1893): «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, Vol. 7, n°3, october, pp. 129-156.
- Tushnet, Mark** (1993): «Thayer's Target: Judicial Review or Democracy?», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 10-27.
- Waldron, Jeremy** (1999a): «Disagreement and Precommitment», en *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, pp. 255-281.
- (1999b): «The Constitutional Conception of Democracy», en *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, pp. 282-312.
- (1994): «Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues», *California Law Review*, Vol. 82, n°3, may, pp. 509-540.
- (1993): «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, n°1, pp. 18-51.
- West, Robin** (1993): «The Aspirational Constitution», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 241-268.
- White, Edward G.** (1993): «Revisiting James Bradley Thayer», *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, fall, pp. 48-83.



**DOXA 23 (2000)**

---