

# Supremacía parlamentaria vs. justicia constitucional: un análisis a partir del caso de la «cláusula de anulación» en la Carta de Derechos y Libertades de Canadá

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ<sup>1</sup>

Universidad de Extremadura

## Resumen

Con el objetivo de buscar soluciones a la contradicción entre justicia constitucional y supremacía parlamentaria, la Carta de Derechos y Libertades canadiense de 1982 prevé, en su art. 33, la denominada *notwithstanding clause* o «cláusula de anulación», que permite al parlamento nacional o a las asambleas legislativas de las provincias, declarar cuando promulguen una ley, que esta debe entrar en vigencia, sin perjuicio de que existan disposiciones en la Carta que pudieran llegar a plantear la inconstitucionalidad de la misma y, por tanto, impidiendo la revisión judicial de constitucionalidad, por parte de las cortes, sobre dicha norma. A partir del análisis de esta cláusula y de los efectos que ha producido, el presente artículo reflexiona acerca de la contradicción entre supremacía parlamentaria y justicia constitucional, así como de sus posibles fórmulas de solución.

## Resum

Amb l'objectiu de buscar solucions a la contradicció entre justícia constitucional i supremacia parlamentària, la Carta de drets i llibertats canadenques de 1982 preveu, en l'article 33, la denominada *notwithstanding clause* o «clàusula d'anul·lació», que permet al parlament nacional o a les assemblees legislatives de les províncies, declarar quan promulguen una llei que aquesta ha d'entrar en vigència, sense perjudici que hi haja disposicions en la carta que pogueren arribar a plantejar-ne la inconstitucionalitat i, per tant, impedir la revisió judicial de constitucionalitat, per part de les Corts, sobre la dita norma. A partir de l'anàlisi d'aquesta clàusula i dels efectes que ha produït, el present article reflexiona sobre la contradicció entre supremacia parlamentària i justícia constitucional, i també de les possibles fórmules de solució.

1 Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Extremadura. Doctor en Derecho por la Universidad Jaume I de Castellón (España). Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Ha sido investigador visitante en diversas universidades de Estados Unidos, América Latina y Europa. Es autor de diversas monografías y publicaciones sobre derechos humanos, teoría del Estado y constitucionalismo latinoamericano.

## Abstract

In order to find solutions to the contradiction between constitutional justice and parliamentary supremacy, the 1982 Canada's Charter of Rights and Freedoms provides, in art. 33, the so-called notwithstanding clause, which enables the national Parliament or the legislatures of provinces declare, when they enact a law, that it should take effect notwithstanding that there are provisions in the Charter contrary to the law, and therefore, preventing judicial review by the courts on this law. Based on the analysis of this clause and the effects it has produced, this article reflects on the contradiction between parliamentary supremacy and constitutional justice, as well as possible ways of solution.

## Sumario

- I. Introducción
- II. La contradicción entre soberanía parlamentaria y justicia constitucional
- III. La introducción en las constituciones de mecanismos de «weak-form judicial review»
- IV. La *notwithstanding clause* de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá de 1982
- V. Supone la cláusula de anulación de Canadá una solución al conflicto «supremacía parlamentaria-justicia constitucional»?
  1. Otras formas de *weak-form judicial review* peligrosas para los derechos fundamentales
- VI. ¿Como superar la dificultad contra-mayoritaria sin poner en peligro los derechos?
  1. El diálogo inter-orgánico
  2. ¿Implica el diálogo inter-orgánico una democratización real de la justicia constitucional? Críticas y alternativas
- VII. Conclusiones

## I. Introducción

A lo largo del siglo xx, es mucha la literatura y las experiencias constitucionales que han intentado encontrar soluciones, teórica y prácticamente, a la llamada dificultad contra-mayoritaria de la justicia constitucional, esto es, la contradicción entre supremacía de la soberanía parlamentaria y control de constitucionalidad. Una de estas soluciones ha sido la introducción en las constituciones de mecanismos de *weak-form judicial review*, que permiten al poder legislativo repudiar, en ejercicio de su supremacía parlamentaria, una decisión de la corte con la que no esté de acuerdo. Un ejemplo de este mecanismo es la *notwithstanding clause* o «cláusula de anulación» introducida por la Carta de Derechos y Libertades de Canadá de 1982, en su art. 33. Pero, ¿ha podido, esta cláusula, solucionar la dificultad contra-mayoritaria de la justicia constitucional? ¿Supone un peligro para la protección de los derechos? ¿Que alternativas se presentan a la misma? Estos son los temas que trata el presente trabajo.

## II. Contradicción entre soberanía parlamentaria y justicia constitucional

La expansión global del modelo judicializado de justicia constitucional nacido en Estados Unidos, se produce, en un primer momento, en Europa, durante el período de entreguerras y postguerra inmediata.<sup>2</sup> Posteriormente, han tenido lugar tres grandes olas de establecimiento de regímenes constitucionales que han adoptado, también, este modelo de revisión de constitucionalidad, ya sea bajo la forma de la llamada «judicial review» o de un modelo concentrado (Tribunal Constitucional): en la Europa del sur a finales de la década de 1970, en América Latina en la década de 1980 y en los países de la Europa central y oriental,<sup>3</sup> a inicios de la década de 1990.<sup>4</sup>

2 El rol político dominante que Estados Unidos adoptó, en el mundo entero, después de la victoria militar de 1944-45 en todos los campos, significó también una expansión del prestigio del sistema y los procesos legales norteamericanos, incluida la revisión judicial de constitucionalidad. Muchos de los nuevos países descolonizados de Asia y África, así como también países europeos, recibieron las ideas e instituciones norteamericanas como parte de su renovación constitucional y crearon cortes constitucionales especiales tomando como modelo la corte suprema norteamericana como una corte que, de facto, era un tribunal especializado en derecho público o cuestiones constitucionales. Los tres grandes países, entre muchos otros, donde se

estableció la revisión judicial de constitucionalidad, después de la segunda guerra mundial fueron, Alemania, Italia y Japón.

3 Sobre el proceso de introducción del actual modelo de revisión judicial de constitucionalidad en los países ex-socialistas de la Europa central y oriental, ver: M. Shapiro: «The Successes of Judicial Review and Democracy», en M. Shapiro y A. Stone Sweet: *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford University Press. New York. 2002. pp. 157-161.

4 Existen diversas teorías que han intentado explicar las causas de esta evolución mundial general hacia la adopción de un modelo de constitucionalización de los derechos y de justicia constitucional basado en el monopolio judicial, no político, de la interpretación y ejecución de la constitución:

Conjuntamente con esta expansión, aparece el debate de la llamada «dificultad contra-mayoritaria».<sup>5</sup> Esto es, el debate sobre la existencia o no de una contradicción entre las nociones de «justicia constitucional» y «soberanía parlamentaria».

Partiendo de la base del carácter eminentemente político,<sup>6</sup> e incluso legislativo,<sup>7</sup> de muchas de las decisiones de las cortes constitucionales, hay mucha literatura que se refiere al hecho de que los jueces puedan al final imponer su decisión sobre o en

a) La teoría evolucionista o de los derechos humanos (Ver: R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press. Cambridge. 1977; A. Sajo: *Limiting Government: An introduction to Constitutionalism*. Central University Press. Budapest. 1999; T. Vallinder: «When the Courts go Marching In», en C. Nal y T. Vallinder: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York Press. New York, pp. 19-24);

b) La teoría funcionalista o de la preservación de hegemonía (R. Hirschl: *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. Cambridge. 2004);

c) La teoría institucional-económica (Ver: P. Mahoney: «The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right». *Journal of Legal Studies*. Núm. 30. 2001. pp. 503-525).

5 Después de la obra de Lambert (*Le gouvernement des juges*. 1921), este debate reaparece a partir de la obra: A. Bickel: *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press. New Haven. 1962.

6 Una de las principales críticas que, tanto desde la derecha ideológica (R. Bork: *The Tempting of America: the Political Seduction of the Law*. Free Press. 1989) como del progresismo ideológico (G. Stone y D. Strauss: «Bush's Losing Judicial Philosophy». *Chicago Tribune*. 28 de octubre. 1992. p. 19; Con respecto a la crítica que el movimiento Critical Legal Studies hace a la politización de la justicia constitucional, ver: M. Tushnet: «Legal Realism, Structural Review and Prophecy». *University of Dayton Law Review*. Núm. 8. 1983. pp. 809-828; y, M. Tushnet: «Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory». *Yale Law Journal*. Núm. 89. 1980. pp. 1037), siempre se le ha hecho a los tribunales constitucionales ha sido la de su politización (Ver también: J. Cottrell y G. Chai: «The Role of the Courts in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights», en J. Cottrell y G. Chai (eds.): *Economic, Social and Cultural Rights in practise*. Interights. Londres. 2004. p. 86; M. Tushnet: «Social Welfare Rights and the forms of judicial

review». *Texas Law Review*. 82. 2004; M.J. Perry: *The Constitution in the Courts. Law or politics?*. Oxford University Press. Oxford. 1994. pp. 3-14), esto es, la de su funcionamiento más como órganos políticos que jurisdiccionales. El activismo jurisprudencial mantenido por muchos tribunales constitucionales a través: a) de una amplia interpretación de sus competencias con respecto a la posibilidad de declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes; y, b) de una interpretación progresista del texto constitucional, la que ha implicado en muchos casos, una activa intervención de la Corte en las políticas económicas del Estado; ha ratificado esta afirmación (Ver, también: A. Noguera: «¿Independencia o control?. Los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia». *Revista de Estudios Políticos*. CEPC, núm. 143, 2008, pp. 129-161).

7 Ejemplos de creación por parte de las cortes constitucionales de contenidos constitucionales nuevos hay muchos. Por ejemplo, en 1983 la Corte Constitucional de la República Federal Alemana declaró inconstitucionales algunas disposiciones de la ley relativa al censo adoptado aquel año, que incluía no solo datos de identificación, sino también otros datos personales relativos al empleo, la vivienda, etc. (*Population Census Case*, BVerfGE 65, 1). Este fallo acerca del censo se hizo famoso porque en él, la Corte creó, a partir de la interpretación del derecho general a la personalidad, reconocido en el art. 2.1 de la Ley Fundamental de 1949, un nuevo derecho fundamental, no previsto anteriormente, el derecho a la «autodeterminación de información», en base al cual, cada uno decide que información sobre sí mismo quiere comunicar a los otros y bajo que circunstancias (D. Greimm: «Judicial Activism», en R. Badinter y S. Breyer: *Judges in Contemporary Democracy*. New York University Press. New York. pp. 19-20). Más importante fue la creación, años antes, en 1966, por parte también del mismo Tribunal Constitucional alemán, del «principio de proporcionalidad», tampoco previsto en la Ley Fundamental.

contra de la decisión de la mayoría de la voluntad ciudadana, representada en el parlamento, supone un conflicto con la democracia.<sup>8</sup> Esta tesis de un «gobierno de los jueces», como un gobierno sin legitimación democrática, se originó en Estados Unidos desde que Theodor Roosevelt, en 1913, en réplica a las primeras sentencias en que el Tribunal Supremo aplicó lo que se ha llamado el «darwinismo jurídico», esto es, el liberalismo salvaje, que condenaba toda intervención legislativa en la vida económica (*Lochner v. New York*, 1905; *Ives v. South Buffalo Ry. Co.*, 1911), impugnó «el papel de legislador irresponsable asumido por el juez, papel que los jueces americanos se han atribuido unilateralmente».<sup>9</sup> Y, un poco más tarde, sobre esta base, Lambert generalizó la

8 Los autores que han desarrollado esta cuestión son muchos y los argumentos a favor y en contra del control de constitucionalidad también. Las obras que marcaron un punto de partida, en el ámbito anglosajón, fueron las de A. Bickel (*The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press. New Haven, 1962), y J. H. Ely: (*Democracy and Distrust*. Harvard University Press. Cambridge. 1980). En el ámbito hispanoamericano, puede decirse que el tema fue tempranamente tratado por E. García de Enterría (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid. 1981), quien reproduce los ejes centrales del debate norteamericano. Posteriormente, fueron diversos escritos del filósofo argentino C. Nino (desarrollando ideas que culminaron en su libro *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa. Barcelona. 1996), y la obra de R. Gargarella (*La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter mayoritario del poder judicial*. Ariel. Barcelona. 1996) las que reavivaron la polémica e introdujeron elementos originales al debate. Desde entonces, se ha generado una discusión bastante viva, tanto en Estados Unidos, como en América Latina y España. En el ámbito hispanoamericano es aconsejable leer los libros de V. Ferreres (*Justicia constitucional y democracia*. CEP. Madrid. 1997) y los artículos de J. J. Moreso («Derechos y justicia procesal imperfecta». *Working papers*. Universitat de Girona. 1998; «Sobre el alcance del precompromiso». *Doxa*. 2000. 1: 95-107), J. C. Bayón («Derechos, democracia y Constitución». *Doxa*. 2000. 1: 65-94; «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo». Ponencia presentada en el Seminario Albert Casalmiglia de la Universitat Pompeu Fabra. Barcelona. 2004) y F. Atria («Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha». *Estudios Públicos*. 2000. 79: 348-402). En el ámbito de habla portuguesa véase V. Moreira («Princípio da Maioria e Princípio da

Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional», en L. Brito: *Legitimidades e Legitimação da Justiça Constitucional*. Universidad de Coimbra. 1995) y A. Moreira Maues (*Legitimidade da Justiça Constitucional: reflexões sobre o caso brasileiro*. Instituto de Derecho Público Comparado. V Curso de Justicia Constitucional, septiembre de 2003). En el ámbito anglosajón, es imprescindible la lectura de J. Waldron («A Right-Based Critique of Constitutional Rights». *Oxford Journal of Legal Studies*. Núm. 13. 1993. pp. 27-41; *Law and disagreement*. Clarendon Press. Oxford. 1999; «The Core of the Case against Judicial Review». *Yale Law Journal*. Núm. 115(6). 2006. Pp. 1346-1406), pero también pueden leerse los escritos de R. Dworkin (*Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Harvard University Press. Cambridge. 1996), B. Ackerman (*We the People. Foundations*. Harvard University Press. Cambridge. 1991), B. Friedman («The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One». *New York University Law Review*. Núm. 73. 1998. pp. 333 y ss), Ch. L. Eisgruber (*Constitutional Self-Government*. Harvard University Press. Cambridge. 2001; «Democracy and disagreement: A Comment on Jeremy Waldron's Law and Disagreement». *Legislation and Public Policy*. Núm. 6. 2002. pp. 35-47), M. Tushnet (*Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press. Princeton NJ. 2000), R. Hirschi (*Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. Cambridge. 2004), R. Bellamy («Introduction: Should Europe Adopt the American Way of Law... and Has it done so?» *European Political Science*. Núm. 7. 2008. pp. 4-8).

9 Schwartz, B.: *Le Droit aux Etats Unis, une création permanente*. París. 1979. p. 125. Citado por García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Op. cit., p. 168.

cuestión en su famoso libro de *Le gouvernement des juges* (1921). Los argumentos sobre los que sustentan tal tesis son, principalmente:

- El nombramiento de los jueces, en la mayoría de los ordenamientos, no se hace democráticamente por los ciudadanos sino que está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes.
- La duración en los cargos judiciales, especialmente en aquellos países donde son vitalicios, no parece avenirse con los ideales democráticos.
- Como contralor de los actos de los restantes poderes a la luz de la Constitución, parece convertirse en un contrapeso excesivo y, a la vez, no controlable por los otros poderes que sí encarnan la voluntad ciudadana.
- En consecuencia, la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaura la Constitución pues, no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir a favor de los intereses de aquél.<sup>10</sup>

Ante esta contradicción entre soberanía parlamentaria y justicia constitucional, y con el objetivo de solventarla o, al menos, apaciguarla, son diversos los mecanismos que a lo largo del constitucionalismo del siglo xx se han adoptado.

### III. La introducción en las constituciones de mecanismos de «weak-form judicial review»

Con el objetivo de preservar la supremacía parlamentaria, expresión de la voluntad general, frente a la intromisión, reforma o anulación de la misma por parte de las cortes –no electas democráticamente– y, por tanto, con el objetivo de desactivar (al menos parcialmente) la contradicción democracia-justicia constitucional, algunos países han adoptado mecanismos de «weak-form judicial review».

A diferencia del llamado modelo de «strong-form judicial review»,<sup>11</sup> vigente en la mayoría de países donde existe control de constitucionalidad (Corte Suprema de

10 Esta posición ha sido, incluso, desarrollada en la jurisprudencia de algunos países como Chile. Una decisión de la Corte Suprema de Chile, de 10 de diciembre de 2002, rechazó un caso en que los accionantes exigían se les cubriera el tratamiento de VIH/SIDA, previsto en la ley, por parte del sistema de salud pública. La Corte no se pronunció sobre el tema por considerar que las materias relativas a la salud deben ser resueltas por las autoridades políticas, no por los tribunales («Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2003. Hechos de 2002». Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales. Santiago.

2003, pp. 390-393). Se trata, en consecuencia, de un caso donde la corte aplicó la llamada teoría de la «auto-limitación judicial» (*judicial self-restraint*), que proclama la no justicabilidad de determinadas cuestiones constitucionales, desarrollada por el Juez Brandeis en su opinión en el caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, de 1936 (*Ashwander v. Tennessee Valley Authority*. 279 U.S. 288, 345 [1936]).

11 Sobre la diferenciación entre «strong-form judicial review» y «weak-form judicial review», ver: M. Tushnet: «Forms of Judicial Review as Expressions of constitutional Patriotism». *Law and Philosophy*. Núm. 22. 2003, pp. 353-379.

EE.UU., cortes constitucionales en Europa, etc.), y que se caracteriza por ser un modelo donde la decisión de la corte sobre el contenido del derecho constitucional, no puede ser formalmente revisada excepto que lo haga la propia corte o a través de un difícil proceso de reforma constitucional; en el llamado modelo de «weak-form judicial review» esto cambia.

El modelo de «weak-form judicial review» permite una revisión formal de la decisión de la corte en materia de derecho constitucional, por el legislativo. Esta revisión puede tomar dos formas:

- El poder legislativo puede repudiar directamente una decisión de la corte con la que no esté de acuerdo, y la corte debe aceptarlo (este es el caso de la «notwithstanding clause» de Canadá, a la que me referiré a continuación).
- El poder legislativo puede iniciar un proceso, de duración corta, en el que la decisión es reformulada a partir de la coordinación, negociación y consenso entre poder legislativo y corte (este es el caso de la llamada solución deliberativa o diálogo inter-orgánico).<sup>12</sup>

Parémonos, a continuación, a analizar algún ejemplo de la primera de estas formas de «weak-form judicial review».

Con el objetivo de buscar soluciones a la contradicción entre justicia constitucional y democracia, ya desde la primera mitad del siglo xx se habían formulado propuestas de limitar el poder de revisión de las cortes sobre las decisiones de los órganos de representación política y, por tanto, de blindar las decisiones de estos últimos frente a cualquier interferencia judicial posterior. En Estados Unidos, el senador demócrata Burton Wheeler, después de que el Tribunal Supremo norteamericano anulara doce Leyes del *New Deal* entre 1934 y comienzos de 1937,<sup>13</sup> realizó una propuesta de reforma de la

12 Me referiré a ella más abajo.

13 En Estados Unidos, encontramos los primeros enfrentamientos abiertos del Tribunal Supremo con el Ejecutivo, durante la época del *New Deal* del segundo Roosevelt, en el que el tribunal anuló doce Leyes del *New Deal* entre 1934 y comienzos de 1937 (En 1935 y 1936 el Tribunal anuló la legislación básica de la política económica emprendida por Roosevelt por entender que interfería en la autonomía de los Estados. La misma interpretación el Tribunal la usó en 1936 para la Ley federal de reglamentación del carbón, anulándose también en el mismo año la fijación del salario mínimo como contrario a la libertad de comercio (Ver: L. Baker: *Back to Back: the duel between F.D. Roosevelt and the Supreme Court*. Macmillan. Nueva York. 1967), en estos casos el tribunal se enfrentó al gobierno desde una posición conservadora.

Posteriormente, se produce en el país una labor de «activismo judicial» progresista contra las políticas del gobierno norteamericano, que llevó a cabo el Tribunal Warren, durante el periodo 1953-1969, política mantenida parcialmente por Warren E. Burger (1969-1986) (B. Schwartz, en su libro *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana* (trad. esp. de Alonso, E.: Cuadernos Civitas. Madrid. 1980, p. 91), dice del juez Earl Warren «que ha llevado a cabo una revolución sólo comparable a la realizada por el Parlamento inglés al elevar a Leyes el programa del English Reform Movement». Sus sentencias «han pasado a ser consideradas entre las más importantes de toda la historia del Tribunal Supremo. Su impacto en la vida social sólo puede compararse al que produce una revolución política o un conflicto armado» (*Ibidem*. p. 91). L. Friedmann, en el prefacio de la obra

Constitución donde se estableciera que, en aquellos casos, en que el Tribunal Supremo declarara la inconstitucionalidad de una ley federal, el Congreso pudiera anular tal declaración de inconstitucionalidad por una mayoría de dos tercios de votos en cada una de las cámaras, haciendo prevalecer el carácter mayoritario del Legislativo frente el carácter contra-mayoritario de la Corte.

Posteriormente, el juez Robert Bork propuso una reforma constitucional en el mismo sentido que la de Wheeler, pero permitiendo la anulación de la declaración de la corte por simple mayoría de votos.

Aunque estas propuestas no tuvieron éxito en Estado Unidos, si hay países, como Canadá o Irlanda, que ha incorporado una cláusula parecida en su texto constitucional.

#### **IV. La *notwithstanding clause* de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá de 1982**

La Carta de Derechos y Libertades canadiense (incorporada a la Constitución –*Constitution Act*– en 1982) prevé, en su art. 33, la denominada *notwithstanding clause* o «cláusula de anulación»,<sup>14</sup> que permite al parlamento nacional o a las asambleas legislativas de las provincias, declarar cuando promulguen una ley, que esta debe entrar en vigencia, sin perjuicio de que existan disposiciones en la Carta que pudieran llegar a plantear la inconstitucionalidad de la misma y, por tanto, impidiendo la revisión judicial de constitucionalidad, por parte de las cortes, sobre dicha norma.

El parlamento correspondiente podrá declarar que la ley entre en vigencia independientemente de la existencia de posibles causas de inconstitucionalidad, siempre y cuando estas contradicciones afecten a las libertades fundamentales previstas en el art. 2 de la Carta (donde se contienen derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de conciencia, la libertad de reunión y la libertad de asociación)

colectiva editada por R. H. Saylor, B. B. Boyer y R. E. Goobing: *The Warren Court. A critical analysis* (Chelsea House. Nueva York. 1980. p. VII.), dice que nunca el Tribunal Supremo había sugerido que pudiese ser por sí mismo «un instrumento principal de cambio, que pudiese establecer nuevas metas para la nación, articular un nuevo sentido moral para el pueblo y, en consecuencia, reorganizar la estructura política del país. Pero el Tribunal Warren ha producido precisamente esta especie de revolución». Los juicios análogos se expresan también en: A. Cox: *The Warren Court. Constitutional decisions as an instrument of reform*. Harvard University Press. Cambridge, Mass. 1971; P. B. Kurland: *Politics, the Constitution and the Warren Court*. The University of Chicago Press. Chicago. 1970; L. Levy (ed.): *The Supreme Court under Earl Warren*.

L. Levy ed. Nueva York. 1972; J. Weaver: *Warren: the man, the Court, the era*. Little, Brown and Company. Boston. 1967; B. Schwartz: «The judicial lives of Earl Warren». En *Suffolk University Law Review*, 1, 2 (1981). pp. 1 y ss.)

14 Si bien esta es una cláusula que difícilmente se encuentra fuera de Canadá. Esta no es una novedad en el derecho constitucional canadiense, sino que tiene ya antecedentes en la Bill of Rights canadiense de 1985 (Apéndice III, art. 2), el Código de Derechos Humanos de Saskatchewan (arts. 24.1 y 44), la Bill of Rights de Alberta (art. 2) y la Carta de Derechos Humanos y Libertades de Quebec (art. 52). Todos ellos son textos que reconocían ya este tipo de cláusula (D. Gibson: *The law of the Charter: General Principles*. Carswell. Toronto. 1986. p. 125).



y en los arts. 7 a 15 (donde se contienen el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, derecho a no ser perseguido y detenido arbitrariamente, la prohibición de ser sometido a tratamientos crueles y el derecho a la igualdad).

El parlamento, sin embargo, no podrá usar la cláusula cuando la ley que promulgue presente contradicción que afecten a las garantías de los derechos políticos (arts. 3 a 5), los derechos de movilidad (art. 6), los derechos referentes al idioma (arts. 16 a 22), los derechos de educación lingüística de la minoría (arts. 23), la garantía de igualdad entre hombres y mujeres (art. 28). También están excluidos de la posibilidad de usar la cláusula, los art. 24 (justiciabilidad de la Carta) y los arts. 27 (patrimonio multicultural) y 29 (escuelas confesionales).

La declaración de uso de la cláusula por parte del Parlamento Federal o por las Asambleas Legislativas provinciales, no podrá tener una duración superior a cinco años.<sup>15</sup>

Hay que señalar, que todos los derechos y libertades de la Carta están plenamente garantizados y sujetos a límites bajo los términos del art. 1. Este artículo, en combinación con el art. 32 de la Carta (hacer la Carta obligatoria para el parlamento nacional y las asambleas legislativas provinciales) y el art. 52 de la Constitución (hacer de la Constitución, de la cual la carta es parte, la ley suprema de Canadá), tiene el efecto de consolidar y blindar plenamente la protección de los derechos y libertades establecidos en la Carta. Ahora bien, el art. 33 establece una excepción constitucional y resucita, en circunstancias particulares, la supremacía de la soberanía del Legislativo. Por tanto, la Carta es una única combinación de derechos y libertades, algunos de los cuales son absolutamente intocables, y otros son intocables excepto anulación del Legislativo.

En el momento de la incorporación del art. 33 en la Carta de Derechos y Libertades, en la Conferencia federal-provincial de primeros ministros, de noviembre de 1981,<sup>16</sup> sus artífices creían que esta sólo iba a ser usada muy raramente y en casos no controvertidos.<sup>17</sup> Sin embargo, esta ha sido usada luego, para muchos otros casos.

15 Transcurrido este periodo, el nuevo parlamento elegido podrá renovar, una vez más y por el mismo periodo, la declaración (Sobre la cláusula, ver: D. Johansen y P. Rosen: *The notwithstanding clause in the charter*. Research branch, Library of Parliament. Ottawa. 16 de octubre de 2008. p. 3; puede verse, también: P. Rosen: *The section 33 Notwithstanding Provision of the Charter of Rights*. Research branch, Library of Parliament. Ottawa. 21 de agosto de 1987; - R. Romanow, J. Whitee y H. Leeson: *Canada Notwithstanding: The Making of the Constitution 1976-1982*. Carswell/Methuen. Toronto. 1984; S. Axworthy: «Colliding Visions: The Debate over the Charter of Rights and Freedoms 1980-1981», en J. Weiler y R. Elliot (eds.): *Litigating the Values of a Nation: The*

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Carswell. Toronto. 1986, p. 24).

16 Para una descripción de como fue el proceso de negociaciones y aprobación de esta clausula, ver: E. McWhinney: *Canada and the Constitution 1979-1982: Patriation and the Charter of Rights*. University of Toronto Press. Toronto. 1982. pp. 90-101; R. McMurtry: «The search for a constitutional accord. A personal Memoir». *Queen's Law Journal*. Núm. 8. 1992; R. Romanow: «Reworking the miracle: the Constitutional Accord 1981». *Queen's law Journal*. Núm. 8. 1982.

17 Ver: D. Johansen y P. Rosen: *The notwithstanding clause in the charter*. *Op. cit.*, pp. 6-9.

Quien más ha recurrido a ella, ha sido la asamblea legislativa de la provincia de Quebec. Cuando en 1981 se produjo el acuerdo constitucional con el apoyo del gobierno federal y de todas las provincias, la única provincia que manifestó su oposición fue Quebec. La manera en que el gobierno de Quebec exteriorizó esta oposición a los términos del acuerdo, fue usando la cláusula de anulación en todas las leyes que presentaba ante la asamblea legislativa provincial entre 1982 y 1985. A partir de 1985, esta práctica cesó y, desde entonces, la cláusula sólo ha sido usada ocasionalmente tanto por los gobiernos del Partido liberal como los del Partido *québécois*. Los dos principales casos, han sido el uso por parte de la asamblea legislativa de Quebec de la cláusula del art. 33 de la Carta, después de las sentencias de la Corte Suprema de Canadá en los casos *Ford y Devine*, en 1988.

#### *Los casos Ford y Devine de 1988*

Se trata de dos casos relativos a la ley de política lingüística emitida por el gobierno de Quebec.

Esta establecía el uso solo del idioma francés en los letreros comerciales. Ante esta ley, el Tribunal Supremo de Canadá emitió un fallo (15 de diciembre de 1988) donde establecía que la prohibición total de otros idiomas que no fueran el francés, era una limitación del derecho a la libertad de expresión garantizado en la Carta. Emitido el fallo del tribunal, el gobierno québécois introdujo una enmienda en la ley, que mantenía el monolingüismo francés para los letreros exteriores, pero permitía el plurilingüismo en los letreros interiores. Para asegurarse que la nueva legislación enmendada (Ley 178) no sería objeto de otro fallo judicial, la nueva ley invocó la cláusula del art. 33 de la Carta, impidiendo así su revisión judicial de constitucionalidad. Esta fue la primera vez que la cláusula había sido usada como respuesta directa a una decisión de la Corte Suprema de Canadá, para anticiparse a un posible litigio.

En 1993, cuando la cláusula cumplió sus 5 años de existencia, la Asamblea Nacional de Quebec levantó la prohibición de los letreros en inglés y reformó la ley para establecer, simplemente, que el francés debe ser el idioma señalado predominantemente. Esta reforma no fue protegida por la cláusula.<sup>18</sup>

Fuera de la provincia de Quebec, esta cláusula ha sido usada tres veces:<sup>19</sup>

#### *El caso de la «Yukon's Land Planning and Development Act» de 1982*

La primera vez que la cláusula fue usada fuera de la provincia de Quebec, fue para el caso de la Ley de planificación y desarrollo de la tierra de Yukon, sancionada en 1982 pero que nunca llegó a entrar en vigor, con la cual cosa es dudoso si puede calificarse como un ejemplo de aplicación de la cláusula. Esta ley establecía en su art. 39 que las disposiciones de la misma relativas a la nominación, por parte del Consejo de Indios de Yukon, de personas para ser miembros de la Junta de Planificación de la Tierra

18 *Ibidem*. p. 27.

19 Sobre el uso de la cláusula fuera de Quebec, ver: P. Hogg: *Constitutional Law of Canada*. Carswell. Toronto. 2007 (5 ed.). Párrafo 36.2. Además, ver también: T. Kahana: «The notwithstanding mechanism and public discussion: Lessons from the ignores practise of section 33 of the charter». *Journal of Canadian Public Administration*. Núm. 44. 2001.

(creada en el art. 3 de la ley) y de los Comités de Planificación de la Tierra (creados en el art. 17 de la ley), no podían ser revisadas judicialmente, independientemente de que presentaran contradicciones con el art. 15 (derechos de igualdad) de la Carta de Derechos y Libertades.

*El caso del uso preventivo de la cláusula por parte del gobierno provincial de Saskatchewan en relación con la legislación laboral (1985)*

En este caso, quien usó la cláusula del art. 33 fue el gobierno de la provincia de Saskatchewan<sup>20</sup> para proteger la ley de «retorno al trabajo». En 1985, la Corte de Apelación de Saskatchewan había dicho que la ley de «retorno al trabajo» aprobada por el gobierno provincial era contraria a la libertad de asociación del art. 2 de la Carta canadiense de derechos y libertades (*RWPSU v Government of Saskatchewan* (1985) 5 W.W.R. 97). Inmediatamente y, al mismo tiempo que el gobierno provincial impugnaba la decisión de la Corte de apelación ante el Tribunal Supremo de Canadá, también activó la cláusula notwithstanding para proteger y garantizar la vigencia su ley de «retorno al trabajo», al margen de lo que dijese el Tribunal Supremo. Finalmente, el Tribunal Supremo resolvió a favor del gobierno de Saskatchewan, estableciendo que la legislación no violaba la Carta (*RWDSU v Saskatchewan* (1987) 1 S.C.R. 460). En consecuencia, el uso de la cláusula no hubiera sido necesario.<sup>21</sup>

*El caso de la reforma de la Ley de Matrimonio por parte del gobierno provincial de Alberta (2000).*

En este tercer caso, la cláusula fue usada por parte de la Asamblea legislativa provincial de Alberta que aprobó, en marzo del 2000, un proyecto de ley reformando su Ley de matrimonio para definir el matrimonio como exclusivamente heterosexual e incluyendo en la misma la cláusula *notwithstanding*, evitando así que esta reforma pudiera ser declarada en contradicción con el derecho de igualdad reconocido en la Carta y, por tanto, inconstitucional. Sin embargo, se trataba de una reforma que tenía muy pocos efectos jurídicos ya que la competencia para regular el matrimonio en Canadá, es una competencia del gobierno federal. Un fallo del Tribunal Supremo de Canadá, de 8 de diciembre de 2004, ratificó que era el gobierno federal quien tenía competencia exclusiva para decidir quién tiene derecho a casarse en el país (*Reference re Same-Sex Marriage* (2004) 3 S.C.R. 698). En julio de 2005, el parlamento federal aprobó una Ley de Matrimonio Civil que, por primera vez, permitía el matrimonio entre personas de un mismo sexo. Entre otros aspectos, el preámbulo de esta ley decía: «El parlamento de Canadá se compromete a defender el derecho a la igualdad sin discriminación de todas las personas, y se opone al uso del art. 33 de la Carta para denegar el derecho a las parejas de un mismo sexo a acceder en condiciones de igualdad al matrimonio civil.»<sup>22</sup>

Conjuntamente con Canadá, otro país que incorporó una cláusula parecida, es Irlanda. La Constitución irlandesa prohíbe también, parcialmente, la revisión de las

20 *Saskatchewan Government Employees Union Dispute Settlement Act*, s.s. 1984-85-86. c.111.

21 Sobre ello, ver: D. Greschner y K. Norman: «The Courts and Section 33». *Queen's Law Journal*. Núm. 12. 1987.

22 Para una descripción de este Ley de Matrimonio Civil, ver: M. Hurley: «Hill C-38: The Civil Marriage Act». Research branch, Library of Parliament. Ottawa. 14 de septiembre de 2005).

cortes sobre determinados actos del legislativo. Concretamente, esta constitución describe sus disposiciones de bienestar social bajo el título de «Principios directrices de la política social», en el art. 45, y en el mismo artículo establece que la aplicación de estos principios corresponde exclusivamente al Parlamento, sin que ello pueda ser revisado por ninguna corte.<sup>23</sup>

## V. ¿Supone la cláusula de anulación de Canadá una solución al conflicto «supremacía parlamentaria-justicia constitucional»?

Han sido varios los autores que han defendido la existencia de esta cláusula, argumentando que sirve para preservar el principio de la soberanía parlamentaria y evitar que jueces, no electos por nadie, puedan, en base a sus valores políticos personales, hacer interpretaciones de los derechos y libertades de la Carta que vayan en contra del consenso social mayoritario y anular las normas emitidas por los representantes de los ciudadanos.<sup>24</sup> En consecuencia, se trataría de una cláusula que favorecería la democracia. Sin embargo, esto podría cuestionarse, al menos, por dos razones:

En primer lugar, por qué no es del todo cierto que la introducción de esta cláusula en Canadá haya servido para apaciguar la llamada dificultad contra-mayoritaria o democratizar la revisión de constitucionalidad. Hay que tener en cuenta que, al mismo tiempo que la Carta de derechos reconoció la *notwithstanding clause*, estableció también las bases para el ejercicio de la revisión judicial en el país. Y, de hecho, desde una perspectiva cuantitativa, la introducción de la Carta de Derechos y Libertades ha tenido un importante impacto en el incremento vertiginoso de la revisión judicial de constitucionalidad.

Mientras los casos de derecho constitucional representaban sólo, un 2,4%, entre 1962 y 1971, y un 5,5%, entre 1972 y 1981, de los casos conocidos por la Corte Suprema de Canadá, entre 1982 y 2002, estos se incrementan a un 20% (440 de las 2195 decisiones de la Corte Suprema). Además, la Carta ha sido usada, desde su aprobación hasta el 2002, por la Corte para anular, total o parcialmente, 36 leyes provenientes del parlamento federal y 32 provenientes de los parlamentos provinciales.<sup>25</sup>

23 Art. 45 Constitución de Irlanda, 1937: «The principles of social policy set forth in this Article are intended for the general guidance of the Oireachtas. The application of those principles in the making of laws shall be the care of the Oireachtas exclusively, and shall not be cognisable by any Court under any of the provisions of this Constitution. [...]»

24 Uno de los autores que se ha mostrado más favorable a la defensa del art. 33 de la Carta ha sido: W. MacKay: «Is there a Threat to our Rights?» en C. Tower y P. Body: *Reader's Digest*. Junio de 1989, pp. 101-103.

25 R. Hirschl: *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. Cambridge. 2004, pp. 19-20.

En consecuencia, los efectos de la cláusula *notwithstanding* en disminuir el control judicial de constitucionalidad a favor de la soberanía parlamentaria, no han sido muy exitosos. Durante las últimas décadas, el país ha experimentado un empoderamiento del poder judicial, en detrimento del poder político, en los procesos de toma de decisiones, nunca antes visto.

Y, en segundo lugar, por qué también podría discutirse que la introducción de esta cláusula favorezca o fortalezca la democracia, o más bien al contrario. Fue Dworkin el que planteó la necesidad de ser capaces de mirar más allá de la concepción clásica de democracia, defendida por autores como M. Walzer, que coloca el centro del concepto de democracia en el «mayoritarismo», según la cual lo único que califica como democrático a un gobierno es que haya sido elegido y cuente con el apoyo de la mayoría de los ciudadanos, pues podría darse el caso –dice Dworkin–, que la mayoría no desee reconocer derechos fundamentales a la minoría, en este caso no podríamos hablar de democracia. Por ejemplo, Hitler ascendió al poder con el apoyo de la mayoría de los alemanes y, sin embargo, no puede hablarse para el caso, de gobierno democrático.<sup>26</sup>

En contraposición a esta concepción «mayoritarista» de la democracia, aquello que, según Dworkin, debería definir el que un sistema sea o no sea democrático, no son sólo los elementos procesales de la democracia (que son necesarios), sino también los resultados, esto es, el igual reconocimiento de derechos para todos los ciudadanos. Democracia, para Dworkin, es «gobierno sujeto a condiciones», las cuales son «condiciones de igualdad de status para todos los ciudadanos».<sup>27</sup>

De acuerdo con esta noción ampliada de democracia, la cláusula de nulidad introducida por la Carta de derechos de Canadá podría suponer un gran peligro para la democracia. Algunos autores<sup>28</sup> han expresado su preocupación acerca de este art. 33 de la carta canadiense señalando varios aspectos importantes. En primer lugar, el hecho de que la cláusula –nos dicen– sólo sea aplicable a algunos derechos supone la creación de una jerarquía de derechos que atenta contra el principio de indivisibilidad de los mismos. Además, si nos fijamos a qué derechos puede aplicarse, nos damos cuenta que son derechos de gran importancia. Como dice Morris Manning: «si nuestra libertad

26 Autores como M. Walzer defienden la posición de que la mayoría democrática tiene el derecho de vulnerar derechos: «una de las características de la democracia –dice este autor–, es que la gente tiene el derecho de actuar incorrectamente» (M. Walzer, M.: «Philosophy and democracy». *Political Theory*. Núm. 9. 1981, pp. 379-399). Esta es una posición que es absurda pues es contradictorio decir que un ciudadano tiene derechos contra el Estado, esto es la mayoría democrática, porque así lo esta-

blece la Constitución, y a la vez, que el Estado o la mayoría democrática puede vulnerar los derechos de este ciudadano.

27 R. Dworkin: «La lectura moral y la premisa mayoritaria». En S. Hongju y H. Koh (comp.): *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Gedisa. Barcelona. 2004, p. 118.

28 Ver: P. Kaye: «The Notwithstanding Clause». *Current Issue Paper*. Núm. 72. Ontario Legislative Library. Noviembre de 1987, pp. 18-19.

de conciencia puede ser anulada por una ley que invoque la cláusula. Si nuestro derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la integridad física pueden ser regulados de manera contradictoria con los principios fundamentales de justicia, ¿que libertad tenemos?»<sup>29</sup> En base a este art. 33 podría, por ejemplo, promulgarse una Ley de Orden Público destinada a perseguir, detener, reprimir y torturar cualquier tipo de oposición política, al menos por un periodo de cinco años. Tenemos ejemplos de ello en la historia.

En Sudáfrica, en 1953, durante el *apartheid*, se aprobó una Ley de Seguridad Pública donde se regulaba la declaración y regulación de los Estados de emergencia. En base a la regulación de esta ley, el Presidente del país hizo varias declaraciones del Estados de emergencia durante la década de los 80, declaraciones que establecían importantes restricciones de la libertad de prensa. Estaba prohibido, por ejemplo, la presencia de periodistas y la difusión de información o fotografías sobre los disturbios y la represión policial durante los mismos. A pesar de que el Frente Democrático Unido intentó impugnar esta regulación ante las cortes, no pudo, pues el art. 5. B de la Ley de 1953 fijaba que «[...] ninguna corte podrá ser competente para revisar judicialmente la validez de ninguna declaración de Estado de emergencia por parte del gobierno hecha bajo el art. 3 de la Ley.»<sup>30</sup>

### **1. Otras formas de weak-form judicial review peligrosas para los derechos fundamentales**

En igual sentido que la cláusula canadiense, la misma cláusula en la Constitución irlandesa, citada anteriormente, conlleva, también, elevados peligros, especialmente, en lo que se refiere a la posibilidad de que el Parlamento pueda adoptar, sin ningún límite, medidas claramente regresivas en materia de derechos sociales. Por tanto, se trata de una cláusula que puede dejar sin efecto el principio de prohibición de regresividad de los derechos reconocido en muchos de los tratados internacionales de derechos humanos<sup>31</sup> de las últimas décadas.

29 M. Manning: *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*. Emond-Montgomery. Toronto. 1983, p. 55.

30 C. Forsyth: «Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review», en C. Forsyth: *Judicial review and the Constitution*. Hart Publishing. Oxford. 2000, p. 36.

31 En la nota del artículo 11 de las «Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el art. 19 del protocolo de San Salvador», adoptadas por la Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 2005 (Cf. Resolución AG/RES 2074 (XXXV-

o/05), se define la regresividad de la siguiente manera: «por medidas regresivas se entiende todas aquellas disposiciones y políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido.» Por tanto, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que esta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior (C. Courtis: «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios», en C. Courtis (ed.): *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del puerto. Buenos Aires.

Las medidas de Fujimori en Perú, en 1992 durante el período de autogolpe de estado, son un ejemplo de cuáles son las consecuencias negativas que se podrían derivar de esta cláusula. La Constitución peruana de 1979, vigente en aquel momento, establecía la aplicabilidad directa de los derechos sociales y la posibilidad de presentar acción de amparo ante vulneraciones de los mismos por las autoridades públicas. Ahora bien, a la vez que Fujimori emitía, usando la atribución contenida en el artículo 211.20 de la Constitución de 1979,<sup>32</sup> decretos leyes de carácter liberalizador que implicaban un claro ataque a muchos derechos sociales reconocidos en la Constitución de 1979, en los mismos textos legales prohibía, expresamente, la posibilidad de interponer acción de amparo contra los mismos. Para poner sólo un ejemplo, el Decreto Ley núm. 25967 de 19 de diciembre de 1992, a través del cual se congelaron las pensiones de los jubilados del Instituto Peruano de Seguridad Social, que abarcaba la mayoría de los trabajadores de la actividad privada y pública, fijaba en su artículo 10, «No es procedente ninguna acción de amparo dirigida a impugnar, directa o indirectamente, los efectos de aplicación del presente Decreto ley.»<sup>33</sup>

Conjuntamente con la adopción de esta «cláusula de anulación», se han adoptado en otros países mecanismos diferentes para intentar salvar la dificultad contramayoritaria de la justicia constitucional, aunque implicando también un peligro para la protección de los derechos. Uno de estos otros mecanismos es el control de constitucionalidad procedimental pero no sustantivo (la «soberanía legal sin límites»).

Uno de los principales autores que ha defendido esta postura de la «soberanía legal sin límites» es Richard Latham.<sup>34</sup> Esta considera que sólo se le tendría que establecer y comprobar al legislativo (mediante revisión judicial), las reglas procedimentales, no las sustantivas. Las reglas que consideran que han de ser prioritarias para la efectiva expresión de la voluntad del legislativo son reglas de manera y forma que determinan como la voluntad del legislativo debe expresarse. Ellas no tienen contenido sustantivo (ellas no limitan el poder de la legislatura que está operando de acuerdo con estas normas). Se trata de normas que «definen el soberano no la soberanía».<sup>35</sup>

2006, p. 4). Ello constituye, a la vez, una limitación impuesta sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación «a la baja» de los derechos sociales de los que goza la población, y una garantía para el titular del derecho (Sobre ello, ver también: V. Abramovich y C. Courtis: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta. Madrid. 2002, pp. 92-113).

32 Este artículo facultaba al Presidente de la República a «dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera», con cargo a dar cuenta al Congreso.

33 Sobre las medidas de regresividad de los derechos sociales en Perú, ver: A. Noguera: *Los derechos sociales en las nuevas Cons-*

*tituciones latinoamericanas*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, pp. 51-66.

34 R. Latham: *The Law and the Commonwealth*. Oxford University Press. Oxford, p. 1949 (se trata de una reimpresión en facsímil de su ensayo publicado en W.K. Hancock: *Survey of British Commonwealth Affairs. Vol. 1. Problems of nationality 1918-1936*. Oxford University Press. Oxford. 1937. Por esta razón la primera página del ensayo es la p. 510).

35 C. Forsyth: «Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review». *Op. cit.*, pp. 31-33.

En otras palabras, existe un control de los aspectos formales del legislativo pero no un control sobre los aspectos sustantivos de sus actos. Esto hace que no se limite la soberanía del legislativo y, por tanto, no haya contradicción con la supremacía parlamentaria. Solo hay límites formales para el legislativo, no sustantivos. La voluntad del soberano legislativo será reconocida, sea la que sea, siempre y cuando cumpla con los requisitos legalmente establecidos para la tramitación y aprobación de las leyes. Lo único que otorgaría legitimación a las cortes para revisar la acción del legislativo es que no cumpla con estas reglas formales.

Por tanto, el parlamento mantiene lo que se ha llamado una «soberanía legal sin límites». Entienden la soberanía como un poder legislativo, el cual siempre y cuando se mantenga dentro de los límites legales, es ilimitado.<sup>36</sup> Y, además las cortes se mantienen dentro de sus funciones puramente judiciales de control de la legalidad, sin jugar un papel político que no pueden realizar puesto que sus miembros no han sido elegidos democráticamente. Por tanto, ¡contradicción resuelta!<sup>37</sup>

Tal concepción ha sido adoptada, al menos dos veces, por las cortes de la Commonwealth. Concretamente, en los casos: *Harris and others v The Minister of the Interior and others* 1951(2) SA 428 (A), ante la Appellate Division of The Supreme Court Of South Africa; y, *Bribery Commissioner v Ranasinghe* (1956) AC 172, ante la Privy Council (de apelación de Ceylon -Sri Lanka-).

Esta postura de la «soberanía legal sin límites» o del control «formal» pero no «sustancial» presenta, a mi entender, algunos problemas.

En primer lugar, 1789 constituyó, en términos de dogmática constitucional, un límite o garantía cultural de *statu quo* con determinados contenidos irrenunciables para el futuro Estado constitucional, entre ellos los derechos fundamentales.<sup>38</sup> Estos elementos constituyen una barrera cultural que no permite el paso atrás<sup>39</sup> y fundan los elementos básicos a partir de los cuales se ha producido el avance constitucional progresivo durante los últimos dos siglos. Otorgar poderes, no procedimentales, pero sí

36 Sobre este posicionamiento, ver también: W. Wade: «The Basis of Legal Sovereignty». *Cambridge Law Journal*. Núm. 172. 1955, pp. 187-188.

37 Esta es una concepción que parte de la vieja definición de constitución establecida en el siglo XVIII por William Paley. En los siglos XVII y XVIII, el término constitución tenía varios significados y muy diferentes a lo que entendemos hoy. Entre ellos, en 1788, William Paley dijo «el término constitucional o inconstitucional significa legal o ilegal». (L. D. Kramer: *The People themselves. Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press. Oxford, 2004, p. 10).

38 P. Häberle: *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trotta. Madrid. 1998.

39 El paso del Estado legislativo al Estado constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones que pasarán a integrar una plano de juridicidad superior, vinculante, indisponible e infranqueable, en línea de principios, para todos los poderes públicos (A. M. Peña Freire: *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Trotta. Madrid, 1997, p. 59).



«sustanciales» absolutos al Legislativo, puede suponer una contradicción con los derechos fundamentales como límites infranqueables. Además una constitución no sólo es un documento procedimental, sino que establece a la vez unos principios filosóficos y de contenido que deben también respetarse y constituir límites claros al poder legislativo y ejecutivo.

## **VI. ¿Cómo superar la dificultad contra-mayoritaria sin poner en peligro los derechos?**

La respuesta a esta pregunta no es fácil, son diversos las teorizaciones e intentos que se han producido, entre ellos, la solución más conocida ha sido la llamada solución deliberativa o el diálogo inter-orgánico.

### **1. El diálogo inter-orgánico**

Esta consiste en impedir la imposición de la decisión final de la corte sobre la acción normativa del legislativo, vulnerando la soberanía parlamentaria, a través de dispersar o descentralizar la revisión judicial de constitucionalidad, de manera horizontal, entre los distintos órganos de gobierno.<sup>40</sup>

En consecuencia, la revisión de constitucionalidad ya no implica la imposición de la decisión de un órgano (corte) sobre otro (legislativo), sino que se realiza a través de un procedimiento, sin imposiciones, de debate y participación, en pie de igualdad, de todos los órganos, no vulnerándose la soberanía parlamentaria.

Dos de los principales mecanismos que normalmente se señalan para poder llevar a cabo el debate inter-orgánico horizontal son:

1. El establecimiento de comisiones de auto-revisión constitucional en las ramas legislativas y ejecutiva del gobierno estatal: se trata de institucionalizar procedimientos para que los poderes con capacidad legislatora realicen una revisión de constitucionalidad sobre sus propias normas, estos es, crear comisiones en el interior del poder legislativo y ejecutivo, con la responsabilidad de examinar la constitucionalidad de las normas con rango de ley antes de ser definitivamente aprobadas. La idea no es nueva, en países como Nueva Zelanda, por ejemplo, el Abogado General del Estado tiene el deber explícito de revisar los proyectos o proposiciones de ley que se están tramitando en el legislativo para evitar posibles conflictos de estas normas con la Carta de derechos, llamando la atención al legislativo en caso de encontrarlos.<sup>41</sup>
2. El establecimiento de mecanismos diversos para permitir un debate entre poderes, relativo a los contenidos constitucionales: se trata de estructurar espacios y tiempos de debate, entre las distintas ramas del Estado, sobre la constitucionalidad de las normas antes de su plena aprobación. Ejemplo de ello fue el peculiar sis-

<sup>40</sup> Uno de los autores que propone esta solución es: C. F. Zurn: *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge University Press. New York, 2007.

<sup>41</sup> *Ibidem*. p. 302.

tema que caracterizó el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de Ecuador de 1945 (art. 160). Este tribunal no tenía autoridad para invalidar una ley, sino simplemente para suspenderla provisionalmente. La suspensión permanecía hasta tanto el Congreso dictara definitivamente sobre su constitucionalidad.<sup>42</sup> En este esquema, la decisión final sobre la validez de la ley quedaba siempre en manos del Congreso, que podía aprobar o revocar la suspensión del tribunal. Este modelo facilitaba una dinámica de diálogo en tres fases: decisión legislativa (opinión), suspensión provisional (respuesta) y decisión final del Congreso (réplica).<sup>43</sup> En el mismo sentido, la Corte Constitucional alemana, en algunas sentencias, ha declarado una ley como «no compatible con la Constitución», en lugar de declararla estrictamente como «inconstitucional». Esto permite a la ley permanecer en vigencia por un tiempo determinado, con el entendido de que será adecuadamente revisada por el legislativo. La Corte Constitucional italiana ha llevado a cabo, en algunas ocasiones, una práctica similar al declarar que una ley será anulada en el futuro si no es adecuadamente revisada y modificada por el legislativo.<sup>44</sup>

Bien, vista esta solución deliberativa podemos afirmar que se trata de una respuesta que, a diferencia de las expuestas anteriormente, permite garantizar determinados aspectos de la supremacía parlamentaria, por encima del carácter contra-mayoritario de la justicia constitucional, sin que ello ponga en peligro la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No obstante, algunas de las críticas que podríamos formular a esta solución es el hecho de preguntarnos ¿realmente comporta una auténtica democratización de la justicia constitucional? Podríamos encontrar otros mecanismos que, sin poner tampoco en peligro la protección de los derechos fundamentales, ofreciera mayores niveles de democratización del control de constitucionalidad?

42 F. Zuñiga Urbina: «Jurisdicción constitucional en la perspectiva actual: notas para una comparación en América Latina». *Ius et Praxis*. Núm. 4(2). 1998. Pp. 189-226; y, H. Nogueira Alcalá: «La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur». *Contribuciones*. Núm. 3. 2002. Pp 153-301. Citados por S. Linares: *La (i)legitimidad democrática del control constitucional de las leyes*. Marcial Pons. Madrid/Barcelona/Buenos Aires. 2008. p. 209.

43 S. Linares: *La (i)legitimidad democrática del control constitucional de las leyes*. *Op. cit.* p. 209.

44 J.M. Pickerill: «Constitutional Deliberation in Congress», y J.K. Tullis: «Deliberation between Institutions», ambos

en J.S. Fishkin y P. Laslett: *Debating Deliberative Democracy*. Blackwell. Malden. 2003, señalan a través de ejemplos empíricos que estos procesos de debate inter-orgánico sobre cuestiones constitucionales existen en el contexto norteamericano. Mientras Pickerill se centra en el debate inter-orgánico sobre los principios del federalismo, Tullis se centra más en un caso de estudio relativo a un conjunto de debates entre Ejecutivo y Legislativo a finales del siglo XVIII y XIX. Para una buena discusión sobre tres maneras distintas de institucionalizar los debates inter-orgánicos relativos a los derechos individuales en Canadá, ver: S. Gardbaum: «The new Commonwealth Model of Constitutionalism». *American Journal of Comparative Law*. Vol. 49, núm. 4. 2001, pp. 719-739.

## 2. ¿Implica el diálogo inter-orgánico una democratización de la justicia constitucional? Críticas y alternativas

Algunos autores han diferenciado entre los conceptos de «cultura legal interna» y «cultura legal externa».<sup>45</sup> A modo general, podemos definir estos conceptos de la siguiente manera:

- La cultura legal interna se refiere al conjunto de maneras de actuar especializadas que tienen las cortes o tribunales en su interior.
- La cultura legal externa se refiere al conjunto de maneras de actuar que la población en general, los ciudadanos, tienen con respecto y hacia las instituciones jurisdiccionales. Sería, por tanto, equivalente a cultura o actuación legal popular.

Hecha esta diferenciación, a continuación establezco cuatro dimensiones distintas del funcionamiento de las Cortes Constitucionales o Cortes Supremas, que –considero– son determinante para su mayor o menor democratización.<sup>46</sup>

Dos de estas dimensiones forman parte de la cultura legal interna:

1. Las funciones que se atribuyen a la corte. En función de cómo las ramas del Estado se distribuyan los poderes y cuales sean las funciones que corresponden o no a la corte, existirá mayor o menor contradicción de la justicia constitucional con la noción de democracia.
2. El estilo de las deliberaciones judiciales. El hecho de que las deliberaciones de la corte puedan ser sólo interpretativas o bien puedan, a la vez, crear derecho, determinará, también, un mayor o menor grado de contradicción de la justicia constitucional con la noción de democracia.

Las otras dos dimensiones forman parte de la cultura legal externa:

3. La composición y forma de elección de los miembros de la corte. En función de que manera los ciudadanos participen, ya sea directa o indirectamente, en la elección y composición de la corte, podremos hablar de mayor o menor grado de democratización de la justicia constitucional.
4. La legitimación activa para plantear acciones de defensa de la constitución ante la corte. El hecho de que los ciudadanos puedan o no, participar en el planteamiento

45 L. M. Friedman: *The Legal System. A Social Science Perspective*. Russell Sage Foundation. New York. 1975, p. 194.

46 Inicialmente, M. Lasser diferenció entre dos dimensiones del funcionamiento de las Cortes Supremas: el estilo de las deliberaciones judiciales y la estructura de la Corte (M. Lasser: *Judicial deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency*. Oxford University Press. Oxford. 2004). Posteriormente, F.

Bruinsma ha sumado a las dos anteriores, dos dimensiones más: el perfil político de la corte y su composición (F. Bruinsma: «A socio-legal analysis of the legitimacy of highest courts», en N. Huls, M. Adas y J. Bomhoff (eds.): *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*. TMC Asser Press. The Hague (Holanda). 2009, pp. 67-68). Partiendo de las dimensiones establecidas por estos autores, en este trabajo, yo diferencio entre cuatro dimensiones.

to de acciones de inconstitucionalidad ante la corte, determinará, también, el carácter más o menos popular de la justicia constitucional.

Estas dos últimas dimensiones (la 3 y 4) son las que conectan la cultura legal interna con la cultura legal externa y las que, sin duda, contribuyen en mayor grado a una articulación entre las nociones de soberanía, justicia constitucional y participación. Por tanto, es en estas dos últimas dimensiones donde hay que aplicar transformaciones para lograr una democratización profunda de la justicia constitucional.

Tanto la solución de la *notwithstanding clause* en Canadá, como la propia solución deliberativa o del diálogo inter-orgánico, afectan, si nos fijamos, a las funciones de la corte y al estilo de las deliberaciones, esto es, a la cultura legal interna, pero no tocan para nada las dimensiones de la cultura legal externa, que son las que realmente democratizan la justicia constitucional. Si bien, las discusiones y transformaciones en el estilo de deliberación o en sus funciones y en la estructura de la corte, influyen en la democratización de la corte, se quedan en el ámbito interno del mundo jurisdiccional, sirven para que el círculo interno del mundo jurisdiccional y académico otorgue mayores grados de legitimidad a la Corte. Sin embargo las simples transformaciones en estos ámbitos, sin tocar los otros, dejan un amplio hueco no cubierto entre los bien-informados a nivel interno y los mal informados a nivel externo (sociedad) que no perciben tales transformaciones ni se rompe la separación radical entre control de constitucionalidad y sociedad, contraria a la propia naturaleza de la institución «justicia constitucional» asociada durante a los primeros años de revolución norteamericana, con lo que se llamaba *popular law*, derecho creado y ejercido por el pueblo para controlar y limitar al poder, a diferencia de la *ordinary law*, que era la ley promulgada por el poder para regular y limitar al pueblo.<sup>47</sup>

Entonces, ¿de qué manera podría procederse a la introducción de mecanismos que implicarán una democratización de la justicia constitucional, sin poner en peligro la protección de los derechos fundamentales? Pues, introduciendo novedades que afectan también al ámbito de la cultura legal externa (participación de los ciudadanos en el control de constitucionalidad y forma de elección y composición de las Cortes).

47 Como escribió el juez de Virginia, William Nelson, en el caso *Kemper v Hawkins*: «La Constitución es para los gobernantes lo que la ley es para los ciudadanos» (*Kemper v Hawkins*, I Va. Cases 20, 24, [1793]) (En L.D. Kramer: *People themselves. Popular constitutionalism and judicial review. Op. cit.*, p. 29).

#### *Participación de los ciudadanos en la activación del control de constitucionalidad: recurso de inconstitucionalidad y acción de cumplimiento*

El mecanismo jurisdiccional mediante el que se ejerce la función de dirigirse al tribunal constitucional para exigirle que controle el cumplimiento por parte de los poderes públicos de la Constitución, ha sido, tradicionalmente, el recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, siguiendo la lógica de la tripartición de poderes como sistema de autocontrol del poder separado de la ciudadanía, mediante un mecanismo de «pesos y contrapesos» entre las ramas de gobierno, en el constitucionalismo liberal clásico

europeo (modelo concentrado de control de constitucionalidad) y norteamericano (modelo difuso de control de constitucionalidad), la legitimidad activa para interponer recurso de constitucionalidad contra los actos de un poder, reside sólo en los otros poderes, pero no en los ciudadanos.<sup>48</sup>

La universalización de la legitimidad activa para interponer recursos de inconstitucionalidad como mecanismo de democratización del proceso de activación del control de constitucionalidad (conjuntamente con un cambio en la forma de elección de los magistrados, como explicaré a continuación) contribuiría a disminuir la clásica contradicción entre democracia y justicia constitucional, sin que se alterará la plena protección de los derechos por parte de la corte.

Esta es una posibilidad que existe en varios países latinoamericanos. El primer antecedente de la legitimación activa universal para interponer la acción de inconstitucionalidad, lo encontramos ya, en el siglo XIX, en Colombia, en la «acción ciudadana» de inconstitucionalidad instaurada por la Ley Orgánica de Administración y Régimen Municipal de 22 de junio de 1850 y que podía dirigirse contra las ordenanzas y acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales.<sup>49</sup>

Posteriormente, ya en el siglo XX, constituciones como la de Brasil de 1988, permitió presentar recursos de inconstitucionalidad a los sindicatos y partidos políticos (art. 103),<sup>50</sup> aunque no a las personas individuales. Asimismo, en Perú, según la constitución de 1993, pueden interponer recurso de inconstitucionalidad, cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas

48 En modelos de control concentrado de constitucionalidad, como por ejemplo España o Alemania, la legitimidad activa para interponer un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, corresponde, en el caso español, al «Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y, en sus caso, sus asambleas» (art. 162.1 Constitución española de 1978), y en el caso de Alemania, al «Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Bundestag» (art. 93.2 Ley Fundamental de Bonn de 1949). Y, en modelos de control difuso de constitucionalidad, como es el caso de Estados Unidos, el recurso de inconstitucionalidad siempre tiene un carácter incidental, es decir, las cuestiones de inconstitucionalidad siempre se plantean de manera incidental en el transcurso de un juicio particular y concreto ante los tribunales ordinarios en el que surge

la duda sobre la constitucionalidad de una norma, y es el juez que conoce del caso quien remite la cuestión al Tribunal Supremo. En ninguno de estos dos modelos clásicos, los ciudadanos pueden presentar, directamente, un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

49 Ver: J. Brage: *La acción de inconstitucionalidad*. UNAM. México. 2000, pp. 60-61

50 Art. 103 Constitución Brasil 1988: «Puede interponer la Acción de inconstitucionalidad: 1. el Presidente de la República; 2. la Mesa del Senado Federal; 3. la Mesa de la Cámara de los Diputados; 4. la Mesa de la Asamblea Legislativa; 5. el Gobernador del Estado; 6. el Procurador General de la República; 7. el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil; 8. los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional; 9. las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.»

anteriormente señalado (art. 203.5), pero, en ningún caso, un solo ciudadano.<sup>51</sup> No es hasta las últimas décadas que, las constituciones aprobadas en la región contemplan ya la legitimación activa universal para la presentación del recurso de inconstitucionalidad.<sup>52</sup>

Ahora bien, la vulneración de la voluntad constituyente no sólo puede producirse mediante la promulgación de una norma legal contraria a las disposiciones constitucionales, sino que también pueden haber distintas situaciones de omisión que impli-

51 Art. 203.5 Constitución Perú 1993: «Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad [...] cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.»

52 La Constitución colombiana de 1991, en sus artículos 241 y 242, otorgan la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponer acción de inconstitucionalidad solicitando la nulidad de aquellas normas legales dictadas por el legislador infraconstitucional que vulneren disposiciones o derechos reconocidos en la Constitución.

En Venezuela, si bien la Constitución de 1999 no especifica a quien corresponde la legitimidad activa para interponer acción de inconstitucionalidad, es el art. 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia el que otorga legitimación activa a *toda persona natural o jurídica* para presentar esta acción. Aunque el artículo exige que la ley impugnada afecte los derechos e intereses del accionante, ello no debe entenderse de manera estricta, la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en Sentencia núm. 1077 de 22 de agosto de 2001, ha señalado que: «cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley» (Caso: «Servicio Tulio León Briceño», *Revista de Derecho Público*, núm. 83, Caracas, 2001, pp. 247 y ss.), con lo cual, cualquier ciudadano con plena capacidad jurídica puede intentar el recurso de inconstitucionalidad.

En Ecuador, a pesar de que la Constitución de 1998, permitía la posibilidad de interposición de recurso de inconstitu-

cionalidad por parte de cualquier persona «previo informe favorable del defensor del pueblo sobre su procedencia» o de mil ciudadanos en goce de sus derechos políticos, la nueva Constitución de 2008 elimina estas limitaciones y adopta el sistema de acción popular, de forma que la acción puede ser propuesta por cualquier ciudadano individual o colectivamente de forma directa, es decir sin necesidad del informe positivo del Defensor del Pueblo (art. 439).

Y, finalmente, en Bolivia, si bien con la anterior constitución de 1967 sólo podían interponer acción de inconstitucionalidad el Presidente de la República, un senador o diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo (art. 120.1), la nueva Constitución boliviana de 2009, reconoce ya, en su art. 132, la posibilidad de que: «Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la acción de inconstitucionalidad.» Ahora bien, aunque la reciente constitución boliviana de 2009 reconoce esta posibilidad, la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, de 6 de julio de 2010, dictada con posterioridad a la Constitución, contradice abiertamente la Constitución al otorgar legitimidad activa para interponer acción abstracta de inconstitucionalidad sólo al Presidente del Estado, diputados y senadores, legisladores y autoridades ejecutivas de territorios autónomos y el defensor del pueblo (art. 104), pero no a los ciudadanos como sí les reconoce la Constitución en el citado art. 132. Nos encontramos por tanto, ante una ley con disposiciones inconstitucionales que todavía no han podido ser revisadas puesto que el Tribunal Constitucional está aun a la espera de conformarse, mediante el procedimiento de sufragio universal establecido por el nuevo texto constitucional. No obstante, sí que la Ley 027 tendrá que ser revisada y sometida a control de constitucionalidad una vez conformado el nuevo Tribunal.

quen vulneración de contenidos constitucionales. Autores como Carlos de Cabo han planteado la existencia de una parte «inactuada» de la Constitución española de 1978.<sup>53</sup>

En términos generales, no ha sido hasta las últimas décadas del siglo xx que empiezan a aparecer por primera vez en el constitucionalismo normas que atacan la vulneración de la Constitución por omisión y establecen acciones jurisdiccionales para que los ciudadanos puedan hacer frente a estas situaciones. Algunos de los primeros antecedentes fueron la Constitución de la provincia de Río Negro, Argentina, de 1988, que estableció en su artículo 207.2.d una acción, a promover por quien se siente afectado en su derecho individual o colectivo, por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial y a los municipios. O, la Constitución brasileña de 1988, que fijó, en su art. 102, párrafo 1.º, la «alegación de incumplimiento de un precepto fundamental»,<sup>54</sup> alegación que puede interponer cualquier persona directamente ante el Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>55</sup> Han sido, pero, las últimas

53 «La Constitución se convierte—en aspectos básicos del Estado social— en una estructura colgada en el vacío. Porqué lo característico de la situación es que la crisis del Estado social que se produce en la realidad se hace sin modificaciones en la Constitución [...] De ahí que se asista a un fenómeno complejo en el que se aloja también una “dialéctica de la Constitución”. La Constitución se incumple en supuestos básicos del Estado social recogidos en ella como son los referidos a objetivos o fines propios de la intervención del Estado en materia de política económica (pleno empleo, redistribución de la riqueza) o a los medios, bien los específicamente previstos (planificación, política fiscal) bien los genéricamente necesarios para introducir el *reformismo* en el modelo socioeconómico (“remover los obstáculos o promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas”). Todo ello no sólo no se cumplió (mediante “omisión constitucional”) sino que se tomaron medidas, se sancionaron políticas y se pusieron en marcha actuaciones de los poderes públicos que eran claramente contradictorios —con la Constitución— [...] todo se ha hecho sin ninguna reacción en el orden jurídico formal y específicamente, de la institución que tiene como principal competencia la defensa de la Constitución, el TC. Por el contrario, ha ocurrido un hecho bien paradójico. Porqué, como se acaba de decir, la crisis del Estado social no se ha manifestado formalmente en el orden constitucional, de manera que la Constitución permanece como “Constitución del Estado social”; pues bien, lo que ha ocurrido es que, en lugar de aplicar esa Constitución formal, lo que ha venido haciendo la jurisprudencia del TC es “aplicar la realidad”, aplicar la “crisis

del Estado social”, es decir, la “transformación de la realidad” en lugar de la Constitución formal, a través de distintas líneas jurisprudenciales de las que la más destacada es relativizar siempre los contenidos del Estado social recogidos en la Constitución a políticas económicas concretas, a las políticas económicas “posibles” del momento (lo que puede ser explicable) pero sin establecer nunca límites ni criterios, sin constitucionalizar la discrecionalidad, lo que es hipoconstitucionalizar o, en definitiva, desconstitucionalizar. A partir de ahí, esta hipoconstitucionalización se traduce, entre otras cosas, en un protagonismo de los niveles jurídicos infraconstitucionales, en el sentido de que se huye de la Constitución (como en general, del Derecho Público) para privilegiar al Derecho Privado [...] los poderes públicos utilizan el derecho privado, que deviene así una especie de “Derecho común” tanto para los operadores públicos como los privados.» (C. de Cabo: *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Trotta. Madrid. 2010, pp. 100-102).

54 Art. 102, párrafo 1.º, Constitución Brasil 1988: «La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental derivado de esta Constitución será apreciado por el Supremo Tribunal, en la forma de la ley.»

55 Sin embargo, esta acción presentó desde su creación dos complicaciones que la han hecho totalmente ineficaz. La primera, la dificultad de la conceptualización de lo que significa la expresión «precepto fundamental derivado de esta Constitución». En cuanto a «precepto fundamental», J.A. da Silva señala que ello abarca los principios fundamentales y todas las demás prescripciones que establecen el sentido básico del régimen cons-

constituciones de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009, las que han previsto, de manera clara, acciones jurisdiccionales para que los ciudadanos puedan atacar la vulneración por omisión de la Constitución<sup>56</sup> por parte de los poderes públicos.<sup>57</sup>

titucional como son, por ejemplo, las que apuntan la autonomía de los Estados, del Distrito Federal y, especialmente, las que designan derechos y garantías fundamentales (J.A. da Silva: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros. Sao Paulo. 1998 (12.ª ed.). p. 530). Y, en cuanto a «derivado», puede entenderse que se abre la posibilidad de presentar la acción no sólo contra incumplimiento de disposiciones estrictamente constitucionales, sino también contra incumplimiento de ley o acto normativo que desarrolle una disposición de la Constitución (L. Luiz Streck: «Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional: las paradojas de la ineffectividad del sistema jurídico brasileño», en vv.AA. «La protección constitucional del ciudadano». Konrad Adenauer-CIEDLA. Buenos Aires. 1999, p. 68).

Y, la segunda la cual se ha convertido durante muchos años en la principal complicación, es la expresión «en la forma de la Ley», surgiendo la duda de si se refiere a la pregunta ¿la ley reglamentaria es condición de posibilidad para el conocimiento por el STF de la alegación de incumplimiento?, o bien a ¿la ley de la que habla el texto constitucional está referida a la enumeración de los preceptos fundamentales posibles de alegación?. El STF lo ha interpretado en el primer sentido, señalando que para que la alegación de incumplimiento pueda ser viabilizada necesita ser reglamentada por una Ley ordinaria. Sin embargo, desde 1988 hasta 1999, es decir 11 años, no había sido aprobada por el legislativo esta ley, y esta falta de reglamentación ha sido usada durante este tiempo como argumento para el no conocimiento y, por tanto, para la recusación de alegaciones por incumplimiento presentadas ante el STF. El propio STF señaló, en 1993, justificando la indamisión de una alegación de incumplimiento por falta de ley reglamentaria que la desarrolle, lo siguiente: «La previsión del párrafo único del artículo 102 de la Constitución Federal sólo puede tener eficacia unido a una ley reglamentaria. [...] aspecto, por sí mismo suficiente para obstaculizar la tramitación de la alegación [...]» (Ag. Reg. Em Agr. De Instr. DJU, de 12 de marzo de 1993). Como dice L. Luiz Streck, «es extremadamente paradójico que una institución hecha para salvaguardar los derechos fundamentales haya sido tanto tiempo ineficaz por la ausencia de una norma reglamentaria, ausencia esta que, que por sí sola ya fundamenta la propia alegación de incumplimiento

de un precepto fundamental.» Finalmente, en 1999 el legislativo aprobó la Ley 9.882, de 3 de diciembre, que desarrolla la alegación de incumplimiento de un precepto fundamental del artículo 103 párrafo 1.º.

56 Así, el art. 93 de la Constitución ecuatoriana de 2008 prevé la «acción de incumplimiento», acción que se puede interponer, ante la Corte Constitucional, por cualquier persona individual o colectiva, con «el objeto de garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, [...] cuando la norma cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.» En el mismo sentido, la Constitución boliviana de 2009 reconoce en el art. 134.I, la legitimidad de cualquier persona individual o colectiva, o por otra a su nombre con poder suficiente, de interponer, ante juez o tribunal competente, una «acción de cumplimiento». Esta acción procede, nos dice el texto, «en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida». Esta acción se tramita, señala la Constitución, de la misma forma que la acción de amparo constitucional (art. 134.II).

57 La acción de cumplimiento existe también en otros países como Colombia o Perú, no obstante, en estos países esta tiene un ámbito más restringido en tanto se limita a leyes y actos administrativos, no pudiéndose aplicar para normas de rango constitucional. En Colombia, el artículo 87 de la Constitución establece que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En el caso peruano, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional establece como objeto de esta acción que el funcionario cumpla una norma legal o ejecute un acto administrativo, o que se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. En un sentido similar, la Constitución brasileña de 1988 prevé, en el art. 103.2, la «acción de inconstitucionalidad por omisión», acción que se interpone ante el STF con el objetivo de que este inste, en el caso de aceptar la acción, a la autoridad competente a adoptar determinadas medidas a las que está obligada por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta acción no puede interponerse por todas las personas, sólo tienen legiti-



### *La elección de los miembros del Tribunal Constitucional*

Una mirada a los mecanismos de nombramiento, en los distintos países, de los miembros de las cortes constitucionales o cortes supremas, nos permite ver que, en la práctica, los jueces constitucionales son elegidos, por los poderes políticos, tomando como criterios su ideología y su tendencia jurisprudencial. Ya sea en forma de nombramiento o proceso de elección, la selección de los jueces es, en gran parte de los casos, controlada por diversos órganos del poder político estatal, con una influencia significativa de la mayoría gubernamental.<sup>58</sup>

En consecuencia, la introducción de mecanismos de participación directa de los ciudadanos en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional podría ser otra modificación que afectaría al que llamo ámbito de la cultura legal externa y que permitiría introducir mayores grados de democratización de la institución.

En consecuencia, la introducción de mecanismos de participación directa de los ciudadanos en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional podría ser otra modificación que afectaría al que llamo ámbito de la cultura legal externa y que permitiría introducir mayores grados de democratización de la institución.

Para poner algunos ejemplos: la Corte Suprema de Australia está compuesta por siete jueces elegidos por el Primer Ministro; la Corte Suprema de Canadá la componen nueve jueces elegidos por el Primer Ministro; la Corte Constitucional de Colombia se conforma de nueve jueces nombrados por el Congreso, de tres listas de nombres cada una de ellas presentadas respectivamente por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Presidente de la República; la Corte Suprema de la India la integran veinticuatro jueces elegidos por el Presidente del Tribunal Supremo y cuatro jueces veteranos de la corte, de entre una lista de candidatos presentados por el Gobierno; la Corte Suprema de Irlanda está compuesta por ocho jueces nombrados por el Gobierno después de un asesoramiento no vinculante de un consejo asesor judicial; el Tribunal Constitucional de España está integrado por doce jueces nombrados dos por el Gobierno, cuatro por el Congreso, cuatro por el Senado y dos por el Consejo General del Poder Judicial; la Corte Suprema de Estados Unidos la integran nueve jueces elegidos por el Presidente con la ratificación del Senado; el Tribunal Constitucional de Alemania se conforma de jueces nombrados la mitad por el Bundestag y

la otra mitad, por el Bundesrat; la Corte Suprema de Gran Bretaña está compuesta por doce jueces elegidos por el Primer Ministro con el consejo del «Lord Chancellor»; la Corte Suprema de Argentina la integran jueces nombrados por el Presidente con la ratificación del Senado; En Nicaragua la Corte Suprema se compone de jueces elegidos por la Asamblea Legislativa de una lista de candidatos presentada por el Presidente y los diputados; En Perú, los miembros del Tribunal Constitucional los nombra el Congreso; En Chile, los diez jueces del Tribunal Constitucional son nombrados, tres por el Presidente, cuatro por el Congreso y tres por la Corte Suprema (B. Dickson: «Comparing Supreme Courts», en B. Dickson: *Judicial activism in Common Law Supreme Courts*. Oxford University Press. Oxford. 2007, p. 5; J.O. Frosini y L. Pegoraro: «Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?» en A. Harding y P. Leyland: *Constitutional Courts. A Comparative Study*. Wildy, Simmonds & Hill Publishing. Londres. 2009. p. 355). Estas formas de nombramiento o selección de los jueces constitucionales no es más que una respuesta institucional al hecho de que las cortes constitucionales juegan un rol crucial en una tarea política fundamental, sus decisiones no sólo tendrán fuertes consecuencias para el desarrollo de las normas constitucionales, sino también para las posibilidades de acción y límites de los órganos políticos estatales en el desarrollo de sus políticas.

Algunos países han introducido en sus constituciones, durante los últimos años, procedimientos de este tipo. Bolivia es quizá el ejemplo más paradigmático,<sup>59</sup> seguido de Ecuador en menor grado.<sup>60</sup>

## VII. Conclusiones

De lo expuesto hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Unido a la expansión global del modelo judicializado de justicia constitucional aparece el debate de la llamada «dificultad contra-mayoritaria». Esto es, el debate

59 El artículo 198.I de la constitución boliviana de 2009 regula una composición del Tribunal Constitucional, de carácter mixto, acorde a la composición plurinacional del Estado. Con ello se fija un modelo similar al que existe en la Constitución y la ley belga con respecto al Tribunal de arbitraje, órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional y compuesto paritariamente por jueces provenientes de las distintas comunidades lingüísticas que conforman el país (art. 142 de la Constitución belga de 1994 y art. 31 de la Ley Espacial del de Arbitraje de enero de 1989) (Ver Geneviève, M. Ch.: «El tribunal de arbitraje en Bélgica: una jurisdicción constitucional», en *Autonomías: Revista catalana de Derecho público*, núm. 9, Barcelona, Escuela de Administración Pública de Cataluña, 1988, pp. 163-172). En el caso boliviano, lo componen paritariamente magistrados provenientes de la justicia ordinaria y magistrados provenientes de la justicia indígena. Pero además, otra de las novedades es, como decía, el régimen de elección de los magistrados. El artículo 199 de la constitución boliviana de 2009 establece que los magistrados se elegirán por sufragio universal según el procedimiento previsto para los miembros de la Corte Suprema de Justicia, regulado en el artículo 183 («Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal. El Control Administrativo Disciplinario de efectuará la preselección de las postulantes y los postulantes por cada Departamento, y remitirá al Consejo Electoral Plurinacional la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral. Serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos.») El desarrollo del procedimiento electoral para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional viene establecido en la Ley 027, de 6 de julio de 2010, del Tribunal Constitucional (arts. 19 y 20). Sin

embargo, la ley desarrolla este aspecto de manera imperfecta y dejando abiertas cuestiones importantes del procedimiento. Por ejemplo, el art. 20 establece que una vez la Asamblea Legislativa haya preseleccionado los candidatos, el órgano electoral procederá a organizar el proceso electoral en circunscripción nacional. Los siete candidatos más votados serán los magistrados titulares. La pregunta que surge aquí es, ¿qué pasa si entre estos siete magistrados más votados no hay ningún representante de la justicia indígena o, a la inversa? Entonces tendríamos un problema con el art. 198.I de la Constitución. Aunque este es un aspecto no resuelto en la ley, algunas autoridades del país han planteado la idea de que para evitar tal problema, habrá dos listas de candidatos, una referida a los candidatos procedentes de la justicia ordinaria y otra de la justicia indígena, teniendo los ciudadanos que elegir candidatos de ambas listas. No obstante, nos encontramos aquí con otro problema. El art. 13.2 establece que «al menos» dos magistrados procederán del sistema indígena. «Al menos dos» pueden ser dos, tres, cuatro, cinco o seis. ¿Donde se define cuantos de cada una de ambas listas adquieren el cargo de magistrado? Los vacíos de la Ley 027 del Tribunal Constitucional son, como podemos observar, grandes en este aspecto, habrá que esperar para ver como se solucionan.

60 Por lo que respecta a la Constitución de Ecuador de 2008, si bien no reconoce el sufragio directo y universal para la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, si prevé mecanismos de participación ciudadana directa para la elección de los mismos. El art. 343 establece la posibilidad de la «Función de Transparencia y Control Social», integrada por representantes de la sociedad civil y las organizaciones sociales, de postular candidatos y participar en la comisión calificadora que elige los magistrados, a través de un proceso de concurso público con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana.

- sobre la existencia o no de una contradicción entre las nociones de «justicia constitucional» y «soberanía parlamentaria».
2. Con el objetivo de preservar la supremacía parlamentaria, expresión de la voluntad general, frente a la intromisión, reforma o anulación de la misma por parte de las cortes –no electas democráticamente– y, por tanto, con el objetivo de desactivar, al menos parcialmente, la contradicción democracia-justicia constitucional, algunos países han adoptado mecanismos de «weak-form judicial review».
  3. El modelo de «weak-form judicial review» permite una revisión formal de la decisión de la corte en materia de derecho constitucional, por el legislativo.
  4. Una de las formas que puede adoptar el modelo de «weak-form judicial review» es el hecho de que la corte no puede revisar determinadas decisiones del legislativo. Este es el caso de la llamada «notwithstanding clause», prevista en el art. 33 de la Carta de Derechos y Libertades canadiense (incorporada a la Constitución –*Constitution Act*– en 1982).
  5. Sin embargo, esta cláusula en Canadá, o mecanismos similares en otros países, no sólo no han servido para solventar la contradicción entre justicia constitucional y supremacía parlamentaria, sino que además, implican elevados peligros, especialmente, en lo que se refiere a la posibilidad de que el Parlamento pueda adoptar, sin ningún límite, medidas claramente regresivas en materia de derechos fundamentales.
  6. Ante esta situación se hace necesario buscar nuevos mecanismos que permitan una disminución de la citada contradicción, sin poner en peligro la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.
  7. Si bien la llamada solución deliberativa o el diálogo inter-orgánico ha sido presentada como una posible solución, esta no comporta realmente una auténtica democratización de la justicia constitucional. Sólo una transformación en lo que denomino las dos dimensiones de la cultura legal externa podría lograr una democratización profunda de la justicia constitucional.