

Constitucionalismo débil

Weak-form judicial review

Mariano C. Melero de la Torre
 Universidad Autónoma de Madrid
mariano.melero@uam.es

Recibido / received: 22/07/2017
 Aceptado / accepted: 21/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3814>

Resumen

Se suele denominar constitucionalismo “fuerte” al tipo de justicia constitucional predominante después de la segunda gran posguerra, el cual se caracteriza por otorga a los jueces (o a un tribunal especializado) el poder para inaplicar y/o invalidar aquellas leyes que los tribunales consideran contrarias a su interpretación de los derechos protegidos, pudiendo el legislador revocar o modificar las determinaciones judiciales únicamente mediante las mayorías cualificadas que se incluyen en un proceso formal de reforma constitucional. En esta entrada se presentan y discuten varias formas de constitucionalismo “débil”, cuyo rasgo distintivo común consiste en tratar de asegurar la primacía de los derechos básicos sobre el resto del ordenamiento jurídico (incluso mediante su “atrincheramiento” formal), sin asumir la supremacía de los jueces constitucionales en su interpretación. La discusión girará en torno a cuál es el significado preciso de la “debilitación” de los jueces constitucionales y, en consecuencia, cuál debería considerarse la forma más deseable para su articulación institucional.

Palabras clave

Supremacía judicial, constitucionalismo débil, revisión judicial basada en derechos, deferencia debida.

Abstract

The kind of constitutional justice which has been globally dominant since the end of the Second World War is usually termed ‘strong’ constitutionalism. It gives judges (or a specialized tribunal) the power to strike down legislation that they consider incompatible with their interpretation of those rights and, simultaneously, allows the legislature to override those judicial determinations only by gaining the qualified majorities included in a formal amending process. This entry expounds and discusses some ‘weak’ forms of judicial review, whose common distinctive character is aiming to ensure the supremacy of the basic rights over the rest of the legal system (even with their formal “entrenchment”), without assuming the judicial supremacy in their interpretation. The discussion will revolve around the precise sense of the “weakening” of the courts in a rights-based constitutional review, and which institutional design should be considered its most desirable form.

Keywords

Judicial supremacy, weak-form judicial review, rights-based judicial review, due deference.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Constitucionalismo limitado. 3. Constitucionalismo fuerte. 4. Constitucionalismo débil. 4.1. Justicia constitucional penúltima. 4.2. Reforma constitucional mayoritaria. 4.3.



Justicia constitucional thayeriana. 5. Conclusión

1. Introducción

La voz “constitucionalismo débil” ha renovado su interés a raíz del intenso debate en la filosofía jurídica en torno al control judicial de constitucionalidad y al déficit democrático que este control acarrea cuando se aplica a la legislación ordinaria. Diversos autores han utilizado la expresión “revisión judicial débil” para referirse a cualquier sistema de protección de derechos básicos en el que, a diferencia de lo que ocurre en las formas de control de constitucionalidad del Tribunal Supremo de los EE.UU. y de los Tribunales Constitucionales de la mayoría de los países de la Unión Europea, la primacía de la constitución (o de una declaración formal de derechos) con respecto al resto del ordenamiento jurídico no implica automáticamente la supremacía de los tribunales revisores en la interpretación de los derechos protegidos.

En la polémica entre constitucionalismos “fuerte” y “débil” no se discute la necesidad y/o la deseabilidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes; por el contrario, la discusión gira en torno a cuál es el mecanismo o diseño institucional que nos parece más apropiado para realizar dicho control en una sociedad democrática. Las diferentes versiones del constitucionalismo “débil” representan distintas formas de promover un equilibrio alternativo y mejor ponderado que el que auspicia (en sus distintas versiones) el constitucionalismo “fuerte” entre los dos principales objetivos de un régimen constitucional (la protección de los derechos individuales y el respeto a la dignidad de la legislación democrática ordinaria). El rasgo común a las diversas formas de constitucionalismo “débil” consiste en que se reserva formalmente al legislador ordinario la “última palabra” en la definición precisa del alcance de los derechos protegidos.

Esto no quiere decir que en este tipo de justicia constitucional los jueces tiendan a ejercer con menor frecuencia, o con menor intensidad, sus poderes para revisar la constitucionalidad de las leyes. Una cosa es la constitución formal (es decir, los diversos mecanismos institucionales establecidos en uno o varios documentos más o menos “rígidos” o difíciles de cambiar), y otra cosa distinta la práctica constitucional que efectivamente opera en cada país (Lane, 1996, pp. 5-9). Más allá de las formas institucionales, la “fuerza” efectiva de los tribunales revisores depende principalmente del contexto histórico y de la cultura política y jurídica de la comunidad en que dichos tribunales operan.

2. Constitucionalismo limitado

El constitucionalismo, en general, hace referencia al ideal político de un gobierno limitado o moderado por las leyes, un ideal que hunde sus raíces en la filosofía antigua (Salazar, 2006, pp. 73-75). Sin embargo, la identificación del constitucionalismo con los derechos humanos (lo que caracteriza precisamente la versión “fuerte” de este ideal) no se produce hasta la llegada de la Modernidad y las Revoluciones liberales. Es sólo entonces (con Locke, Montesquieu y Kant, por citar sólo algunos nombres) cuando los “derechos naturales” de la persona comenzaron a entenderse como la base del ordenamiento jurídico y político de la sociedad. No obstante, incluso durante la Modernidad, el ideal constitucional se asoció tradicionalmente a una norma metajurídica cuya función era establecer la distribución de competencias y potestades entre los principales poderes públicos. En este constitucionalismo “clásico”, la constitución se reducía a un reparto de “magistraturas”: cada poder era la autoridad última dentro del ámbito de su competencia, de modo que, dentro de dicho ámbito, no existía obligación alguna

que forzase a motivar o dar razones de sus actos y decisiones. La finalidad de esta constitución meramente procedimental (o de separación de poderes) era “limitar el poder, pero dando prioridad a las técnicas formales, al gobierno *per leges*” (Salazar, 2006, p. 93). Los jueces eran los encargados de revisar la validez de los actos y decisiones de las personas y órganos de la administración del estado, velando por el mantenimiento de los principios del imperio de la ley –es decir, el principio *ultra vires* y los principios de “justicia natural” (Lane, 1996, pp. 152-60). Este constitucionalismo “limitado” se corresponde con el “Estado legislativo de derecho” que predominó en la mayoría de los países europeos hasta la segunda mitad del siglo XX.

En contraste, los Estados Unidos de América introdujeron muy pronto en su ordenamiento jurídico un grupo reducido de derechos (los denominados derechos “liberales” o “de primera generación”), a través de una serie de reformas constitucionales. A consecuencia de dicha introducción, el Tribunal Supremo se reconoció a sí mismo en la famosa sentencia *Marbury v. Madison* como el guardián de la consistencia de las leyes con los derechos protegidos. A pesar de ello, como ha señalado Mark Tushnet, la revisión judicial nació en los EE.UU. en su versión “débil” (Tushnet, 2003a, pp. 2782-6). Bajo una constitución “principlista” rígida, la cultura constitucional de este país estuvo dominada durante el siglo XIX y principios del XX por la doctrina del “departamentalismo”, según la cual la constitución se limitaba a ser un reparto de potestades¹.

Actualmente, el constitucionalismo limitado (sin ninguna declaración formal de derechos) se mantiene en su forma originaria únicamente en la Constitución federal australiana de 1901; y ni siquiera aquí puede desarrollarse en sus propios términos, dado que las dos regiones más pobladas de Australia (Victoria y el Territorio de la Capital Australiana) cuentan con sendas cartas de derechos que siguen, con ligeras variaciones, el sistema de protección británico.

No obstante, algunos autores defienden el constitucionalismo limitado como una alternativa más democrática que los modelos de supremacía judicial (Goldsworthy, 2006; Campbell, 2006 y 2011). El constitucionalismo limitado responde a lo que se ha denominado como “modelo geográfico de las relaciones entre la constitución y las leyes” (Prieto Sanchís 2004, p. 56), y cabe considerarlo como “un concepto jurídicamente ‘puro’, libre de elementos extrajurídicos e inmune a las interpretaciones” (Salazar, 2006, p. 92). Lo cual no significa que no guarde relación con la política y la moral. Al contrario, este tipo de constitucionalismo se sostiene sobre el ideal ético del “constitucionalismo político”, según el cual todas las cuestiones constitucionales sustantivas deben reservarse a los poderes orientados políticamente. En palabras de Tom Campbell, “la justicia formal para los tribunales,

¹ Como explica Tushnet, aunque *Marbury* estableció que el Tribunal Supremo tenía el poder para declarar inconstitucional una ley del parlamento, el alcance de esta doctrina, así como su relación con los papeles de otras ramas del gobierno en la interpretación constitucional, fueron muy discutidos durante décadas. Es más, la propia sentencia *Marbury* puede considerarse una decisión departamentalista en un doble sentido: en primer lugar, porque determinó que el Congreso había reorganizado impropriamente la asignación constitucional dentro de la judicatura, confirmando así que cada departamento o rama tenía la responsabilidad exclusiva de determinar la constitucionalidad de las acciones de otros departamentos que afectasen a su propia actividad; y, en segundo lugar, porque rechazó la interpretación razonable de la Constitución que había hecho el Congreso y el Presidente al promulgar la disposición de la *Judiciary Act*, que se declaró inválida en la sentencia, respaldando así la idea de que cada departamento tenía un derecho constitucional a actuar según su propia interpretación de la Constitución, sin importar lo que otras ramas hubieran dicho, véase Tushnet (2003a, p. 2782).

la justicia sustantiva para los parlamentos, al menos en las democracias”². A mi juicio, aunque este ideal pueda ser “compatible” con algunas de las “nuevas” formas de constitucionalismo débil (Tushnet, 2013, p. 2250), estas últimas no pueden dejar de ser una “segunda mejor opción” para los defensores de dicho ideal, puesto que todas ellas presuponen la introducción de los derechos sustantivos básicos en el ordenamiento jurídico, así como la autorización de una revisión judicial de las leyes basada en tales derechos. Volveré sobre este punto más adelante.

3. Constitucionalismo fuerte

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial se ha producido un cambio profundo en el ideal constitucionalista. A grandes rasgos, cabe decir que el modelo “clásico” de constitución ha dado paso a un constitucionalismo “principlista”, que protege determinados derechos dentro del ordenamiento jurídico, otorgándoles un estatus superior y obligando a los jueces a aplicar las leyes de un modo consecuente con los mismos (véase Prieto Sanchís, 2003). Esto significa que, además de las cuestiones relativas al reparto de competencias (aún hoy foco principal de conflicto constitucional en los estados con organización federal), la constitución se encarga de establecer una serie de principios morales abstractos que limitan el ejercicio del gobierno democrático. Se busca de este modo un gobierno *sub lege*, que suponga un sometimiento formal y material del gobernante al derecho, en lugar de un mero gobierno *per leges* (Salazar, 2006, p. 86). Del elemental *rule by law*, se aspira a alcanzar el *rule of law*. Diversos autores han señalado que este nuevo paradigma representa un “modelo argumentativo” de las relaciones entre la constitución y las leyes (Prieto Sanchís 2004, p. 56), o una “cultura de la justificación” donde la validez jurídica no depende exclusivamente de criterios formales, sino también de la consistencia de las normas jurídicas con los principios constitucionales sustantivos (Dyzenhaus, 2015, p. 425; Hunt, 2015, p. 2).

Este constitucionalismo “principlista” ha generado una importante controversia en el pensamiento jurídico y político contemporáneo, en cuanto que necesariamente implica un aumento considerable del poder interpretativo de los jueces y, como consecuencia, un riesgo de debilitamiento de la democracia. Dicho riesgo es especialmente crítico cuando la traducción institucional de este tipo de constitucionalismo consiste en la combinación de dos elementos conceptualmente distintos: por una parte, una constitución escrita y rígida que incluye unos procedimientos de reforma constitucional de naturaleza contramayoritaria (mayorías reforzadas o cualificadas), y, por otra, una revisión jurisdiccional de las leyes y actos ejecutivos que permite a los tribunales revisores no aplicar o considerar inválidas aquellas disposiciones que consideran contrarias a los derechos protegidos.

Nótese que la supremacía judicial propia del constitucionalismo “fuerte” se produce por la suma de ambos componentes (Bayón 2000, p. 69; Martí 2014, pp. 552-555). La Constitución española, por ejemplo, articula un sistema centralizado de revisión judicial fuerte en el que un tribunal especializado tiene el poder exclusivo de anular la legislación incompatible con la Constitución; sin embargo, la supremacía del Tribunal Constitucional sólo es efectiva porque, al mismo tiempo, la Constitución crea un proceso tan gravoso para las reformas que afectan a los derechos fundamentales (el artículo 168 exige su aprobación por mayorías cualificadas en dos legislativos separados por unas elecciones generales, y su ratificación mediante referéndum) que apenas existe la posibilidad real de que la comunidad política

² Título del trabajo presentado por el autor en el seminario “II International Meeting on Law and Justice: What Aspects of Justice Should not be the Law’s Concern?” celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid en junio-julio de 2016.

pueda usar esta vía para anular los efectos de una decisión del Tribunal Constitucional. En términos generales, cabe decir que la fuerza de los poderes revocatorios de los jueces constitucionales depende, en última instancia, de la rigidez constitucional, de tal modo que la versión más fuerte del constitucionalismo fuerte sería aquella que, recogiendo un proceso rígido de reforma constitucional, acepta la posibilidad de que los jueces declaren inconstitucionales ciertas reformas de la constitución³.

Como veremos en el siguiente apartado, el constitucionalismo débil logra deshacerse de la supremacía judicial mediante dos estrategias vinculadas a la rigidez constitucional: o bien excluyéndola (total o parcialmente, es decir, estableciendo sólo leyes ordinarias de derechos humanos, o permitiendo al legislador bajo ciertas condiciones contradecir mediante legislación ordinaria las interpretaciones judiciales de una constitución escrita y rígida), o bien suprimiendo la rigidez contramayoritaria (es decir, mediante un procedimiento mayoritario de reforma constitucional)⁴.

4. Constitucionalismo débil

El constitucionalismo débil reaparece a finales del siglo XX como una forma de revisión judicial más democrática dentro del paradigma constitucional de los derechos humanos. En este “nuevo” constitucionalismo débil, en cualquiera de sus versiones, se otorga a los jueces (o a un tribunal especializado) el poder para revisar el posible conflicto o contradicción entre la legislación ordinaria con los derechos protegidos, pero se reserva la última palabra al legislador democrático (la mayoría legislativa ordinaria) en la determinación precisa del contenido y los límites de (todos o la mayoría de) tales derechos.

³ Dentro de este constitucionalismo extra-fuerte cabría, a su vez, distinguir entre, por una parte, las constituciones con “cláusulas de eternidad” o “de intangibilidad” y, por otra, aquellas que no incluyen este tipo de cláusulas pero bajo las que los jueces constitucionales han podido elaborar la denominada “doctrina de la estructura básica”. En el primer caso, cuyo ejemplo más conocido es la Constitución alemana de 1949, se prohíbe expresamente la reforma de ciertos derechos, pero las cláusulas que establecen tal prohibición pueden ser suprimidas o modificadas mediante una reforma constitucional, por lo que la mera posibilidad de que los jueces acepten dichas enmiendas sólo nos permite hablar de un constitucionalismo un poco más fuerte que el que no contiene este tipo de cláusulas. En el segundo caso, en cambio, la supremacía de los jueces es total. Según la doctrina judicial de la estructura básica, elaborada principalmente por el Tribunal Supremo de la India, aunque la constitución no establezca la indisponibilidad de ninguna de sus partes, los jueces pueden identificar por sí mismos los principios y valores constitucionales que actúan como límites infranqueables para el legislador ordinario y el poder de reforma constitucional, pudiendo revocar las reformas constitucionales que se consideren contrarias a tales principios. Dentro de este tipo de constitucionalismo extra-fuerte, encontramos una versión “débil” en la que se permite al poder de reforma constitucional contradecir las determinaciones judiciales (como ocurre en Colombia, donde la constitución prevé un mecanismo para poder “saltarse” dichas determinaciones mediante una asamblea autorizada para ejercer el poder constituyente del pueblo), véase Colón-Ríos (2014, pp. 152-162).

⁴ Cabría todavía una tercera forma de constitucionalismo débil que, en lugar de descansar en la capacidad de respuesta del legislador democrático, se basaría en la escasa intensidad (o la mayor deferencia) con la que los jueces revisan la constitucionalidad de la legislación. Como argumentaré al final de este trabajo, creo que este modelo responde al ideal “clásico” de constitucionalismo que vimos al inicio de este trabajo, en el que las cuestiones constitucionales sustantivas corresponden exclusivamente a los poderes políticos representativos; en mi opinión, este ideal no se compadece con el nuevo paradigma constitucionalista en el que los jueces constitucionales intervienen de manera inevitable en la determinación de los derechos básicos.

Como han puesto de relieve varios autores, la importancia de este tipo de diseño institucional no debería medirse por sus efectos directos (es decir, la cantidad de casos en que la opinión del legislador prevalece sobre los jueces), sino por sus efectos indirectos o “reflejos” (principalmente, por el modo en que los jueces conciben su propia función dentro del marco constitucional y analizan su competencia y legitimidad en cada caso concreto) (Dixon, 2012; Kavanagh, 2015). En definitiva, lo que pretende el constitucionalismo débil es desconectar la primacía constitucional de la supremacía judicial, pero no de una manera directa, “sacando la constitución de los tribunales” y encomendando su interpretación únicamente a los poderes electos (como en un primer momento defendieron algunos de los defensores del ideal del “constitucionalismo político”)⁵, sino articulando mecanismos institucionales que promuevan la interacción y el “diálogo” entre tales poderes y los jueces constitucionales. A mi modo de ver, esto significa que, más allá de la polémica entre los partidarios de un “constitucionalismo fuerte” y los defensores de una “democracia fuerte”, las diversas formas institucionales del constitucionalismo “débil” responden a un ideal “colaborativo” de los derechos humanos. Según este ideal, la interpretación constitucional se debe asumir como un proyecto común en el que intervienen, desde perspectivas distintas y complementarias, todos los poderes del estado. Las formas “débiles” de constitucionalismo no tienen por objeto arrebatar a los tribunales revisores la capacidad para especificar o determinar lo que exige la constitución con respecto a los derechos protegidos, sino forzarles a compartir esta tarea con el gobierno, el parlamento y (a través de éste o directamente) la ciudadanía.

Por último, es preciso mencionar un último factor, que puede desmontar en gran medida este diseño institucional. Me refiero a la existencia de los sistemas supranacionales de derechos humanos, que permiten a ciertos tribunales internacionales controlar la compatibilidad de las leyes con tales derechos, según su interpretación de los mismos. De nada vale la debilitación de la justicia constitucional nacional si, a la postre, la legislación ordinaria acaba siendo fiscalizada por un tribunal supranacional según su propia interpretación de unos tratados internacionales cuya modificación esta fuera del alcance real del legislador democrático⁶.

⁵ La frase proviene del libro de Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, donde el autor mantiene una posición abiertamente opuesta a cualquier tipo de revisión judicial de constitucionalidad, Tushnet (1999). Posteriormente, sin embargo, el autor ha señalado varias técnicas de revisión judicial débil por las que podría encauzarse legítimamente la colaboración entre legisladores y jueces, con objeto de hacer más robustos los derechos socioeconómicos (por ejemplo, mediante la declaración judicial de las violaciones de estos derechos, sin especificar cuál debería ser la solución apropiada para remediar tal violación, o mediante la imposición judicial de deberes, pero dejando al gobierno una amplia discrecionalidad para su cumplimiento), véase Tushnet (2008), cap. 8. En definitiva, Tushnet estaría defendiendo ahora la intervención de los jueces en la interpretación de los derechos socioeconómicos, así como la necesidad de que los legisladores reconozcan en la definición judicial de estos derechos los umbrales de protección que no deben dejar de cumplir. Para el autor, sin embargo, no habría aquí contradicción alguna con su posición anterior, puesto que en su modelo los jueces seguirían careciendo de autoridad para obligar a los legisladores a actuar en un determinado sentido.

⁶ A pesar de ello, creo que una tipología constitucional basada fundamentalmente en las formas de revisión jurisdiccional de constitucionalidad sigue siendo relevante; en contra de este enfoque, puede verse Huscroft (2007); Dixon (2012); Weill (2014); Kavanagh (2015). Más allá de los argumentos críticos, Rivka Weill propone utilizar los procesos que en cada modelo se usan para la adopción y reforma de la constitución como base para la distinción entre constitucionalismos “fuertes” y “débiles”. Según la autora, el constitucionalismo fuerte respondería a un modelo “dualista” de construcción constitucional, como el de los EEUU, o a

4.1. Justicia constitucional penúltima

El ejemplo quizás más característico del “nuevo” constitucionalismo débil es aquél en el que la autoridad final sobre el significado y alcance de los derechos reside en los poderes electoralmente responsables, de modo que a los jueces solo les corresponde la “penúltima palabra” en las controversias constitucionales sustantivas. Éste es el modelo que opera, con diferentes formas institucionales, en Canadá (bajo la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982), en Nueva Zelanda (desde la aprobación en 1990 de la *New Zealand Bill of Rights Act*) y en el Reino Unido (a partir de la *UK Human Rights Act* de 1998). Desde el punto de vista doctrinal, es reseñable el trabajo de descripción y análisis de este modelo por parte de autores como Steven Gardbaum (2001, 2010, 2013), Janet Hiebert (2002, 2004) y Kent Roach (2001, 2006, 2007). Aunque ha recibido diversos nombres (“nuevo modelo Commonwealth”, “parlamentarista”, “híbrido”), creo que el calificativo de “penúltimo”, resaltado por Michael Perry (Perry, 2003, pp. 665-673), es el que mejor define este tipo de justicia constitucional.

En el Reino Unido y Nueva Zelanda, los derechos básicos están protegidos mediante legislación ordinaria, es decir, por leyes de derechos humanos que carecen de un estatus formal jerárquicamente superior al resto del ordenamiento. Esto no obsta, sin embargo, para que dichas leyes puedan funcionar como auténticas “leyes marco” dentro de las que debe interpretarse toda la producción legislativa ordinaria (salvo que el legislador declare expresamente lo contrario). Según este esquema “interpretativo”, una disposición legal puede vulnerar los derechos protegidos sólo después de que los jueces hayan intentado, hasta donde sea posible, realizar una interpretación conforme o compatible de dicha disposición con tales derechos. En caso de que dicha interpretación conforme no fuera posible, los jueces carecen de la facultad de no aplicarla, pero pueden emitir una declaración de incompatibilidad que fuerce al legislador a asumir el coste político que acarrea la promulgación de una ley que (según el Tribunal Supremo) viola clara y explícitamente los derechos protegidos.

¿Hasta qué punto es débil este sistema de protección? Diversos autores han puesto de manifiesto cómo este poder-deber interpretativo de los jueces trae consigo inevitablemente poderes revocatorios o “correctivos”, en la medida en que se autoriza a los jueces a decidir hasta dónde cabe hacer una interpretación de las leyes compatible con los derechos protegidos (Rishworth, 2004; Kavanagh, 2004). En todo caso, como ya señalamos, el uso efectivo de tal poder de interpretación depende del contexto histórico y la cultura política y jurídica de cada sociedad. Mientras que en el Reino Unido el Tribunal Supremo ha hecho un amplio uso de sus poderes interpretativos, su equivalente neozelandés los ha utilizado muy restrictivamente. Por otro lado, como ya se señaló más arriba, el modelo queda en gran medida puesto en cuestión en el Reino Unido, puesto que, al tratarse de un estado miembro del Consejo de Europa, su legislación está fiscalizada por el Tribunal de Estrasburgo a partir de la interpretación que hace dicho tribunal del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Canadá, por su parte, representa un caso de constitucionalismo débil con una constitución “principalista” escrita y rígida. Su carta constitucional de derechos

un modelo “fundamentalista”, como el de Alemania y la India, mientras que el constitucionalismo débil obedecería a un modelo “monista” de soberanía parlamentaria que, a su vez, podría adoptar la versión de “auto-atrincheramiento legislativo”, como en Israel y algunos países de Europa del Este, o la de “forma y modo” (*manner and form model*), como en Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda.

(*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) incluye una cláusula *notwithstanding* (Sección 33) que permite a los parlamentos (federal y provinciales) mantener vigente sus disposiciones legislativas a pesar de que los tribunales las hubiesen invalidado por considerarlas contrarias a los derechos protegidos. Hay que tener en cuenta, no obstante, que dicha potestad aparece limitada en su alcance (excluye los derechos “democráticos”, “de movilidad” y “lingüísticos”) y en su validez en el tiempo (debiendo ser revalidada tras cinco años por un parlamento de nueva configuración).

Aunque la sección 33 de la Carta suele considerarse el rasgo más distintivo del modelo canadiense, lo cierto es que la metáfora del diálogo constitucional que surge a raíz de la aplicación de la Carta (Hogg y Bushell, 1997) no toma como referencia esta sección sino la sección 1, la cual permite al legislativo determinar los derechos protegidos mediante “aquellas limitaciones razonables prescritas por ley que puedan justificarse adecuadamente en una sociedad libre y democrática”. A mi juicio, la posibilidad de responder a las decisiones judiciales que invalidan leyes mediante nueva legislación ordinaria es el mecanismo más sencillo y efectivo para debilitar un sistema supremacista basado en una constitución escrita y rígida. Como muestra el ejemplo canadiense, el legislador puede responder a las sentencias de inconstitucionalidad con medidas menos restrictivas o más proporcionadas, cumpliendo así la decisión judicial y, simultáneamente, justificando su nueva ley⁷.

Con todo, la sección 33 ha tenido un efecto indirecto en la actitud de los tribunales revisores (Dixon, 212, pp. 495-496). Por una especie de “ley de las reacciones anticipadas” (Elster, 2000, p. 166), el mayor poder del legislador para “saltarse” (*to override*) una sentencia sobre derechos constitucionales implica (o tiende a producir) un mayor incentivo institucional para que el tribunal revisor defiera al juicio del legislador en materia de derechos, especialmente cuando tiene que revisar una “secuela legislativa” con la que el legislador trata de reemplazar una ley previamente declarada inconstitucional. En este sentido, cabe decir que el Tribunal Supremo de Canadá no sólo ha asumido como propia la metáfora del “diálogo”, sino que ha articulado por su cuenta, de manera no sistemática, una doctrina de la deferencia judicial a partir de la aplicación del análisis de proporcionalidad que requiere la sección 1 de la Carta (Choudhry, 2006). Según esta doctrina, los jueces no deben preguntarse si la medida legislativa supone una decisión *correcta* sobre una cuestión constitucional, sino si dicha medida puede incluirse dentro del rango de alternativas *razonables*. Paralelamente, una parte de la doctrina canadiense y británica actuales ha discutido ampliamente acerca de los factores de competencia y legitimidad que, en el contexto de cada caso, determinan el grado de deferencia que los jueces constitucionales deben mostrar hacia la interpretación de los derechos protegidos que realizan los demás poderes del estado (Hunt, 2003; Kavanagh, 2010; Dyzenhaus, 2014).

4.2. Reforma constitucional mayoritaria

Un segundo tipo de constitucionalismo débil sería aquél que cuenta con una constitución sustantiva rígida, incluso con un control jurisdiccional de

⁷ Esta colaboración entre legisladores y jueces puede tener incluso una expresión más directa en la práctica de los tribunales constitucionales. Concretamente en el ámbito de la protección de los derechos sociales, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica ha adoptado una nueva versión de revisión judicial “débil” en la que, cuando declara la inconstitucionalidad de una disposición legislativa, ordena revisar la medida revocada en términos tan generales que el legislador tiene un amplio margen de maniobra, de modo que, a la luz de la nueva legislación, el tribunal puede revisar sus determinaciones, imponiendo más o menos requerimientos al legislador, véase Tushnet (2003b, pp. 822-823).

constitucionalidad con poderes revocatorios, pero que incluye mecanismos mayoritarios de reforma constitucional que permiten al legislador, o incluso directamente a la ciudadanía, intervenir en la delimitación de los derechos protegidos. Estos mecanismos no contramayoritarios están diseñados para aumentar la calidad de la deliberación democrática, obligando al parlamento a volver sobre dicha decisión después de unas elecciones generales (las llamadas cláusulas de enfriamiento, como la que existe en Suecia) o sometiendo el contenido de la reforma a un referéndum popular por mayoría simple (como ocurre en Irlanda).

Estos mecanismos de reforma constitucional prueban que hay otros modos de evitar la supremacía judicial que no pasan por otorgar al legislativo la capacidad para responder a las sentencias de inconstitucionalidad mediante legislación ordinaria. La reforma constitucional mediante mayorías no cualificadas permite combinar unos poderes de revisión judicial “fuerte” con un sistema en el que los jueces constitucionales no tienen la última palabra sobre los derechos básicos. Por otra parte, tampoco habría nada que objetar desde el punto de vista del ideal del autogobierno democrático a la intervención directa de la ciudadanía en la determinación de los derechos. De hecho, la práctica constitucional de las sociedades democráticas está sustentada en la idea de que la participación popular en la construcción constitucional (normalmente a través de un órgano representativo) es una precondition de la legitimidad constitucional (Dixon y Stone, 2016, p. 98).

Sin embargo, a pesar de estas razones de principio, son pocos los autores que defienden los procedimientos de reforma constitucional como un medio para lograr un tipo de constitucionalismo más colaborativo. Desde luego, no parece aconsejable la reforma constitucional como un mecanismo habitual para responder a las sentencias de inconstitucionalidad controvertidas. James Madison (uno de los principales artífices del engorroso Artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos) ya argumentó en el ensayo No. 43 de los *Federal Papers* que la excesiva mutabilidad de una constitución escrita haría que ésta perdiese su principal razón de ser, esto es, la de servir de marco básico “estable” para el gobierno democrático.

A lo que habría que añadir, en mi opinión, que cuando el legislador y/o la ciudadanía pueden reformar fácilmente la constitución, se corre el riesgo de aumentar y complejizar enormemente el texto constitucional, introduciendo modificaciones que protegen únicamente intereses de grupo o de partido (Sullivan, 1995; Sunstein, 2014). El problema en este sentido no es sólo la prolijidad y la posibilidad de incoherencia de un texto que regula al detalle la forma en que deben interpretarse los derechos, sino también la trivialización de la noción misma de los derechos básicos en una constitución donde puede llegar a incluirse cualquier tipo de interés o preferencia personal, por banal o irrelevante que sea para la vida social.

Por estas razones, no me parece deseable en principio la debilitación de la justicia constitucional mediante la extrema flexibilización de los mecanismos de reforma de la constitución; lo cual no significa, por supuesto, negar la posibilidad de que ésta sea la solución más adecuada para una comunidad política en un contexto histórico y con una cultura jurídica y política determinadas. Creo que esto es especialmente cierto cuando se propone el referéndum por mayoría simple como mecanismo para desactivar la supremacía de los jueces constitucionales. Según Eoin Carolan, este mecanismo funciona razonablemente bien en Irlanda, una sociedad donde, a diferencia de lo que ocurre en EE.UU. (el ejemplo paradigmático del constitucionalismo fuerte), no existe “una profunda polarización política y geográfica” (Carolan, 2016, p. 98).

4.3. Justicia constitucional thayeriana

Por último, cabría entender como otra forma de constitucionalismo débil un orden constitucional en el que, a pesar de la rigidez contramayoritaria de la constitución escrita y del poder de los jueces constitucionales para invalidar legislación ordinaria, los tribunales revisores tienen la obligación formal de aplicar sus poderes revocatorios únicamente en aquellos casos excepcionales en los que se da un “error manifiesto” en materia de derechos, debiendo aplicar en el resto de los casos una presunción fuerte de constitucionalidad. Este tipo de justicia constitucional, al que me referiré con el nombre de su más conocido exponente, James Bradley Thayer, es el que establece expresamente la actual Constitución de Finlandia, y es un requisito constitucional articulado por la doctrina judicial en Suecia y Dinamarca (véase Gyorfi, 2016, pp. 226-227).

A primera vista, este tipo de constitucionalismo débil podría incluirse como una subclase de la revisión constitucional penúltima. Sin embargo, se trata de dos diseños institucionales opuestos. En la justicia constitucional “penúltima” son los jueces los encargados de interpretar la constitución y los límites precisos de los derechos, si bien el legislador tiene la “última palabra” para hacer valer su propia interpretación en caso de desacuerdo; en la justicia de los jueces máximamente deferentes, por el contrario, es al legislador a quien se le supone responsable de la definición de los derechos, si bien los jueces constitucionales tienen la “última palabra” en aquellos casos extremos donde se vulneran los derechos básicos de manera indubitada (en una especie de jurisdicción constitucional como “freno de emergencia”).

Además, los dos modelos sostienen doctrinas de la “deferencia debida” muy distintas. En la justicia constitucional penúltima, la presunción de constitucionalidad significa únicamente una deferencia “mínima” que se aplica con carácter general a toda la legislación democrática; la “deferencia sustantiva”, en cambio, no responde a ninguna presunción, sino que debe ganarse por el decisor principal (legislativo/ejecutivo) argumentando a favor de su superior competencia o legitimidad para decidir sobre el asunto en cuestión⁸. Por último, en este modelo la deferencia es máxima a la hora de rechazar cualquier impugnación de la constitucionalidad de las leyes que no logre superar una serie de obstáculos procedimentales y de prueba (y, allí donde los jueces constitucionales actúan también como jueces, siempre que sea estrictamente necesario para resolver la controversia entre las partes).

El modelo thayeriano, en cambio, concibe la presunción de constitucionalidad de manera análoga a la presunción de inocencia en el derecho penal; se parte de una presunción fuerte de constitucionalidad que sólo una prueba indiscutible por parte de quien impugna la constitucionalidad de una ley puede llegar a destruir (De Lora, 2000, pp. 55 y 62-63). En este modelo no se contempla la inversión de la carga de la prueba en el momento en que el tribunal considera probada la infracción o interferencia de un derecho básico; por este motivo, tampoco contempla la posible

⁸ A partir de la revisión constitucional del Tribunal Supremo del Reino Unido en el marco de la Ley de derechos humanos de 1998, Aileen Kavanagh define la deferencia “sustantiva” como aquella en la que los tribunales otorgan un “peso importante” (“great weight”) a las razones del decisor principal (legislador o gobierno) en la justificación de sus decisiones, actos y omisiones. Este tipo de deferencia sólo es apropiada, según la autora, en dos tipos de casos: cuando los tribunales no están seguros acerca de la decisión correcta y/o cuando discrepan del decisor principal pero tienen razones (basadas en la estimación de su propia competencia y legitimidad) para no interferir en la decisión elegida por dicho decisor. Estas últimas razones son los “factores formales de deferencia”, véase Kavanagh (2009, 169-172).

aplicación de la deferencia en este segundo momento de la revisión judicial.

Lo cual nos conduce a lo que, en mi opinión, es el principal defecto de este modelo. En un marco constitucional donde los jueces son máximamente deferentes hacia el juicio del legislador, la revisión judicial no se concibe como un mecanismo legítimo para exigir a los poderes públicos la justificación razonada de las decisiones que afectan a los derechos protegidos, sino principalmente como un asalto a la certeza del sistema jurídico, cuyo alcance debe restringirse lo más posible por los tribunales revisores. Este modelo responde, en mi opinión, al mismo ideal ético que vimos al hablar del constitucionalismo “limitado”, un ideal ético en virtud del cual “la justicia formal corresponde a los jueces, la justicia sustantiva a los parlamentos, al menos en las democracias”. Una justicia constitucional máximamente deferente no permite a los jueces entrar en la determinación sustantiva de los derechos, salvo en los casos extremos de manifiesto error por parte del legislador democrático. De este modo, no parece que pueda servir de base para concebir la interpretación constitucional como un proyecto compartido, puesto que (aplicando de nuevo la ley de las reacciones anticipadas) es improbable que una justicia constitucional thayeriana pueda suponer un incentivo institucional suficiente para que el legislador exponga las razones públicas que respaldan sus decisiones controvertidas (Ferrerres, 1997, 186-187). Lo cual no impide, por supuesto, que ese incentivo resida en otro lugar de la práctica constitucional; después de todo, no podemos ignorar que los países nórdicos donde opera este sistema pueden considerarse con razón democracias bien asentadas.

5. Conclusión

En este trabajo se ha tratado de ofrecer una visión somera, pero lo más completa posible, de un tipo de constitucionalismo relativamente “nuevo”, el cual pretende “profundizar” en el carácter democrático de los regímenes constitucionales, haciendo responsables a todos los poderes públicos, no solamente a los jueces, del mantenimiento de la legalidad (incluyendo en dicha legalidad los derechos básicos) como un proyecto común de la comunidad política. Con este objetivo, la discusión sobre el constitucionalismo “débil” se plantea en torno al mejor diseño institucional capaz de promover dicha cooperación.

Bibliografía

- BAYÓN, J. C. (2000), “Derechos, democracia y constitución”, *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, 1, pp. 65-94.
- CAMPBELL, T. (2006), “Human rights strategies: An Australian alternative”. En: CAMPBELL, T., GOLDSWORTHY, J. y STONE, A. (eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights. Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, Ashgate, pp. 319-341.
- CAMPBELL, T. (2011), “Parliamentary review with a democratic charter of rights”. En: CAMPBELL, T., EWING, K. D., TOMKINS, A. (eds.), *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays*, OUP, Oxford.
- CAROLAN, E. (2016), “Leaving behind the Commonwealth model of rights review: Ireland as an example of collaborative constitutionalism”. En: BELL, J., y PARIS, M. (eds.), *Rights-Based Constitutional Review. Constitutional Courts in a Changing Landscape*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 94-119.
- CHOUDHRY, S. (2006), “So what is the real legacy of Oakes? Two decades of proportionality analysis under the Canadian *Charter’s* Section 1”, *Supreme Court Law Review*, 34/2, pp. 501-35.
- COLÓN-RÍOS, J. I. (2014), “A new typology of judicial review of legislation”, *Global*

- Constitutionalism, 3/2, pp. 143-169.
- DE LORA, P. (2000), "La posibilidad del constitucional thayeriano", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, pp. 49-75.
- DIXON, R. (2012), "Weak-form judicial review and American exceptionalism", *Oxford Journal of Legal Studies*, 32/3, pp. 487-506.
- STONE, A. (2016), "Constitutional amendment and political constitutionalism. A philosophical and comparative reflection". En: DYZENHAUS, D. y THORBURN, M. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, OUP, Oxford, pp. 95-115.
- DYZENHAUS, D. (2014), "Proportionality and deference in a culture of justification". En: HUSCROFT, G., MILLER, B. W. y WEBBER, G. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification and Reasoning*, CUP, Cambridge, pp. 234-258.
- DYZENHAUS, D. (2015), "What is a democratic culture of justification?". En: HUNT, M., HOOPER, H. J. y YOWELL, P. (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Hart Publishing, Oxford, pp. 425-445.
- ELSTER, J. (2000), *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, CUP, Cambridge.
- FERRERES, V. (1997), *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARDBAUM, S. (2001), "The new Commonwealth model of constitutionalism", *The American Journal of Comparative Law*, 49, pp. 707-760.
- GARDBAUM, S. (2010), "Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, 8, pp. 167-206.
- GARDBAUM, S. (2013), *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, CUP, Cambridge.
- GOLDSWORTHY, J. (2006), "Introduction". En: CAMPBELL, T., GOLDSWORTHY, J. y STONE, A. (eds.) *Protecting Rights Without a Bill of Rights. Institutional Performance and Reform in Australia*, Ashgate, Aldershot, pp. 1-13.
- GYORFI, T. (2016), *Against the New Constitutionalism*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- HIEBERT, J. (2002), *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?*, McGill-Queen's University Press, Montreal.
- HIEBERT, J. (2004), "New constitutional ideas: Can new parliamentary models resist judicial dominance when interpreting rights?", *Texas Law Review*, 82, pp. 1963-1987.
- HOGG, P. W. y BUSHELL, A. A. (1997), "The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)", *Osgoode Hall Law Journal*, 35, pp. 75-124.
- HUSCROFT, G. (2007), "Constitutionalism from the top down", *Osgoode Hall Law Journal*, 45/1, pp. 91-104.
- HUNT, M. (2003), "Sovereignty's blight: Why contemporary public law needs the concept of 'due deference'". En: BAMFORTH, N. y LEYLAND, P. (eds.), *Public Law in a Multi-layered Constitution*, Hart Publishing, Oxford, pp. 337-370.
- HUNT, M. (2015), "Introduction". En: HUNT, M., HOOPER, H. J. Y YOWELL, P. (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Hart Publishing, Oxford, pp. 1-25.
- KAVANAGH, A. (2004), "The elusive divide between interpretation and legislation under the Human Rights Act 1998", *Oxford Journal of Legal Studies*, 24/2, pp. 259-285.
- KAVANAGH, A. (2009), *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, CUP, Cambridge.
- KAVANAGH, A. (2010), "Judicial restraint in the pursuit of justice", *Toronto Law Journal*, 60, pp. 23-40.
- KAVANAGH, A. (2015), "What's so weak about 'weak form review'? The case of the

- UK Human Rights Act 1998”, *International Journal of Constitutional Law*, 13/4, pp. 1008-1039.
- LANE, J. E. (1996), *Constitutions and Political Theory*, MUP, Manchester.
- MARTÍ, J. L. (2014), “Is constitutional rigidity the problem? Democratic legitimacy and the last word”, *Ratio Juris*, 27/4, pp. 550-558.
- PERRY, M. J. (2003), “Protecting human rights in a democracy: What role for the courts”, *Wake Forest Law Review*, 38, pp. 635-696.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- RISHWORTH, P. (2004), “The inevitability of judicial review under ‘interpretative’ bills of rights: Canada’s legacy to New Zealand and Commonwealth constitutionalism?”. En: HUSCROFT, G., y BRODIE, I. (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, LexisNexis, Toronto, pp. 234-267.
- ROACH, K. (2001), *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law, Toronto.
- ROACH, K. (2006), “Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States”, *International Journal of Constitutional Law*, 4/2, pp. 347-370.
- ROACH, K. (2007), “Dialogic judicial review and its critics”. En: DYZENHAUS, D., REIBETANZ, S. y RIPSTEIN, A. (eds.), *Law and Morality*, (3ª edición), University of Toronto Press, Toronto, pp. 589-644.
- SALAZAR, P. (2006), *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, FCE, México.
- SULLIVAN, K. (1995), “Constitutional amendmentitis”, *The American Prospect*, 23/6. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://prospect.org/article/constitutional-amendmentitis> (fecha de consulta: 22 de Julio de 2017).
- SUNSTEIN, C. (2014), “The refounding father”, *The New York Review of Books*, 5. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.nybooks.com/articles/2014/06/05/justice-stevens-refounding-father/> (fecha de consulta: 22 de Julio de 2017).
- TUSHNET, M. (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts*, PUP, Princeton.
- TUSHNET, M. (2003a), “Alternative forms of judicial review”, *Michigan Law Review*, 101, pp. 2781-802.
- TUSHNET, M. (2003b), “New forms of judicial review and the persistence of rights- and democracy-based worries”, *Wake Forest Law Review*, 38, pp. 813-838.
- TUSHNET, M. (2008), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, PUP, Princeton.
- TUSHNET, M. (2013), “The relation between political constitutionalism and weak-form judicial review”, *German Law Journal*, 14/12, pp. 2249-2263.
- WEILL, R. (2014), “The new Commonwealth model of constitutionalism notwithstanding: On judicial review and constitution-making”, *The American Journal of Comparative Law*, 62, pp. 127-169.