

CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES (*)

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

Víctor Ferreres continúa en este libro la reflexión iniciada en el primero que dedicó a la problemática relación entre democracia y justicia constitucional, un tema que, como señala Marian Ahumada, preocupa mucho más a la doctrina norteamericana que a la europea (1). Si hemos de juzgar por lo que dice Carl Schmitt, en su tiempo la situación era exactamente la contraria, pero no es éste el momento de entrar en esa discusión ni examinar las razones que, a juicio de Marian Ahumada, explican la situación actual. En el libro que ahora comentamos, el problema sigue siendo el mismo, pero Víctor Ferreres no lo estudia desde una perspectiva general, sino desde la específicamente europea.

Como exerga de su primer libro (2), Ferreres utilizaba una frase de Bickel en la que se afirma que es innegable que el control judicial es una fuerza «contra-mayoritaria» y que, por tanto, lo único que cabe hacer para justificarlo es exponer su utilidad para dar respuesta a las necesidades reales de nuestras sociedades.

A partir de esa idea, y señalando que su análisis se limita al control judicial desde el punto de vista de los derechos, nuestro autor analizaba en ese primer libro, que es necesario recordar antes de ocuparse del actual, que continúa la reflexión allí iniciada, las peculiaridades del juicio de constitucionalidad de la ley, que, aunque no es la única forma de juicio que tiene por objeto el contraste entre normas, se diferencia de todos los demás por dos rasgos bien acusados: la

(*) Víctor FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale University Press, 2009.

(1) Marian AHUMADA, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, 2005.

(2) *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997.

indeterminación de las normas constitucionales y la especial dignidad de la ley desde el punto de vista de la democracia.

Teniendo en cuenta estos rasgos, la objeción democrática al control judicial la sintetiza Ferreres en tres razones: la carencia de legitimación democrática del juez, o, al menos, su inferioridad en relación con la del legislador; la rigidez constitucional, que impide o dificulta la corrección de la decisión judicial mediante la reforma de la norma de referencia y, en tercer lugar la controvertibilidad inherente a la interpretación de las normas constitucionales.

La fuerza de las dos primeras de estas objeciones puede reducirse mediante un sistema de nombramiento de los jueces constitucionales que los aproxime a la representación popular y haciendo más fácil la reforma constitucional. Más difícil es salvar la fuerza de la última objeción, reducir la «controvertibilidad» de la interpretación constitucional.

A lo largo de dos capítulos se analizan después con detalle las principales teorías que en la doctrina norteamericana se han propuesto para reducir el ámbito de lo controvertible, ninguna de las cuales encuentra aceptable. Frente a la idea de una Constitución procedimental (o más precisamente frente a la visión puramente procedimental de la Constitución), que propone Ely, de la que se deriva la conclusión de que el juez sólo puede invalidar las leyes que obstaculicen la participación igual de todos en el proceso democrático, Ferreres señala, a mi juicio con razón, que los derechos sustantivos también son condición necesaria para la existencia de la democracia. De otro lado, las teorías que propugnan una Constitución «de detalle», que reduzca al mínimo la discrecionalidad del juez, llevan, a su juicio, a admitir la tiranía de las generaciones pasadas sobre las futuras, impiden la acomodación de la Constitución a las necesidades del presente y obstaculizan la función de integración que la Constitución debe cumplir.

Si el control judicial ha de afirmarse frente al legislador en relación con todos los derechos y no sólo los procedimentales y la Constitución debe enunciar los derechos mediante fórmulas abstractas y, por tanto, de interpretación controvertible, hay que buscar otras vías para reducir la tensión.

Víctor Ferreres creía encontrarlas, en el primer libro, en el ajuste de la actuación judicial a ciertos principios, especialmente la presunción de constitucionalidad de la ley y la deferencia del juez frente al legislador. Tras el análisis minucioso de la noción de presunción que se hace en el Capítulo IV, en el siguiente (V), que es el central de *Justicia Constitucional y Democracia*, el autor expone las razones que le llevan a sostener que, mediante el empleo de esa presunción, se preservan tanto la superioridad epistémica de la interpretación legislativa sobre la judicial, como el respeto por la mayor dignidad democrática del legislador. Un control en el que el juez pretendiera colocarse sobre el legislador, o en

el mismo plano que él, es democráticamente inaceptable, pero un control que se lleve a cabo con modestia, que parta de la presunción de constitucionalidad de la ley y en el que el juez actúe siempre de manera deferente frente al legislador, no sólo es compatible con la democracia, sino que de hecho la perfecciona. El control judicial de la ley se justifica precisamente porque gracias a él se hace mayor la capacidad epistémica del legislador y se depura democráticamente el proceso legislativo.

El argumento está bien construido, pero va más allá de lo que inicialmente parecía ser su finalidad. De hecho el mismo autor lo ha utilizado para justificar no sólo el control judicial de la ley, sino la idea misma de rigidez constitucional que «puede verse como un medio para garantizar y preservar la práctica de dar y pedir razones ante el juez constitucional» (3). En esta línea de razonamiento, la instauración del control judicial de la ley no necesita ser explicada por razones circunstanciales. El «argumento democrático» puede moverse, dice Marian Ahumada, en todas direcciones como la reina del ajedrez, tanto para combatir el control judicial como para hacer de él elemento necesario de la idea de democracia e incluso de Constitución. La misma autora sugiere agudamente que el empleo de este argumento polivalente está determinado por la idea de Constitución, aunque el hecho de que el control se implante en países concretos y en momentos determinados de la historia no depende tanto de esta idea sino de circunstancias históricas concretas (4). Pero no quiero entrar ahora en esa discusión, que tiene, sin embargo, notable importancia práctica.

En su nuevo libro (5), en el que por fin entro, son estas ideas las que, de modo explícito o implícito, sirven de base a la argumentación con la que se afirma la superioridad del modelo europeo, definido esencialmente por la distinción entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional y la centralización de ésta en un tribunal único, frente al sistema de control difuso de constitucionalidad propio de la *judicial review*.

Víctor Ferreres pasa por alto el hecho, subrayado por Marian Ahumada, de que la finalidad última y en cierto sentido paradójica de este modelo europeo, es la de salvar el principio de legalidad y de que su creación es más producto de la improvisación que realización de una teoría previamente construida (6). Se limita a analizar en detalle las razones que después de su creación se dieron para justificarlo: la acomodación a la concepción europea de la separación de pode-

(3) «Una defensa de la rigidez constitucional, en *Doxa*, núm. 23, 2000, pág. 39.

(4) M. AHUMADA, *op. cit.*, especialmente págs. 63 y sigs. y 292 y sigs.

(5) *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale University Press, 2009.

(6) *Op. cit.*, págs. 112 y sigs.

res y sobre todo la necesidad de preservar la seguridad jurídica en los países de *civil law*, en los que no opera el *stare decisis*. Ninguno de estos argumentos basta, sin embargo, a juicio del autor, para explicar la necesidad que en Europa se sintió de organizar un sistema de control de constitucionalidad distinto del norteamericano. La opción europea por un modelo peculiar se justifica más bien por la idea de que, dada la finalidad propia del control de constitucionalidad de la ley, este modelo se ajusta mejor que el norteamericano a esa finalidad y tiene por eso un valor superior.

Sentada esta tesis en la Primera parte, la Segunda va desmenuzando uno tras otro los argumentos que demuestran la superioridad del modelo europeo. El Capítulo IV, el primero de esta Segunda Parte, expone las razones por las que cabe sostener que un tribunal está mejor situado que un órgano legislativo para la interpretación de la Constitución, o más precisamente para la interpretación de los derechos, pues, a juicio de Ferreres, la necesidad de un Tribunal Constitucional para resolver los litigios competenciales en el Estado Federal es tan evidente que no necesita ser argumentada.

Con toda modestia he de decir que a mí esta evidencia no me parece abrumadora, pero no es éste el momento de poner en cuestión esta convicción que Ferreres comparte con Kelsen, cuando tanto interés tiene el análisis de las razones, originales y sólidas, que le llevan a sostener que los tribunales constitucionales están mejor situados que los órganos legislativos para interpretar los enunciados constitucionales de derechos. En resumen, esta superioridad viene del hecho de que disponen de más tiempo para llevar a cabo la interpretación, pueden hacerla de una manera objetiva, situándose en la perspectiva de los principios, y pueden situar también en este plano el debate público sobre los derechos.

Si éstas son las ventajas de la interpretación judicial sobre la legislativa, la superioridad del modelo europeo es evidente. Un Tribunal Constitucional que no tenga que ocuparse de los asuntos propios de la jurisdicción ordinaria, tiene más tiempo para la interpretación constitucional. Es verdad que esta ventaja va acompañada de una separación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, que puede dar lugar a roces y enfrentamientos, pero ni éstos son inevitables, ni es ésta la única ventaja que tiene la separación de ambas jurisdicciones.

Precisamente porque no es un tribunal ordinario, el nombramiento de los componentes del Tribunal Constitucional no tiene que acomodarse al procedimiento burocrático propio de la judicatura europea, ofrece la posibilidad de que participen en él los órganos políticos y de que éstos incorporen al Tribunal no sólo jueces de profesión, sino también abogados, profesores, funcionarios e incluso políticos. Por su composición y por su objeto, un Tribunal Constitucional

puede razonar de una manera más filosófica que los tribunales ordinarios y debe huir del error de interpretar la Constitución como si fuera una ley, un error que naturalmente no ha podido evitar la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Gracias a este «razonamiento filosófico», las características distintivas del «diálogo constitucional» aparecen así más claramente. El objeto del juicio es la ley, la norma más alta del ordenamiento, aunque esta mayor dignidad esté basada en una concepción de la división del poder que no existe ya en la práctica. Además, el hecho de que el litigio se dirija contra la ley y de que en él sean parte los órganos políticos, que en muchos casos son también los que lo inician, depura el debate, que puede hacer abstracción de intereses particulares y consideraciones circunstanciales. Es verdad que esta depuración del debate tiene inconvenientes, puesto que obliga a centrarse en el texto, no en la interpretación que de él han hecho los operadores jurídicos y el juicio de constitucionalidad se agota en un solo litigio y ante un Tribunal único. Estos inconvenientes son, pese a todo, muy inferiores a las ventajas del modelo, cuya racionalidad propia, a juicio del autor, aconseja otorgar legitimación para impugnar la ley a las minorías parlamentarias.

Por último, la centralización del control de constitucionalidad en un Tribunal único, cuya única función es ésta, es un medio adecuado para vencer la timidez de los jueces europeos frente a la ley e impedir que el órgano de control pueda eludir las dificultades que el control de constitucionalidad plantea, refugiándose en la interpretación de la ley para no enfrentarse con la Constitución. Lo que justifica la existencia del Tribunal Constitucional es el juicio sobre la constitucionalidad de la ley, que no debe eludir mediante el gris sobre gris de las habilidades interpretativas.

Como es evidente, ninguno de estos méritos propios del modelo europeo salva la «objeción democrática». A juicio del autor, ni la respuesta basada en la idea de que los derechos forman parte de la idea de democracia (Ferrajoli), o son condición de posibilidad de ésta (Dworkin) permite desconocer el hecho de que la legitimidad democrática de los jueces es inferior a la del legislador, o afirmar que su capacidad para acertar es superior a la de éste. Aunque ingenioso, tampoco el argumento de Sager de que la participación del ciudadano en democracia no se hace sólo por vía electoral, sino también «deliberativa» le parece convincente.

En definitiva, concluye de manera algo sorprendente, lo único que, sin negar la tensión entre control judicial y democracia, puede justificar la existencia de aquél, es la probabilidad de que el acierto del juez en la interpretación de los derechos sea mayor que el del legislador y que el juez se mantenga en su sitio, modestamente, sin pretender ocupar el lugar de aquél.

Para lograr ese efecto, el Capítulo VIII sugiere las mismas medidas ya consideradas en el libro anterior (nombramiento de los jueces por órganos políticos, temporalidad de los mandatos, flexibilización de la Constitución, etc.). Unas medidas que parecen congruentes con lo que Marian Ahumada llama «constitucionalismo débil» aunque este concepto parece abarcar también una concepción «procedimental» de la Constitución (Ely), que también en su obra anterior rechazaba Víctor Ferreres.

Los tres últimos Capítulos analizan la tendencia hacia una cierta «descentralización» del sistema modelo europeo, tanto por obra de factores internos (mayor latitud del juez ordinario para la «interpretación conforme», etc.) como internacionales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos). Para satisfacer las necesidades que dan lugar a esa tendencia sin desfigurar el sistema, el autor propone algunos remedios razonables. Por ejemplo, en lo que toca al derecho interno, hacer posible que los jueces ordinarios interpreten forzosamente o incluso inapliquen normas legales cuya inconstitucionalidad es palmaria a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre supuestos análogos. Para salvar la posibilidad de que el legislador pueda hacer reflexionar al Tribunal Constitucional sobre la conveniencia de modificar su doctrina mediante la aprobación de leyes del mismo contenido que la declarada inconstitucional, sin enfrentarse abiertamente con él o desconocer su autoridad, recomienda acudir a la «cláusula canadiense». Y un largo etcétera, que hace imposible sintetizar aquí todo el rico contenido de un libro excelente, cuya lectura puede recomendarse sin reservas.

El mayor reproche que, a mi juicio, cabe hacerle no va dirigido contra lo que dice, sino contra lo que silencia. Alude, casi de pasada, a la tensión entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria inherente al dualismo (7), pero no la tiene en cuenta al ponderar los méritos del modelo europeo, cuya mayor imperfección queda así oculta.

De hecho esta tensión entre ambas jurisdicciones, que entre nosotros es franca hostilidad, es un producto necesario de esos méritos. El distinto modo de reclutamiento de los jueces constitucionales y ordinarios ha llevado a cuestionar la independencia de los primeros, del mismo modo que la peculiaridad de su discurso se utiliza como argumento para sostener que el Tribunal Constitucional es un órgano político, no jurídico, una característica que acentúa la naturaleza predominantemente política de los legitimados para acudir ante él, es decir, de los interlocutores del «diálogo constitucional». A estas debilidades del modelo europeo, cabe añadir, en sentido contrario, la que resulta de la propensión de

(7) *Op. cit.*, págs. 38 y sigs.

los jueces ordinarios a adoptar el modo de razonamiento del juez constitucional para liberarse de la sumisión a la ley, de lo que es buen ejemplo una reciente sentencia de la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo (STS, Sala 3.ª, de 26-XI-2009), en la que este modo de razonar se utiliza directamente contra el Tribunal Constitucional. En otros casos, por el contrario, lo que el juez ordinario reprocha al constitucional es su incapacidad para la interpretación de la ley (STS, Sala 2.ª, de 10-XII-2009), o la falta de competencia para hacerlo, de la que deriva la ausencia de vinculatoriedad de sus decisiones (STS, Sala 2.ª, de 4-XII-2009). Los ejemplos, por desgracia, son abundantes.

La reforma del sistema español parece cada vez más inexcusable y para llevarla a cabo hay que tener en cuenta no sólo los méritos del modelo europeo, sino también sus debilidades.

