

Ahumada Ruiz, Marian:
La Jurisdicción Constitucional en Europa
Thomson Civitas (Garrigues Cátedra),
Navarra, 2005

Sumario: I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA OBRA.—II. CUESTIONES SUSTANCIALES.—2.1. El «buen gobierno».—2.1.1. Exigencias de un gobierno democrático: aspectos sobre los que existe cierto consenso.—2.1.2. El dilema: ¿es mejor un modelo de democracia constitucional de constitucionalismo fuerte o uno de constitucionalismo débil?—2.2. Legitimidad y funciones de los tribunales constitucionales.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA OBRA

No siempre las cosas son lo que parecen. Éste es el caso del libro que nos presenta Marian AHUMADA RUIZ, profesora de Derecho constitucional de la UAM y especialista en temas de justicia constitucional. Hasta ahora, la profesora AHUMADA RUIZ había preferido la vía del artículo doctrinal para trasladarnos sus conocimientos sobre la materia. Por fin, nos obsequia Marian AHUMADA con este libro, fruto de años de estudio, que sin duda va a convertirse en una referencia obligada en la materia.

Y ¿qué es lo que hace que este libro no sea lo que parece ser? Sin duda, el ámbito sustantivo del mismo, que dista de quedar limitado a un estudio aislado de la jurisdicción constitucional en Europa, como modestamente ha titulado la autora su obra. En primer lugar, lo que el lector encuentra en este libro es una profunda incursión en las teorías de la fundamentación misma de la justicia constitucional desde sus raíces, tanto en el continente europeo como en el americano. No espere el lector encontrar una historia lineal de la jurisdicción constitucional en Europa hasta nuestros días. Ningún análisis de la jurisdicción constitucional puede prescindir de sus raíces y del contexto de su nacimiento, Marian AHUMADA lo sabe y nos aproxima a esos momentos

* Profesora Asociada de Derecho constitucional de la UAM.

históricos iniciales en los que surge el control de constitucionalidad de las leyes que, por cierto, se produce en los Estados Unidos primero.

Ahora bien, el relato del devenir histórico de la justicia constitucional en el mundo (que no sólo en Europa) no es para Marian AHUMADA un fin en sí mismo, un mero ejercicio descriptivo, sino que sirve a un doble objetivo adicional. Por un lado, permite destacar lo coyuntural de alguna de las características que, sin ese análisis histórico, podrían parecer intrínsecas a cualquier modelo de justicia constitucional pensable en abstracto; por otro lado, sirve para hacernos comprender las razones de que la justicia constitucional en Estados Unidos fuera por unos vericuetos mientras que la justicia constitucional en Europa lo hiciera por otros, inicialmente distintos, y digo inicialmente distintos, porque a lo largo de la obra late una pregunta constante: ¿son hoy los dos modelos de justicia constitucional tan diferentes como se sostiene?

Si el lector aún no ha reparado en el trasfondo filosófico-jurídico que subyace a esta obra y en su largo alcance, permítame que le traslade unas pocas líneas, que no me pertenecen, sino que pertenecen a la autora de la misma, sobre cuáles son los postulados de los que se parte en el desarrollo de este estudio, para que cualquier duda al respecto quede aclarada:

«Me he ocupado [en esta obra] —señala la doctora AHUMADA— de la relación entre Constitución y democracia, de cómo se combinan principios del constitucionalismo con los de la democracia y cómo interactúan bajo la fórmula de la democracia constitucional. También de las versiones “fuerte” y “débil” del constitucionalismo democrático. Consideré apropiado detenerme en estas cuestiones porque la “justicia constitucional” no puede analizarse en el vacío, abstraída de la discusión en torno a la constitución y, para lo que nos interesa, de la democracia constitucional. El planteamiento, por tanto, parte de que no es posible valorar y caracterizar una institución y una práctica como la jurisdicción constitucional, sin adoptar una actitud interpretativa hacia ella. Las buenas preguntas son “por qué” y “para qué” la jurisdicción constitucional. “Qué debe ser” sólo depende de cómo se contesten. “Qué es” nos permite poner a prueba el valor de la teoría; difícilmente podremos situarnos en posición de examinar críticamente el diseño y la práctica de la jurisdicción constitucional si, como es demasiado frecuente, los planos de la teoría y la experiencia se mantienen separados».

He aquí la esencia de esta obra. He aquí su planteamiento. Ahora lo que procede es ofrecer al futuro lector de la misma algunas pinceladas sobre la discusión que mantiene la autora en torno a estas cuestiones, no sin antes llamar la atención sobre algunos de los elementos mencionados en el párrafo anterior, que son parte fundamental del material con el que nos vamos a encontrar en este libro.

Obviamente, si el lector presta atención al párrafo que acabamos de transcribir, comprenderá que para la autora, las diversas teorías sobre el significado de la Constitución, y sobre la relación entre Constitución y democracia marcan de forma decisiva la concepción que cada uno maneja sobre la necesidad de la existencia de la propia jurisdicción constitucional y sobre el papel que ésta debe jugar en las democracias actuales. En este sentido, no se puede

decir que no haya una conexión entre unos capítulos y otros del libro, porque todos ellos son parte de un solo hilo conductor.

El libro que comentamos comienza con un primer capítulo de aproximación a la historia de la justicia constitucional en general, no sólo europea, y, sobre todo, concretiza las tareas que hoy desarrollan los tribunales constitucionales, esta vez sí, europeos. Posteriormente, a través de los siguientes capítulos, penetra en la discusión de lo que significa la Constitución, tanto de manera abstracta como real, de cuáles son y cuáles deben ser sus contenidos, y de cuál debe ser su relación con la democracia. Finalmente, se emprende un viaje de retorno hacia el análisis de la justicia constitucional en el mundo, ahora ya con todas las herramientas precisas para valorar la razón de ser de la misma, cuáles son las funciones que cumplen los Tribunales Constitucionales y qué elementos de la justicia constitucional merecerían, quizá, ser reconsiderados y posiblemente transformados frente a su configuración actual.

Curiosamente, es al final del libro cuando se analiza en profundidad el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional concentrado, no sólo para mostrar los cimientos del modelo de jurisdicción constitucional que tenemos hoy en Europa, sino también para mostrar las debilidades de la *Judicial Review* y cómo determinadas características del nuevo modelo europeo surgen para intentar paliar las mismas. Al otro lado del Atlántico, el modelo kelseniano se vivió por parte de aquellos juristas como una variante de la *Judicial Review* y no como un modelo radicalmente distinto al que se había desarrollado en los EEUU.

Ahora bien, el análisis del modelo kelseniano busca también poner de manifiesto la otra cara de la moneda: cómo existen problemas en este modelo que en cambio no se producen, o no se producen con la misma intensidad, en el modelo de *Judicial Review*. Un ejemplo de esta utilización de la comparación de los dos modelos para extraer lo bueno del uno y del otro y lo mejorable de ambos está en la incursión que hace la autora en la cuestión de la rigidez del modelo kelseniano y su repercusión en la accesibilidad de los ciudadanos a los Tribunales Constitucionales. Al centrar muchas veces las funciones de estos últimos en la defensa del interés público en la constitucionalidad de las leyes se limita el papel del particular en el acceso a los mismos, impidiendo que el afectado en sus derechos ponga en marcha el control de constitucionalidad de la ley. Parece que la autora no vería con malos ojos que esa accesibilidad de los ciudadanos al Tribunal Constitucional se ampliara en determinados supuestos. Éstas y otras muchas cuestiones relacionadas con los dos modelos de justicia constitucional en su estadio inicial son analizadas en el último capítulo de la obra comentada.

Merece la pena subrayar un detalle que llama la atención en la obra de Marian AHUMADA, antes de realizar un breve comentario sobre los aspectos sustantivos del mismo.

En efecto, resulta enormemente interesante y, en principio, sorprende, la cantidad de bibliografía estadounidense y, en general, anglosajona, utilizada por la autora para confeccionar su libro. Su manejo de la misma es excelente y demuestra un conocimiento más allá de lo normal de lo que se está

haciendo y de lo que se piensa al otro lado del Atlántico. Existe, también es verdad, cierta descompensación a favor de estas fuentes en comparación con las existentes en nuestro continente. Ahora bien, lejos de ser un defecto, este elemento aumenta sin duda el interés de la obra. En general, los europeos tendemos a estudiar nuestras instituciones partiendo únicamente de nuestras propias fuentes, pero la justicia constitucional, desde luego, no nos pertenece en exclusiva, y no sólo eso, sino que su incorporación a nuestros países tras la Segunda Guerra Mundial se produjo, sobre todo, de manos de los estadounidenses. Por eso resulta importante conocer lo que se escribe sobre la justicia constitucional en Europa allí.

Cuando hablamos de lo importante que es esta bibliografía trasatlántica sobre la justicia constitucional no nos referimos sólo a aquella dirigida a explicar el propio modelo de justicia constitucional en los Estados Unidos, que sí ha sido manejada con exhaustividad en nuestro país, sino a esas otras obras anglosajonas en las que se valora el tipo de justicia constitucional que se ha desarrollado en Europa y en las que se contrastan los dos modelos de justicia constitucional hoy día existentes. Es, desde luego, un lujo, poder ponerse unas gafas nuevas que nos permitan analizar nuestro propio sistema desde nuevos prismas que nos saquen de los mecanismos habituales de pensamiento que manejamos los juristas de *civil law*. Otros puntos de vista ayudan siempre a ampliar la visión que se tiene sobre cualquier institución, en este caso, sobre el sistema de justicia constitucional en Europa.

II. CUESTIONES SUSTANCIALES

2.1. El «buen gobierno»

Si hay una idea que pueda definirse como el motor de la obra que nos presenta Marian AHUMADA es la de que el «buen gobierno» es, en el sentido ya utilizado por Churchill, el gobierno democrático. Ahora bien, ¿cuáles son los elementos básicos de la democracia? El «buen gobierno» ¿es aquél que se funda en procedimientos de decisión pública que respetan la regla de la mayoría y garantizan la igual participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas?, ¿o se trata de un gobierno que garantiza también que se producirán determinados resultados en áreas que se considera que no deben dejarse a disposición de las mayorías?

Cuando un jurista valora la legitimidad de la norma constitucional y de su contenido, en la medida en que éste se traduce en límites al gobierno democrático, está previamente respondiendo a estas preguntas, al igual que cuando valora la legitimación de la jurisdicción constitucional y la de aquellas funciones que la misma desempeña.

2.1.1. *Exigencias de un gobierno democrático: aspectos sobre los que existe cierto consenso*

Está claro que, en buena medida, las Constituciones actuales encuentran su legitimidad en su función de servir como instrumentos para garantizar la democracia. De hecho, muchas de las Constituciones que se están aprobando últimamente no son obra directa del pueblo, sino de «ingenieros constitucionales» que realizan su obra de ingeniería en Estados que muchas veces no son siquiera sus Estados de origen. La Constitución así elaborada podrá luego ser ratificada por el uso y el consenso que consiga reunir *a posteriori*. Lo paradójico es que estos documentos escritos —o no— que son las Constituciones garantizan la democracia imponiendo límites procedimentales y sustantivos a las decisiones de las propias instituciones democráticamente elegidas y, sobre todo, a las decisiones del legislador, que es el representante de todos los ciudadanos que forman parte de un Estado concreto.

Ciertamente, las Constituciones de hoy no son sólo instrumentos limitadores del gobierno. Las Constituciones se han convertido —como nos explica la profesora AHUMADA— en guías para los políticos sobre la dirección que debe tomar la política del país. Las directrices que las Constituciones contienen deben ser desarrolladas por los poderes públicos para hacer más efectiva la Constitución y conseguir así la máxima realización de los objetivos que se establecen en ella. Y es que el contenido de las Constituciones actuales —mucho más significativamente en Europa que en los EEUU— va mucho más allá de las meras normas que regulan cómo debe desarrollarse procedimentalmente la toma de decisiones en democracia o qué derechos básicos deben ser protegidos.

«Hay acuerdo en que para poder participar en el proceso democrático con igual libertad, los ciudadanos deben tener reconocidos y asegurados unos derechos básicos. Entre ellos, por supuesto, se encuentran los que hemos denominado derechos «constitutivos de la democracia» —sufragio, libertades de expresión, reunión, asociación— pero, ciertamente, podría afirmarse que aún estos derechos fundamentales presuponen otros todavía más básicos, en ausencia de los cuales los individuos se verían privados de su autonomía moral, su capacidad para actuar y decidir libre y responsablemente como individuos y como socios de la comunidad, dejando sin sentido lo que es la premisa de la propuesta democrática de libertad» [*La jurisdicción constitucional en Europa*, p. 136].

Ahora bien, ¿cuáles son esos derechos básicos que deben ser incluidos en la Constitución por ser condiciones —¿apriorísticas?— para que la democracia funcione? Muchos de esos derechos básicos se han ido concretando a través de la práctica de la propia democracia y de su consolidación posterior en nuestras sociedades, tras largos años de reivindicaciones y protestas. ¿Podría suceder algo similar —se pregunta Marian AHUMADA— con los derechos que hoy consideramos importantes pero que no consideramos básicos y que se hacen depender del proceso democrático, como los derechos económicos y sociales?

2.1.2. *El dilema: ¿es mejor un modelo de democracia constitucional de constitucionalismo fuerte o uno de constitucionalismo débil?*

Las diferentes percepciones sobre la relación entre Constitución y democracia, que en gran medida son producto de la experiencia histórica que se ha vivido en cada país, son determinantes en la actitud que los juristas mantienen hacia la justicia constitucional. La diferente experiencia histórica vivida a ambos lados del Atlántico habría generado, según la profesora AHUMADA, una percepción distinta en cada uno de ellos en lo que respecta al contenido de dicha relación, lo que explicaría las diferentes concepciones sobre el significado de la Constitución en una y otra parte del mundo y la aparición de distintos elementos caracterizadores de la justicia constitucional a ambos lados del Atlántico. También bastaría para explicar el hecho de que cuestiones enormemente debatidas en un determinado modelo de justicia constitucional no lo hayan sido en el otro (un ejemplo de ello es el debate sobre el carácter contramayoritario de la justicia constitucional, mucho más activo en los EEUU que en Europa).

Las Constituciones no tienen todas la misma extensión ni fijan con la misma intensidad los límites y directrices que los poderes públicos (y los ciudadanos, no lo olvidemos) deben respetar. La doctrina ha distinguido a este respecto entre constitucionalismo fuerte y constitucionalismo débil. El constitucionalismo fuerte impondría, «según la profesora AHUMADA», más límites al autogobierno a favor de la estabilidad del sistema, al incluir en la Constitución materias que no se conectan directamente con el principio democrático, sino que van más allá, convirtiendo en *status quo* no sólo reglas referentes a los procedimientos de decisión y cuestiones directamente relacionadas con la democracia, sino otros resultados que quedan así fuera del proceso de cambio ordinario permitido a las instituciones democráticas. Las Constituciones estarían imponiendo esa regulación a las generaciones futuras, que siempre cuentan, eso sí, con la posibilidad de reformar la Constitución para deshacerse del límite o cambiar su significado. Éste es el modelo de Constitución democrática con el que cuentan muchos países europeos y las razones son, sobre todo, históricas (la experiencia de los totalitarismos y los abusos cometidos por las mayorías habrían sido la causa de que en Europa se apostara por una democracia más limitada como medio para construir en ellos una auténtica cultura democrática e impedir los abusos cometidos con anterioridad por instituciones democráticamente elegidas). La toma de decisiones por la regla de la mayoría no garantiza un determinado resultado, las normas constitucionales sustantivas aseguran que los resultados del proceso democrático se mantengan dentro de unos márgenes (de justicia, podríamos añadir, aunque el significado de ésta sería el que hubieran fijado los constituyentes en esa Norma Fundamental).

Este constitucionalismo fuerte sería bueno en momentos de transición política a la democracia. En tales supuestos la doctrina de los Tribunales Constitucionales se centra sobre todo en educar en lo que significa la democracia y el respeto a los principios constitucionales, entre los que se encuen-

tra, sin duda, el principio democrático. Sin embargo, cuando las democracias se convierten en estables, muchas de las normas que ayudaron a consolidar una cultura democrática se pueden convertir, de hecho, en obstáculos para que se desarrolle una verdadera democracia, en la que la confianza en la madurez de la propia ciudadanía para tomar decisiones es esencial. No se trata de eliminar los límites que debe respetar el poder en cualquier sociedad democrática, sino de plantearse si éstos deben ser fijados en una Constitución o pueden sostenerse sin necesidad de tal reconocimiento, al haber pasado a formar parte del *modus vivendi* de la sociedad, que los da por supuesto y confía en los mecanismos de autocorrección que ofrece la propia democracia para su garantía. En este sentido, la autora se acerca a los postulados defendidos por Dahl, y sin coincidir del todo con ellos, a los de Waldron, a favor de una mayor confianza en los ciudadanos individualmente considerados y en los procedimientos democráticos.

En esta misma línea, nos dice la profesora AHUMADA que «la capacidad de la democracia para «autocorregirse», tiene que ver con su renuncia a aceptar un *status quo* como inamovible o inmodificable, al menos mientras no haya modo de probar que tal *status quo* es «objetivamente» justo, neutral y óptimo. Esto no significa, como a veces se sugiere, que en una democracia donde los derechos básicos sustantivos no estén fijados y asegurados por la Constitución, éstos se encuentren en permanente riesgo de ser removidos a voluntad por la mayoría. Éste es un prejuicio del que se parte para justificar la constitucionalización de derechos sustantivos, pero que la experiencia de las democracias más estables contradice. Puede muy bien sostenerse que es la creencia en el valor de la democracia y no la fuerza de las restricciones que se le imponen lo que permite a una nación construir una tradición constitucional coherente» (p. 139). «La conciencia de los límites forma parte, como hemos dicho, de la sustancia de la democracia. Otra cosa es, y es el centro de la discusión en torno a la constitución democrática, si esos límites pueden imponerse y, sobre todo, perpetuarse, al margen del proceso democrático» (p. 140).

2.2. Legitimidad y funciones de los Tribunales Constitucionales

Según señala la propia Marian AHUMADA, la posición que cada uno mantenga respecto a las cuestiones que se han tratado con anterioridad determinan la concepción que cada uno ostenta sobre la legitimidad de la justicia constitucional y la delimitación de cuál debería ser su propio ámbito funcional. Cada versión de la relación entre Constitución y democracia encuentra sus propios problemas a la hora de legitimar esta institución y configurar cuál debe ser el alcance de sus competencias.

La jurisdicción constitucional es una «potencia transformadora» de la Constitución. Con la elaboración de la doctrina constitucional por los Tribunales Constitucionales el texto constitucional va perdiendo fuerza como referente en relación inversa a la que va ganando la doctrina constitucional. Poco a poco, esta doctrina constitucional cada vez más desarrollada sirve de

parámetro para resolver los casos, aunque en ocasiones el propio Tribunal Constitucional decide cambiarla. En España, al menos, el Tribunal Constitucional no está sujeto a su propia doctrina. El riesgo está, como señala la profesora AHUMADA, «en la tendencia a identificar como contenido propio de la Constitución lo que no es sino un cuerpo de doctrina derivado de su interpretación» (p. 61). De todas formas, si algo está claro, es que los Tribunales Constitucionales crean Derecho.

Desde luego, la especial autoridad de los magistrados del Tribunal Constitucional, o de los jueces del Tribunal Supremo en el caso de los EEUU, para ser los intérpretes supremos de la Constitución no puede justificarse, como se hacía en los primeros tiempos de andadura de éstos, en que simplemente aplican el Derecho (esto es, en razones meramente técnicas) o en su infalibilidad a la hora de resolver controversias. El presente estado de la teoría constitucional y las indagaciones acerca del papel que juegan los Tribunales Constitucionales en la época actual exige algún tipo de fundamentación o razón más fuerte a favor de su existencia en el marco de nuestras democracias constitucionales. Y es que, como pone de manifiesto Marian AHUMADA, la jurisdicción constitucional «es ella misma un factor político», sin que con ello se quiera decir que se encuentre politizada. Simplemente, como decía FRANKFURTER, «[l]a declaración de constitucionalidad de hoy no sólo hará inclinarse hacia un lado el equilibrio político del momento, sino que es capaz de impulsar una opción política por encima de otra para la siguiente generación» (*vid.* nota 13, p. 71). Basta con observar las diferentes fases por las que ha pasado la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense y su forma de interpretar en cada una de ellas cuál debía ser su papel fundamental (acabando por inclinarse finalmente hacia la teoría del *self-restraint*) para constatar lo cierto de esta afirmación.

La decisión de introducir un sistema de control judicial de constitucionalidad, señala Marian AHUMADA, conlleva una opción por un sistema de gobierno que hace de los jueces constitucionales árbitros finales o, directamente, la autoridad con la última palabra en cuestiones fundamentales para la comunidad política. Sin embargo, es bueno tomar conciencia de que una Constitución no tiene por qué ser más eficaz cuando confía la responsabilidad de su interpretación definitiva a un Tribunal Constitucional. De hecho, en algunos países democráticos del mundo se han desarrollado técnicas que permiten devolver a los representantes del pueblo la decisión final sobre la ley una vez resuelta la cuestión por el Tribunal con jurisdicción para declarar la misma contraria a la Constitución (la autora pone como ejemplos los casos de Canadá o Reino Unido, entre otros). Además, el papel de la doctrina constitucional es, para la autora, el de formar parte de una discusión más amplia, «proyectada hacia el futuro y necesariamente colectiva a propósito de la realización de las aspiraciones constitucionales y sólo ya por eso sería obligado reconocer a los Tribunales Constitucionales un papel principal en la modelación del acuerdo sobre los contenidos de la Constitución y lo que no es menos importante, de la percepción social de la normatividad de la Constitución. Si la doctrina constitucional no es aceptada, finalmente acabará decayendo, por lo que el Tribunal Constitucional, si bien pone fin a un conflicto

constitucional, no tiene siempre la última palabra en lo que respecta a cuál sea la mejor interpretación de la norma constitucional.

En este sentido, los Tribunales Constitucionales no podrían mantenerse en pie, no reunirían ninguna legitimidad, si intentaran imponer su particular concepción de la Constitución. Cada Tribunal Constitucional debe poseer una especie de sónar que le ayude a sondear la interpretación que puede ser definitivamente aceptada por la colectividad, si no en el momento actual (pues muchas veces el Tribunal toma decisiones sobre cuestiones no claramente resueltas en la sociedad), sí con carácter prospectivo, contribuyendo a inclinar la balanza hacia un lado u otro y convirtiéndose en una especie de visionario de lo que requerirán los tiempos por venir y de cual será la solución que más consenso concite. Podría así sostenerse, como parece que hace la autora, que en ese caso, la falta de representatividad del órgano podría quedar compensado por «lo representativo» de su opinión. Sin embargo, al igual que no puede presentarse a los Tribunales Constitucionales como máquinas de aplicar el Derecho que únicamente arbitran y apenas actúan con voluntad propia en su tarea de interpretación (de una norma que además se caracteriza por su principialismo y, por tanto, por su apertura), tampoco creo que podamos confiar toda la legitimidad de estos órganos a su virtud para leer el *status quaestionis* y las necesidades de cambio doctrinal como medio para adecuar la norma a los tiempos que corran. Desde luego, la jurisdicción constitucional —como señala Víctor FERRERES, mencionado por la autora de esta obra en no pocas ocasiones— «se justifica por la contribución que puede hacer el juez [constitucional] al mantenimiento de una cultura de deliberación pública», pero si hoy existen Tribunales Constitucionales, con la presión política que deben soportar y el impacto que producen en el mundo de la política con sus decisiones, es seguro que existen elementos adicionales en los que apoyar la legitimidad de los mismos o, al menos, debemos buscarlos. Ya no tiene tanto sentido volver a las teorías del pacto original reflejado en la Constitución y necesitado de defensa frente a viento y marea. Como indica Marian AHUMADA, esa fase defensiva de los Tribunales Constitucionales ha pasado a un segundo plano, siendo su función principal hoy la de fomentar la realización de la Constitución o, en palabras de la autora implicarse «en el proyecto colectivo de «realización» de la constitución [...] y sobre todo, confiarles la responsabilidad de mantener vivo el pacto que está *detrás* de la constitución...».

Precisamente, una parte muy importante de las constituciones de hoy son las declaraciones de derechos que se incluyen en ellas. Para la profesora Ahumada la determinación del papel que los tribunales constitucionales deban desempeñar en relación con estos últimos dependerá de la idea que se tenga sobre las razones de la constitucionalización de los mismos y sobre su naturaleza como «derechos prepositivos o suprapositivos, derechos conectados a las condiciones necesarias de la democracia, derechos radicados en la tradición —histórica o liberal— o, sencillamente, derechos que sólo una supermayoría puede alterar» (p. 119).

En cualquier caso, existe cierta coincidencia en la doctrina en cuanto a la indeterminación con la que son enunciados estos derechos. En este sentido,

nos dice Marian AHUMADA, es «la intervención de los jueces en el procedimiento de determinación de los derechos constitucionalizados y no su papel como «garantes» de derechos lo que resulta complicado de justificar, no sólo desde los postulados de la democracia, sino también desde los más familiares y tradicionales de la *rule of law*» (p. 122). Si el problema fuera la imposibilidad de llegar a un consenso mayor cuando se desciende a una regulación detallada de los derechos —indica Marian AHUMADA— entonces habría que remitirse, una vez surgida la cuestión concreta sobre el derecho, a la decisión de la mayoría, que parece en estos casos lo adecuado. Si entendemos que las cláusulas sobre derechos son flexibles porque de esta manera se permite al gobierno reaccionar ante circunstancias que no pueden ser previstas de antemano, entonces procede hacer un juicio de razonabilidad o proporcionalidad sobre la intervención en este campo, convirtiendo el control del Tribunal Constitucional en un control de «justificaciones suficientes o adecuadas».

En verdad, atribuir a los jueces la competencia para decidir controversias a propósito de los derechos fundamentales supone, según la autora, delegar en ellos un «nada desdeñable» poder político. En este sentido, hablar de derechos suprapositivos es obviar cómo son las cosas en realidad. Ahora bien, concebir los derechos como derechos positivos no nos permite sortear la famosa «dificultad contramayoritaria». La respuesta de la autora a esta cuestión resume bien el espíritu que se trasluce en toda su obra: «diversas teorías —señala Marian AHUMADA—, algunas bien conocidas y ninguna del todo solvente [...] buscan legitimar, justificar o simplemente, describir el papel del juez en la «construcción» de Derecho constitucional. Mi objetivo es más limitado. Pretendo simplemente exponer que la opción por un sistema de democracia constitucional con una Constitución que sustrae determinadas materias a la decisión a través del proceso democrático y delega en los jueces la competencia para decidir sobre el contenido y alcance de ciertos derechos considerados fundamentales, es una opción por una democracia restringida, «rebajada», «más limitada» [...] y no simplemente, como a menudo se reivindica, de democracia «sustantiva». Considero difícil de rebatir —continúa Marian su disgresión— la afirmación de WALDRON de que «*hay* algo que se pierde, desde el punto de vista democrático, cuando un particular o una institución no electos ni políticamente responsables, adopta decisiones vinculantes acerca de lo que requiere la democracia». La democracia constitucional en esta configuración no es una forma «peor» o menos justa, de gobierno. Es sólo «menos democrática».

En fin, juzguen ustedes. En esta obra se tocan muchos temas que quedan abiertos a la discusión e invitan a continuar el debate, de gran trascendencia, sobre la legitimidad y funciones que cumple y debe cumplir la jurisdicción constitucional. Marian AHUMADA ha aportado más que un granito de arena a tal discusión. Ahora sólo falta que otros juristas sigan su ejemplo de forma que su contribución pueda ayudarnos a avanzar en el conocimiento y esclarecimiento de cuestiones tan relevantes para la ciencia del Derecho.