

**Decisiones constitucionales  
sobre especificación de derechos.  
Contribuciones para un modelo  
más comprometido con la democracia\*\***

**Constitutional Decisions  
on Specification of Rights.  
Contributions for a Model  
More Committed with Democracy**

RESUMEN

La existencia de razonables disensos respecto del alcance de formulaciones constitucionales abstractas sobre derechos, incluso coincidiendo en su concepción como mínimos determinantes de dignidad que merecen especial protección, exige seguir pensando en ajustes institucionales para dotar de mayor legitimidad democrática a las decisiones relativas a su especificación. Así, en la línea de aceptación de una versión débil de constitucionalismo y de un control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes concebido como una locución en un diálogo: (a) se presentan y exploran preliminarmente alternativas de mejora democrática en la propia configuración del control jurisdiccional de constitucionalidad, y (b) se propone un modelo de evaluación legislativa y eventual respuesta constitucional, estructurada bajo un proceso especialmente democrático, que potencie la deliberación política robusta y contemple la participación de la ciudadanía.

\* Profesor de alta dedicación y ex Director del Departamento de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Uruguay). Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; máster universitario en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos de la Universidad Complutense de Madrid; especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay. Integrante del SNI (Sistema Nacional de Investigadores) de la ANII. Contacto: [diego.gamarra@ucu.edu.uy](mailto:diego.gamarra@ucu.edu.uy) ORCID ID: 0000-0003-0902-786x.

\*\* Recibido el 5 de marzo de 2021, aprobado el 30 de enero de 2023.

Para citar el artículo: Gamarra Antes, D. *Decisiones constitucionales sobre especificación de derechos. Contribuciones para un modelo más comprometido con la democracia*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 56, mayo-agosto de 2023, 103-130.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n56.04>

## PALABRAS CLAVE

Especificación de derechos, constitucionalismo débil, control de constitucionalidad, participación política, reforma constitucional, jurados constitucionales.

## ABSTRACT

The existence of reasonable disagreements on the scope of abstract constitutional provisions on rights, even accepting their conception as minimums of dignity that deserve special protection, demands inquiring on institutional adjustments to provide better democratic legitimacy to decisions on their specification. On the grounds of a weak version of constitutionalism and considering the judicial review as a speech under a dialogue: (a) some alternatives for democratic improvement of the judicial review itself are preliminary explored; and (b) a model including a legislative evaluation and an eventual constitutional response to the judicial decision is hereby proposed. Said response should be performed by an intense democratic procedure, promoting vigorous political deliberation and citizen participation.

## KEYWORDS

Rights specification, weak constitutionalism, judicial review, political participation, constitutional amendments, constitutional juries.

## SUMARIO

Introducción. Precisión previa. 1. Breve justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. 2. Algunos modelos de constitucionalismo débil. 2.1. Modelo de última palabra legislativa. 2.2. Modelo de última palabra de un constituyente asequible. 3. Contribuciones democráticas al modelo de decisiones constitucionales de especificación de derechos. Alternativas de participación política durante y después del control jurisdiccional. 3.1. Contribuciones democráticas en el diseño del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. 3.2. Contribuciones democráticas en el diseño de un proceso de evaluación legislativa y eventual elaboración de actos constitucionales –en última instancia de decisión ciudadana– como respuesta. Recapitulación. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

La tensión entre derechos y democracia sigue siendo una de las principales razones de desvelo entre constitucionalistas. La búsqueda de conciliación institucional entre una exigencia de tutela de mínimos determinantes de

dignidad de los individuos –que se justifica que opere como freno para el gobierno ordinario– y de autogobierno democrático –como mejor mecanismo para adoptar decisiones colectivas de la comunidad– supone una argumentación consistente respecto de buena parte de los temas centrales del derecho constitucional. Así, reclama un posicionamiento sobre la conveniencia o no de constituciones rígidas que refieran a derechos –y sobre las diferentes alternativas para su configuración–, respecto de modelos de participación ciudadana, representación política y procedimientos de adopción de decisiones atribuibles a la comunidad –que se expresan en actos jurídicos generales o particulares–, en relación con la división de poderes, el control de constitucionalidad y de convencionalidad de las leyes, y respecto de la justicia constitucional e internacional sobre derechos.

El problema referido se potencia ante dos datos de la realidad. El primero de ellos es el fenómeno del pluralismo razonable, esto es, el disenso sensato en la especificación de unos derechos –muchas veces muy gráficamente reflejado en pronunciamientos jurisdiccionales divididos– que en su formulación abstracta recogen un relativo consenso. El segundo es el exponencial desarrollo tecnológico, que altera significativamente la forma de entablar discusiones, de acceder a información y que presenta algunos posibles riesgos, pero también abre posibilidades de instrumentación de nuevos mecanismos de control y de decisión colectiva.

Una articulación de todos los aspectos referidos, teniendo además en cuenta la incidencia de los datos que vienen de indicarse, supondría la elaboración de una teoría de la Constitución completa que, desde luego, excede el alcance de este trabajo. Aquí, con menor ambición, se intentará brevemente analizar algunos de esos puntos y, concretamente, justificar lo siguiente: (a) la existencia de constituciones rígidas, siempre que no lo sean demasiado y que se funden en una pretensión de calidad democrática óptima; (b) la conveniencia de no resignar un control de constitucionalidad jurisdiccional de las leyes, en tanto se tenga especialmente en cuenta el principio democrático en su estructuración y ejecución, y (c) la conveniencia de evitar o superar, según el caso, la eventual contienda persistente entre legislador y juez constitucional a partir de mecanismos que incorporen alguna forma de intervención de la ciudadanía al diálogo institucional previo.

En otras palabras, reconociendo las virtudes de una versión débil de la revisión jurisdiccional de la ley en materia de derechos<sup>1</sup>, como alternativa a las

1 Nino y Gargarella han sido pioneros entre los autores latinoamericanos en desarrollar y exponer con agudeza el problema de la justicia constitucional desde una mirada democrática –en buena medida a partir de las concepciones de Bickel y de Ely–. Cfr. Gargarella, R. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996; Nino C. S. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. En su más reciente trabajo, Gargarella insiste en destacar la dificultad que las soluciones difundidas encarnan por su matriz elitista, e incluso llega a erigir dicha deficiencia como parte de una de

posiciones que conciben al legislador como portador de la última palabra sobre concretización de derechos, a un constituyente de configuración meramente representativa o al juez constitucional, se sugiere considerar una solución que específicamente tome nota de los escenarios de disenso, confiera alguna forma de voz más determinante a la ciudadanía y potencie la deliberación.

Luego de repasar someramente los fundamentos de las posiciones previamente reseñadas y las versiones existentes de modelos débiles de constitucionalismo –como el canadiense, el sueco o el uruguayo–, concretamente se propone indagar algo más en la búsqueda de una forma mejor justificada de adopción de decisiones constitucionales sobre especificación de derechos.

En tal sentido, por un lado, se analiza una amplificación de la deliberación y participación ciudadana en la instancia de escrutinio jurisdiccional de la ley. Tímidamente, mediante la instrumentación de audiencias públicas, difusión de la deliberación de los magistrados y participación de *amicus curiae*, y más osadamente, mediante el establecimiento de jurados o escabinados en casos constitucionales sobre derechos.

Por otro lado, como con anterioridad he insinuado, en buena medida en sintonía con la propuesta de Donnelly<sup>2</sup>, se sugiere el diseño de una instancia de consideración y eventual pronunciamiento posterior al control de constitucionalidad. Así, luego de un debate público previamente encauzado en el parlamento, desarrollado por un órgano jurisdiccional en la posterior etapa de control, y también entablado entre ellos, se plantea pensar en una necesaria instancia de evaluación legislativa y en una eventual solución que asegure un pronunciamiento atribuible a la comunidad, muy cercano a la ciudadanía y de valor democrático especialmente intenso –constitucional–. Bien podría ensayarse una combinación de más de uno de los caminos propuestos.

sus tesis –la segunda– que explican su visión sobre la derrota del Derecho en América Latina; cfr. Gargarella, R. *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2020, ed. Kindle, posición 129. El tema sigue ocupando un espacio central en las discusiones prescriptivas sobre el constitucionalismo. Una presentación notable y muy completa a su respecto puede verse también en Niembro Ortega, R. *Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 95, 2012. Bello Hutt recientemente publicó un excelente trabajo con propuestas de un diseño institucional adecuado para el desarrollo del constitucionalismo popular bajo una concepción democrática, republicana y deliberativa. Su propuesta tiene varios frentes. Sin perjuicio de otros aportes muy interesantes, como el recurso a mini-públicos y una redirección de la atención a la discusión –deliberación y justificación– legislativa, en materia de cuestionamiento del control jurisdiccional, plantea la conveniencia de que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley tengan efectos *inter partes* y sugiere modelos como los de la *Commonwealth*; cfr. Bello Hutt, D. *Deliberative, Republican, and Egalitarian Institutional Alternatives for Popular Constitutionalism*. En *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 48, 2021.

2 Donnelly, T. *Making Popular Constitutionalism Work*. En *Wisconsin Law Review*. N.º 1, 2012, 159-194.

## PRECISIÓN PREVIA

Buena parte de los planteamientos que aquí se realizan puede que sean difíciles de trasladar a ciertos sistemas constitucionales. Las reflexiones que se desarrollan tienen el sesgo de quien integra una comunidad política verdaderamente pequeña –la uruguaya–. El escaso tamaño es a muchos efectos inconveniente –en términos de diversidad y masa crítica–, pero también presenta ciertas ventajas. Así, entiendo que ofrece –o al menos debería ofrecer– mayores posibilidades de deliberación y realización democrática.

En reiteradas ocasiones percibo el problema que aquí menciono en la dirección inversa. Es decir, la teoría y la dogmática constitucional de mayor calidad se gesta muchas veces por juristas de comunidades relativamente extensas, y su importación sin más en ocasiones supone sacrificios en términos democráticos que se justifican por razones de reducción de complejidad en ciertos casos, pero que representan costos elevados de legitimidad que no tiene demasiado sentido asumir en comunidades de escasa población.

También cabe precisar que en el tratamiento de los temas que aquí se plantean, de discusión del diseño institucional en términos normativos –de *lege ferenda* en materia constitucional–, confluyen abordajes desde el derecho constitucional, la ciencia política y la filosofía política. Conviene advertir que mi formación es fundamentalmente jurídica, y ello incide en el detenimiento en algunos problemas en desmedro de otros que requerirían de mayor desarrollo o justificación.

#### 1. BREVE JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DE SU CONCEPCIÓN BAJO MODELOS DÉBILES

Aun sin cuestionar la idea de derechos morales como mínimos intangibles determinantes de la dignidad del individuo, que cabe oponer a cualquier medida que pretenda desconocerlos con el propósito de dar satisfacción a metas o bienes colectivos –cotos vedados<sup>3</sup>, esferas de lo indecible<sup>4</sup> o cartas de triunfo<sup>5</sup>, según las ocurrentes posiciones de Garzón Valdés, Ferrajoli y Dworkin en lo respectivo–, puede discreparse considerablemente sobre la mejor forma de su delimitación e instrumentación institucional.

Es decir, desde un punto de vista de la teoría de la justicia puede asumirse el postulado antedicho y reconocerse la existencia de derechos morales individuales de tales características, pero es necesario también adoptar una

3 Garzón Valdés, E. *Representación y democracia*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, 1989, 156.

4 Ferrajoli, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006, 24.

5 Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993, 37 y 219.

posición desde la teoría de la autoridad. De poco sirve predicar la intangibilidad de los derechos sin excepción si no se ofrece, además, una respuesta adecuada respecto de la mejor forma de decidir colectivamente sobre su identificación y alcance.

Es precisamente en este punto en el que se generaron las mayores discrepancias en las últimas décadas, que se concretan en cuestionamientos democráticos sobre determinadas formas de rigidez constitucional –al menos en lo que refiere a la consignación de derechos abstractos<sup>6</sup>– y sobre el control de constitucionalidad de las leyes confiado exclusiva o en última instancia a jueces dotados de modesta legitimidad democrática. En tal sentido, es necesario acudir a una compleja calibración de aspectos en la fase genética y funcional de una Constitución formal. Esto es, entre posiciones en materia de creación y reforma constitucional, atendiendo a sus diferentes variantes<sup>7</sup> –en los extremos la flexibilidad y la petrificación–, y posiciones sobre las decisiones de casos que requieren especificación de derechos, de justicia e interpretación constitucional frente a la ley.

Así, por un lado, buena parte del debate se redirigió fundamentalmente a la reivindicación de la decisión parlamentaria por regla de la mayoría y la consiguiente interpelación de las decisiones por mayorías especiales o cualificadas desde el ideal de la igualdad política –como cuestionamiento principalmente en la fase genética–. Por otro lado, se apuntó al cuestionamiento de la legitimidad democrática de los tribunales ante la pronunciada apertura de las disposiciones sobre derechos, concebidos como conceptos esencialmente controversiales, que en definitiva generan la posibilidad de desacuerdos razonables y que supone decisión política y moral discrecional –como cuestionamiento de la posición definitiva de los jueces o tribunales en la fase funcional–<sup>8</sup>.

En otra oportunidad intenté con algo más de detenimiento ensayar una defensa preliminar de un modelo débil de Constitución rígida, con un procedimiento de reforma que sea asequible y, ante todo, concebido desde la pretensión de que sea el más democrático disponible. Argumenté, asimismo, a favor de un control de constitucionalidad de las leyes orientado desde la

6 Nótese que es bastante más sencillo justificar la rigidez en lo que refiere a la estructura del Estado y a la organización de los poderes públicos. Véase en este sentido Ferreres Comella, V. *Una defensa de la rigidez constitucional*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 23, 2000, 29.

7 Véase Laporta, F. *El ámbito de la Constitución*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 24, 2001, 466.

8 Waldron, J. *Derecho y desacuerdos*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, 131. Sobre las objeciones democráticas al control jurisdiccional de constitucionalidad cfr. también Bickel, A. M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven-London: Yale University Press, 1986, 16; Moreno Rodríguez Alcalá, D. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, 47-48.

interpretación concurrente de la Constitución y de la ley al reconocimiento, en general, de una deferencia al legislador<sup>9</sup>.

Brevemente repasaré aquí las principales razones invocadas, algunas de ellas dirigidas a la defensa de la distinción formal entre Constitución y ley, concretamente de ciertas formas de rigidez que confieran un relativo blindaje de derechos formulados con abstracción, otras dirigidas a la existencia de mecanismos de revisión jurisdiccional o directamente a resaltar ciertas bondades de su combinación:

(a) *Distinción de cuestiones ordinarias y extraordinarias*. En primer término, cabe apuntar la razonabilidad del discernimiento entre cuestiones de decisión ordinaria y extraordinaria y, en consecuencia, de diseñar y adoptar diferentes procedimientos para su tratamiento. La distinción entre Constitución y ley desde el punto de vista formal, en principio, parece responder adecuadamente a esta diferenciación.

(b) *Consenso sobre derechos morales formulados con abstracción y su concepción como precondiciones de la democracia*. En segundo término, es cierto que suele existir un relativo consenso en las comunidades –y en la comunidad internacional– sobre un elenco de derechos considerados como mínimos determinantes de dignidad infranqueables en su consideración abstracta. También es en general aceptado que ellos operan, a su turno y según el caso –de manera más o menos inmediata–, como precondiciones o presupuestos de la democracia. Ello de algún modo mitiga las críticas en su nombre. En fin, la consignación de esos derechos con un cierto grado de protección procedimental, ligado al carácter extraordinario de su revisión y a su pronunciada calidad democrática, parece tener cierto sentido.

(c) *Limitación de las ramas frontalmente políticas del gobierno, especialmente en consideración de minorías y sectores relegados*. En tercer término, la inevitable imperfección de los gobiernos, caracterizados por la ajenidad en el ejercicio del poder por parte de representantes directa o indirectamente electos cada determinado tiempo, justifica alguna forma ordinaria de control que los limite. La idea de contención del poder, bastión del constitucionalismo –cualquiera que sea su modelización–, resulta favorecida por la Constitución rígida y el control de constitucionalidad. Ello es un aporte sustantivo en democracias reales, necesariamente acuciadas por la ausencia de coincidencia efectiva y sostenida entre gobernantes y gobernados, que puede devenir en excesos con carácter general y, en particular, en una tendencia a la descon sideración de minorías o sectores que, sin serlo, resultan de todas formas persistentemente relegados. Piénsese en la enorme cantidad de excluidos sociales en los Estados latinoamericanos.

9 Gamarra, D. *La interpretación de la Constitución y la ley. Jueces, derechos y democracia*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2018, cap. II.3.

(d) *Aporte de la perspectiva de órganos jurisdiccionales en la resolución de casos*. En cuarto término, los órganos jurisdiccionales aportan una perspectiva crucial, pues entienden y se pronuncian sobre casos particulares consumados, que el legislador con vocación de generalidad en su producción normativa pudo no contemplar. Es más, la realidad suele sorprender con casos que el legislador del presente no tuvo y ni siquiera hubiera podido tener en consideración, pues pueden cuestionarse constitucionalmente leyes de otras legislaturas, algunas de ellas verdaderamente antiguas. Así, es posible que se incorporen voces muy relevantes que pudieron no escucharse en el procedimiento de elaboración de la ley, ora por la reducción de la complejidad que la representación y la vocación de generalidad suponen –en el supuesto de leyes relativamente recientes–, ora por gestarse en otro contexto histórico –en el supuesto de leyes relativamente antiguas–. Ello, a su vez, se canaliza bajo un proceso adecuado, contradictorio, dialéctico, ordenado y necesariamente en clave de derechos.

Además, por supuesto que tampoco debe desdeñarse la que aparece como la más elemental de las virtudes jurisdiccionales, su posición de mayor imparcialidad, por cierto, no controvertida como situación óptima para la resolución de disputas de terceros con lealtad. Por último, en conexión con ello, también vale indicar que los jueces o tribunales están algo menos influenciados por intereses sectoriales y por el juego de la política entendida como *pactum subjectionis*<sup>10</sup>.

(e) *Contribución del control de constitucionalidad al diálogo, a la deliberación y al debate público*. En quinto término, la revisión jurisdiccional de la ley parece contribuir a incrementar el debate público sobre el alcance de los derechos como mínimos necesarios de dignidad. Así, se potencia la discusión en el seno del poder legislativo, que se percibe limitado y debe intensificar su deliberación en términos de derechos y, naturalmente, supone un intercambio entre órganos jurisdiccionales –si se trata de sistemas de más de una instancia– o en la instancia interna de los órganos jurisdiccionales –de ser ellos, como suelen ser, pluripersonales–. A su turno, se genera como efecto un diálogo externo, entre ellos –legislador y jueces– y más allá de ellos –en la ciudadanía–<sup>11</sup>. Se contribuye de esa forma a la deliberación, al desarrollo de un aspecto esencial bajo una concepción de la democracia que no se agote en el recurso a la regla de la mayoría, que sea completa y dialógica, dinámica y no estática.

10 “Al *pactum societatis* corresponde la política como actitud dirigida a facilitar la convivencia, la unión o, como dice Aristóteles, la amistad. Al *pactum subiectionis* corresponde la idea de la política como competición entre las partes, lucha por imponerse que tiene al gobierno como objeto disputado”. Zagrebelsky, G. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta, 2008, 39.

11 Dworkin, R. *El foro de los principios*. En Dworkin, R. *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, 101. Véase también Ferreres Comella, V. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, 172.

(f) *Configuración del poder de reforma con asequibilidad y en clave de intensidad democrática.* Por último, pese a todas las buenas razones que vienen de invocarse, la dificultad contramayoritaria en cuestiones morales muy controversiales, máxime si se apunta que no necesariamente suponen amenaza de minorías o sectores relegados, sigue siendo difícil de superar. Como muy bien ha sostenido Rubio Llorente, el control de constitucionalidad no sortearía el escollo de los cuestionamientos democráticos si no fuese por la existencia del poder de reforma<sup>12</sup>. Sin embargo, estimo que tal afirmación debe desarrollarse, pues ello es tan cierto como lo es la insuficiencia de su consagración meramente nominal. Debe revestir además ciertas características para que el contrapeso de legitimidad sea efectivo.

Así, en una contienda moral de fondo, generada ante disposiciones vagas sobre derechos, eventualmente no dirimida entre legislador y jueces, debería reservarse la última palabra al poder de reforma u otro equivalente en términos de legitimidad que pueda concebirse, pero no de cualquier manera sino en función de una configuración con cierta asequibilidad, para que el planteamiento sea efectivamente democrático, para que no sea una quimera y para que opere, a la vez, como una instancia democrática especialmente intensa. Nótese que se contribuye también con ello a un mínimo de estabilidad razonablemente anhelada, pues es probable que los poderes políticos ordinarios tiendan a actuar con prudencia y atentos a las preferencias de la población a la que responden, con el fin de evitar un enfrentamiento y, además, porque deliberar seriamente exige e insume tiempo.

En suma, efectivamente existen argumentos de peso para defender ciertos niveles de rigidez de derechos consignados con abstracción y un control jurisdiccional de constitucionalidad concreto de las leyes. Sin embargo, generada una discusión fundamentalmente moral y política ante casos extremadamente debatibles sobre delimitación y concretización de derechos, las objeciones democráticas –fundamentalmente de falta de legitimidad de origen de los jueces–, que no son suficientes para derrumbar la estructura, lo son con holgura para pensar en ajustes considerables en sus variables determinantes –una vez más, en la rigidez y en la forma de control–. Sugieren revitalizar la mirada democrática y, según concibo, privilegiar en algún sentido la voz de la ciudadanía. En otras palabras, entiendo que los modelos de constitucionalismo débil merecen mayor atención y que el desafío debe redirigirse a la interrogante sobre su mejor versión<sup>13</sup>.

12 Rubio Llorente, F. *Rigidez y apertura en la Constitución*. En *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Vol. I. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, 137.

13 Por supuesto que los sistemas responden a diferentes peculiaridades de las comunidades, destacadamente a su tamaño y nivel de desarrollo institucional, y ello permite relativizar muchos de los puntos que puedan presentarse en esta aproximación general.

## 2. ALGUNOS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO DÉBIL

La concepción del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes como instancia institucional final de especificación de derechos –de interpretación en concreto<sup>14</sup> o concretización<sup>15</sup> de las disposiciones vagas que los establecen–, por un lado, o su concepción como parte de un diálogo sobre el alcance de los derechos en el que los jueces constitucionales no necesariamente tienen la última palabra, por otro lado, son los extremos que, respectivamente, determinan el carácter fuerte o débil del modelo de constitucionalismo. Como se anticipó, en alguna medida también incide en ello la diferente intensidad de la rigidez constitucional, pues la supremacía por la fuente que esta determina es de articulación necesaria con su forma de imposición en el tiempo a través de los sistemas de control de constitucionalidad.

Puede eventualmente adicionarse el factor de la interpretación, pues tratándose de escenarios de formulaciones constitucionales abstractas, de leyes que en algo las especifican pero que siguen regulando clases –con generalidad–, así como de un control en el marco de un caso de estas últimas conforme a las primeras, la interpretación efectivamente se ubica en un sitio de relevancia.

Como resultado de tal consideración emergen modelos de valoración como el thayerano –de exigencia de ausencia de duda razonable para la declaración de inconstitucionalidad de la ley o de fuerte presunción de constitucionalidad de las leyes<sup>16</sup>–, o como el que sugiere de Lora, todavía más exigente, que relaciona además el fenómeno de la duda con la disidencia en órganos pluripersonales y sugiere la exigencia de unanimidad de votos para la declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos por tribunales<sup>17</sup>.

De todas formas, prefiero aquí reservar el término débil para aludir a los esquemas en los que, pese a existir una Constitución formal<sup>18</sup>, se prevé desde el diseño una alternativa razonablemente accesible para que sujetos u órganos de mayor legitimidad democrática que los tribunales puedan tener una posición definitoria o una voz especialmente relevante en las decisiones sobre el alcance de los derechos constitucionales. Se propicia de esa forma,

14 Sobre la interpretación en concreto véase Guastini, R. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, 33.

15 Conforme la terminología preferida por autores como Hesse, K. *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 40-41 o Arzo Santisteban, X. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

16 Thayer, J. B. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. En *Harvard Law Review*. VII, 3, 1893, 129-156.

17 De Lora, P. *La posibilidad del constitucional thayerano*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 23, 2000, 49-75.

18 Por cierto, ello excluye del presente estudio el análisis de modelos como el del Reino Unido o el de Nueva Zelanda, incluso luego de la aprobación de sus respectivas cartas de derechos y de sus implicancias interpretativas, por tratarse de constituciones flexibles.

además, un diálogo y unos contrapesos adecuados entre legislador, jueces y poder constituyente.

Es decir, la moderación del constitucionalismo fuerte fundamentalmente apunta a repensar los mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, en el sentido de contemplar eventuales instancias posteriores de decisión colectiva, con pretensión de mayor calidad democrática y deliberación, para procesar y laudar la disputa moral y política entablada.

A su turno, es fácil observar que el grado de rigidez constitucional puede devenir relevante en tal sentido, pues si el procedimiento de reforma constitucional es razonablemente accesible, entonces por defecto existirá una posibilidad de decisión constitucional que permita dirimir por esa vía una discrepancia entre órganos de gobierno ordinarios. Dicho pronunciamiento eventualmente determinará una preferencia por la supuesta interpretación legislativa, por la jurisdiccional, por una nueva solución de especificación o incluso por la remoción de la constitucionalización del punto.

### 2.1. Modelo de última palabra legislativa

La Carta de Derechos y Libertades canadiense del año 1982 –que integra la Constitución de Canadá– establece en su artículo 33 la llamada *notwithstanding clause*, que recoge una solución original al conferir al poder legislativo la posibilidad de declarar que una disposición legal se aplicará “a pesar de” lo dispuesto en la propia carta de derechos. De esa forma, se le confiere al legislador la potestad de impedir el cuestionamiento de constitucionalidad de parte de los tribunales por razones de contenido –por vulneración de ciertos derechos–, aunque sea por un tiempo, pues se establece que la declaración referida puede ejercerse por un plazo de cinco años, sin perjuicio de una eventual única prórroga dispuesta por otro acto legislativo por un período adicional de cinco años<sup>19</sup>.

De esa manera, además de establecerse un posible cerco de antemano –como tal considerablemente cuestionable, por cierto–, puede, en lo que aquí mayormente interesa, insistirse ante una declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad de una disposición legal y asegurar así la plena eficacia de una solución legislativa, impidiendo de esa forma posibles impugnaciones judiciales.

19 Véase Hogg, P. W. y Bushell, A. A. *El diálogo de la Carta entre los tribunales y la legislatura*. En Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ed. Kindle, posiciones 203, 216 y 231. Tushnet considera esta solución, que denomina de revisión judicial dialógica, una de las muy pocas innovaciones del Derecho constitucional a lo largo del tiempo; cfr. Tushnet, M. *Revisión judicial dialógica*. En Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ed. Kindle, posiciones 2067 y 2159.

Es decir, se trata de un sistema de Constitución rígida, pero matizado, en la medida en que se permite que se expidan pronunciamientos legislativos ordinarios que refieran a derechos constitucionales y que, sin embargo, por decisión del propio legislador ordinario, resulten temporalmente exentos de control jurisdiccional de constitucionalidad.

Hogg y Bushell, al valorar la implementación del recurso del legislativo a la referida “*notwithstanding clause*”, sostienen que prácticamente no ha sido utilizada, pero que puede haber contribuido a favorecer un diálogo y una especial consideración recíproca entre el poder legislativo y los tribunales<sup>20</sup>.

En cualquier caso, más allá de un posible impacto positivo de la implementación de una solución como la canadiense, sigue resultando muy difícil su justificación general. Efectivamente es muy riesgoso conferir al poder legislativo, cuya actuación merece también control de regularidad jurídica, la potestad para inhibirlo. Supone una confianza en la autocontención de un poder pronunciadamente político, y ello no parece aconsejable bajo una mirada constitucional que, orientada a contener al poder, pretende ponerle coto.

## 2.2. Modelo de última palabra de un constituyente asequible

Previamente se afirmó que la latencia del poder de reforma –o constituyente derivado– es imprescindible para dotar de una mínima legitimidad a los sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. En todos los casos de Constitución rígida, efectivamente, el constituyente tiene la posibilidad de sentar una posición de impacto definitorio en la fase de aplicación constitucional, pues es quien formalmente escribe y reescribe la Constitución. Así, si se lleva a cabo una reforma constitucional que concretiza soluciones, se restringe a su respecto el margen de interpretación de los tribunales.

Sin embargo, se destacan como formas de constitucionalismo débil únicamente aquellas en las que el procedimiento de reforma, aunque diferenciado del legislativo, es relativamente sencillo de desplegar y, muy especialmente, aquellas de adopción de decisiones por mayoría simple. Ello por oposición a la opción por una exigencia de mayorías especiales con vocación netamente contra-mayoritaria. En tal sentido es frecuente mencionar el sistema sueco<sup>21</sup>, que establece un procedimiento de elaboración de actos constitucionales mediante el sistema de cláusulas de enfriamiento, es decir, de aprobación por mayoría simple, pero en dos legislaturas sucesivas que suponen la mediación de una elección.

20 Hogg y Bushell. *El diálogo de la Carta entre los tribunales y la legislatura*, cit., posición 208.

21 Bayón, J. C. *Derechos, democracia y Constitución*. En Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, 88-89; Melero de la Torre, M. C. *Constitucionalismo débil*. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 13, 2017, 205-206.

Entiendo que también cabe situar entre estos sistemas el sistema uruguayo, pues, según reza el artículo 331 de la Constitución, todos los procedimientos de enmienda constitucional requieren en último término –para el perfeccionamiento del acto– de una instancia de pronunciamiento directo de la ciudadanía –denominada plebiscito–. Además, dos de los cuatro mecanismos previstos son de promoción particularmente accesible: el del literal A, de iniciativa popular, que exige adhesiones del 10% de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico para proponer un proyecto de reforma constitucional y someterlo a la decisión ciudadana; y el del literal B, de iniciativa de los legisladores, que establece un umbral de tan solo 2/5 de los miembros de la Asamblea General –una minoría parlamentaria– para promoverlo.

Las críticas que se dirigen contra estos modelos, en gran medida replican la discusión sobre grados y formas de rigidez y sobre las bondades de la estabilidad y de un blindaje de derechos más o menos resistente. En este caso con una singularidad: las soluciones constitucionales se presentarían como respuesta a un previo posicionamiento legislativo y jurisdiccional sobre el alcance específico de derechos abstractos y, por lo tanto, serían necesariamente de detalle, acotando así el margen interpretativo. Sin embargo, pese a que tal situación es sin dudas problemática ante procedimientos muy complejos de reforma, no lo es tanto en los esquemas aquí considerados, precisamente definidos como débiles en atención a la relativa asequibilidad de sus mecanismos de reforma.

De todas maneras, considerando que tiene sentido el esquema si todavía se trata de decisiones extraordinarias, con cierta estabilidad asociada, respecto de derechos como mínimos determinantes de dignidad abstractamente formulados –de lo contrario se postularía sin más el sistema de Westminster<sup>22</sup>–, según se desarrollará, convendría encauzar estos casos de decisiones constitucionales sobre concretización de derechos bajo la forma de disposiciones transitorias, con el establecimiento de un plazo de vigencia.

Por otra parte, la objeción debe también considerarse desde la existencia de defensas muy justificadas de ciertas decisiones por mayorías especiales, basadas en la necesidad de proteger y conferir cierto poder a algunas minorías. En efecto, hay muy buenas razones para exigir mayorías especiales en ciertos casos, notoriamente en materia electoral, pues allí el juego de la política destacadamente se hace presente bajo una mirada parcial y de confrontación. En otros casos, con más generalidad, resultan atendibles para propender a una deliberación con respeto a minorías y apuntar a una verdadera intención de conciliar intereses, máxime considerando que deben adoptarse continuamente decisiones atribuibles a la colectividad –no se trata de decisiones únicas y

22 Matizado a lo sumo por una deferencia interpretativa como la derivada de la aprobación del *Human Rights Act* de 1998.

aisladas– y que la necesidad de acudir a consentimientos de grupos ajenos en ciertas circunstancias contribuyen a su mayor consideración en otras.

Pese a ello, también deben apuntarse algunas disonancias o inconvenientes de la pretensión de formalizar anhelos contramayoritarios y de ligarlos a la idea de Constitución: (i) no existe necesariamente una correlación entre exigencias de mayorías especiales y distinción formal de actos jurídicos –por ejemplo, en el ordenamiento jurídico uruguayo se requiere de mayorías especiales para la sanción de algunas leyes ordinarias y puede reformarse la Constitución, aunque con otras exigencias, con mayorías menores–; (ii) no toda afectación de derechos supone un problema de relegamiento de minorías; (iii) es patente que existen vulneraciones sistemáticas de derechos que afectan a grupos no minoritarios, verbigracia, a mujeres –que no son una minoría– y a pobres –no estoy seguro de que se los pueda considerar minoritarios en los Estados latinoamericanos–; (iv) no necesariamente existe una correlación entre minorías sociales y minorías en la representación política; (v) los umbrales determinados por las minorías relevantes para impedir una decisión no necesariamente son suficientes para proteger a minorías que pueden tener una expresión menor.

En fin, no corresponde aquí extenderse más allá de las breves reflexiones previas en la muy interesante discusión acerca de los procedimientos mejor justificados para la adopción de decisiones colectivas, con carácter general y en atención a determinados temas, más o menos representativos o con participación directa de la ciudadanía, más o menos deliberativos y de definición por mayorías simples o especiales. Lo que parece claro es que no debe pensarse el tema en términos de decisiones aisladas sino considerando una sucesión de decisiones en el tiempo, que los cortes deberían ser menos gruesos que los que se manejan y que caben mayores disquisiciones según el tipo de procedimiento y la materia objeto de decisión. Nótese que el argumento de Waldron del quiebre en la igualdad del poder de voto<sup>23</sup> es lo suficientemente fuerte como para exigir que la apelación a decisiones por mayorías especiales sea cuidadosamente justificada.

De momento, sin perjuicio de lo reseñado, a los efectos propuestos en este epígrafe y para concluir, basta con apuntar que la efectiva posibilidad de razonablemente promover una reforma permite calificar al constitucionalismo como débil –bajo el modelo antes denominado de “última palabra de un constituyente asequible”–. A su vez, la posibilidad de una revisión constitucional efectiva parece contribuir a instaurar un posible diálogo institucional en las fases previas y causar una actuación atenta a la moralidad imperante y, por tanto, prudente, de los jueces o tribunales constitucionales al delimitar derechos.

23 Waldron, J. *Derecho y desacuerdos*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005, 131.

### 3. CONTRIBUCIONES DEMOCRÁTICAS AL MODELO DE DECISIONES CONSTITUCIONALES DE ESPECIFICACIÓN DE DERECHOS. ALTERNATIVAS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DURANTE Y DESPUÉS DEL CONTROL JURISDICCIONAL

Se propone aquí, finalmente, presentar algunos aportes para realzar el aspecto democrático de las decisiones constitucionales sobre especificación de derechos abstractamente consignados en constituciones rígidas. Se intenta identificar y poner sobre la mesa un elenco de posibles instrumentos, más o menos osados, que entiendo pueden razonablemente considerarse y que merecen ser discutidos para una necesaria mejora del sistema en términos democráticos.

Para ello se partirá de las bondades de un modelo de constitucionalismo débil –en el que el control de constitucionalidad se conciba como una locución en un diálogo– y se realizará una división entre las medidas en la fase funcional, de aplicación o de control jurisdiccional de constitucionalidad de actos legislativos, y en la fase genética o de creación de actos constitucionales.

Reconozco que la distinción es cuestionable, pero es de todas formas útil a efectos de ordenar las ideas. Si se prefiere, puede también presentarse como criterio divisorio a la etapa de inserción de las contribuciones, realizándose un corte entre medidas de incremento de participación y deliberación política durante o después del control jurisdiccional de constitucionalidad de leyes en materia de derechos.

#### *3.1. Contribuciones democráticas en el diseño del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes*

Asumiendo las bondades de un constitucionalismo débil, como se anunció, se intentará proponer una versión concreta de diálogo –con especial destaque de la ciudadanía–, que supone al menos una instancia de reconsideración legislativa posterior a la sentencia de declaración de inconstitucionalidad de una ley y que puede devenir en un pronunciamiento constitucional de determinadas características deseables.

Sin perjuicio de ello, quedan de todas formas muchos aspectos sobre los que reflexionar en el marco del propio control jurisdiccional de constitucionalidad desde una perspectiva democrática o, si se prefiere, de enriquecimiento de la participación política en el ejercicio de la función jurisdiccional. En este apartado se propone meramente presentar introductoriamente algunos de ellos.

(i) *Amicus curiae*. Un primer instrumento disponible para incorporar voces relevantes en procesos de control de constitucionalidad de leyes que podrían afectar derechos –que en buena medida trascienden las pretensiones de las partes– es el denominado *amicus curiae*. Ello supone la participación de terceros interesados en el juicio, en la medida en que se discutan asuntos

políticos, morales, sociales y jurídicos complejos o de alto impacto en la comunidad.

Así, admitiendo dichas alegaciones se adicionan razones para una más completa consideración de la contienda por el tribunal, se enriquece el debate y, aunque sea moderadamente, se permite canalizar la posición de algunos interesados más en la decisión. Se contribuye a generar un incremento de calidad democrática, una resolución con más posibilidades de ser mejor justificada, y opera como una manera de contrarrestar las carencias que en tal sentido presenta el control jurisdiccional<sup>24</sup>.

De todas formas, a pesar de las ventajas referidas, vale apuntar que el instituto añade complejidad y puede enlentecer el proceso, lo que conspiraría contra la solución con celeridad del caso en cuestión y puede afectar desmedidamente a las partes litigantes apremiadas por una solución. Sin perjuicio de la posibilidad de remediar esa clase de inconvenientes a través de otros recursos, como la adopción de medidas provisionales, tiene sentido prever el *amicus curiae* en los casos difíciles o esencialmente controversiales sobre derechos, en los que se justifica especialmente la deliberación, para asegurar una exposición adecuada y bien articulada de los distintos puntos de vista relevantes.

(ii) *Audiencias públicas*. La segunda posibilidad refiere a la realización de audiencias públicas abiertas a interesados en manifestar opiniones –más allá de las partes–. Las audiencias deberían registrarse audiovisualmente para que las discusiones en ellas generadas puedan difundirse con facilidad y despertar interés ciudadano. También de esta forma se incrementa la deliberación, se posibilita la intervención de otros sujetos interesados en la decisión y se genera una amplificación en la comunidad de la contienda constitucional.

Lorenzetti distingue tres tipos de audiencias: las conciliatorias, las de organización o gerenciamiento del proceso y las de relevancia institucional<sup>25</sup>. Precisamente, son estas últimas las audiencias que aquí conciernen –aunque pueden coincidir con las segundas, en tanto no son excluyentes–. Es decir, interesan aquellas convocadas en casos de significativa trascendencia política, pues así son los casos difíciles de delimitación de derechos en el marco de cuestionamientos de la regularidad constitucional de una ley.

Nótese que el instrumento se asemeja bastante al previamente analizado –el *amicus curiae*–, solo que la participación en la especie se estructuraría en una comparecencia oral, eventualmente con intercambios de opiniones en el

24 Véase Bazán, V. *Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado Colombia. N.º 33, 2014, 28-29; Nino, C. S. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. 3.ª reimp. de la 1.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2005, 696.

25 Lorenzetti, R. *Las audiencias públicas y la Corte Suprema*. En Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ed. Kindle, posiciones 6473 y 6500.

momento y con posibilidades de alcanzar una mayor difusión por las bondades del formato. A su turno, tienen la desventaja de que las presentaciones orales privilegian exageradamente las virtudes retóricas, que son menos efectivas en el lenguaje escrito.

También en este caso existe el riesgo de afectar la celeridad de un proceso jurisdiccional. No necesariamente es así, pues en casos de intereses difusos o que afectan a muchos sujetos, en los que la legitimación es un punto discutible, las audiencias pueden ser útiles para “gerenciar” el procedimiento y así incluso abreviarlo, pero en otros casos efectivamente pueden conducir a demoras indeseables para los justiciables. Por las mismas razones que se indicaron previamente, la herramienta debería reservarse para los casos en verdad complejos, en los que efectivamente se disputan razonablemente posiciones morales sobre el alcance de derechos –al cuestionarse una ley–, en atención a la relevancia pública y ponderando el impacto que puede llegar a tener en la dilación del proceso.

(iii) *Deliberación en sesión pública y difundida de los magistrados*. La tercera alternativa refiere al diseño de instancias de deliberación oral y en sesión –en tiempo real–, pero en este caso de los propios magistrados de la corte o tribunal y no de partes o interesados. Preferentemente en más de una oportunidad, confiriendo amplia difusión al procedimiento y generando también en este caso registros audiovisuales de las discusiones y del proceso de formación de opinión del colectivo.

Debe tenerse presente que en la construcción de la voluntad de un órgano pluripersonal, como razonablemente lo son los que suelen ocuparse del control de constitucionalidad de las leyes, es posible que se generen discrepancias, que se cambie de opinión al considerar los argumentos presentados por otros magistrados, y que se busquen soluciones que idealmente conciten el consenso o, en su defecto, la adhesión de una mayoría. Publicar y hacer transparente la discusión contribuye a legitimar la actuación de los jueces y fuerza a que se desarrollen instancias de intercambio efectivo. Estas últimas no necesariamente ocurren, muchas veces se conforma la opinión mediante la adición de “votos” escritos sucesivos.

Podría objetarse que la apertura del proceso de decisión puede condicionar la actuación genuina de los magistrados intervinientes y que, ante una decisión tan relevante como la de inaplicar o extinguir un acto legislativo –según el sistema de que se trate–, evidenciar la existencia de disensos puede comprometer la legitimidad del órgano jurisdiccional y no al revés.

Entiendo que reparos como los indicados no son convincentes, pues no parece que suponga exigir demasiada presión que magistrados públicos de tal envergadura elaboren una defensa oral, articulada y en diálogo de sus concepciones e interpretaciones, demostrando apertura a las bondades de otras posiciones, luego de un tiempo de estudio y una meditación necesaria. Tampoco resulta convincente la posible afectación de la legitimidad

del tribunal ante la exposición de las discrepancias de sus miembros. La deliberación oral en sesión difundida no necesariamente conspira contra los posibles consensos, puede incluso favorecerlos. Además, en casos difíciles sobre especificación de derechos es ingenuo pensar que no pueden generarse diferentes posiciones, y es poco sincero ocultar cuando ello sucede. Por cierto, ellas se reflejan de todas formas en las sentencias en las que se formulan las correspondientes discordias de los jueces que, en minoría, no comparten el fallo. Insisto en que la publicidad aproxima la decisión jurisdiccional y sus fundamentos a la ciudadanía, lo cual debería legitimar al tribunal que delibera y argumenta seriamente. Eso es lo que se espera o debería esperarse de un órgano jurisdiccional pluripersonal que ejerce su función en nombre de la comunidad, máxime si se trata de asuntos de la jurisdicción constitucional que involucran la especificación de derechos.

(iv) *Jurados o escabinados*. Por último, el mecanismo más osado, pero no menos interesante para dotar de legitimidad al control de constitucionalidad de leyes cuestionadas por retacear derechos constitucionales, consiste en la integración de los órganos jurisdiccionales con competencia en la materia también con miembros legos, conformando así un jurado o escabinado.

Excede el objeto de este trabajo ingresar en las soluciones de detalle sobre la composición, el mecanismo de selección –sus características y sus impugnaciones–, la división o no de tareas con los jueces constitucionales profesionales, su procedencia o no en casos de derechos que afectan sectores relegados o si el sometimiento al jurado debe ser preceptivo u opcional –como sugiere Spector<sup>26</sup>–, pues el tema es lo suficientemente sugestivo y relevante como para dedicarle un tratamiento tangencial.

Para finalizar, simplemente apunto una observación que, en adición a las reflexiones antedichas, en gran medida me inclina a mirar con buenos ojos la propuesta. El manejo de casos de conflictos de derechos –sobre su delimitación en lo concreto– con alumnos de grado –de los primeros semestres de la carrera– me ha resultado sorprendentemente virtuoso e intuyo que un jurado o escabinado podría funcionar de forma semejante. Una vez presentadas las herramientas para ordenar el razonamiento y la fundamentación, proporcionando insumos sobre interpretación constitucional y legal, sobre la práctica constitucional pasada y sobre el principio de proporcionalidad y cada uno de sus pasos, reconducida la contienda en lo posible a una pura consideración moral –a un cuestionamiento sobre mínimos determinantes de dignidad humana–, lo cierto es que ningún ciudadano está en mejor posición que otro para resolver. Esto último parece difícil de objetar si se reconoce la

26 Spector, H. *Un sistema democrático de control constitucional*. En Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ed. Kindle, posición 3709.

naturaleza pronunciadamente moral de la disputa y si se parte de la autonomía personal y de la igualdad política de las personas.

### *3.2. Contribuciones democráticas en el diseño de un proceso de evaluación legislativa y eventual elaboración de actos constitucionales –en última instancia de decisión ciudadana– como respuesta*

La distinción formal entre actos jurídicos se explica ante un escenario de diversos procesos disponibles y diferencias materiales, de tal modo que se reconozca que para la elaboración de normas referentes a determinados asuntos se encuentra mejor justificado que se adopten procedimientos de ciertas características y no de otras. Precisamente sobre esa base es que se distingue entre Constitución y ley, pero puede que tal división, que es a muchos efectos útil, simplifique excesivamente las correlaciones posibles entre la identificación de materias y los procedimientos de decisión colectiva más convenientes para su tratamiento.

En esa línea, de exploración de las razones para acudir a diferentes mecanismos de decisión, conviene también realizar alguna sugerencia de ajuste a la concepción dualista de la democracia que presenta Ackerman<sup>27</sup>, que apunta en tal sentido a una división entre decisiones políticas ordinarias que corresponden a los gobernantes (*politicians*), y decisiones extraordinarias –bajo especiales condiciones– que corresponden al “pueblo” (*people*). Se distinguen así, en la historia de las comunidades, momentos de política ordinaria y más excepcionales momentos de política constitucional. Sin embargo, esa diferenciación, muy elocuente, no toma nota de los siguientes aspectos: (a) que no necesariamente es tan nítida la distinción entre las instancias que se plantean, (b) que las instituciones y los procedimientos pueden contribuir más o menos a generar instancias constitucionales, y (c) que puede merecer la pena desde una perspectiva democrática tomar medidas para aproximar gobernantes y “pueblo” o, si se prefiere, para mejorar los mecanismos de atribución de decisiones al “pueblo”, de manera que los momentos de participación ciudadana no sean tan excepcionales.

Durante los momentos de política ordinaria, la revisión jurisdiccional de las leyes opera en defensa de las decisiones extraordinarias –constitucionales–. Sin embargo, es interesante anotar que, a su vez, ello puede desencadenar un momento de política extraordinaria como solución final. Así, un control de constitucionalidad débilmente concebido contribuye para que en última instancia se pueda desenlazar una reforma a efectos de superar la discrepancia en el nivel de las ramas ordinarias del gobierno –entre legislador y jueces–

27 Ackerman, B. *We the People. Foundations*. Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

por una decisión análoga a la que se protege –constitucional–, dotada del mayor grado de legitimidad democrática en el sistema.

En la disyuntiva sobre la “última palabra” en la delimitación de derechos constitucionales, ante la identificación de un punto controvertido de alcance de una decisión de política extraordinaria –materialmente constitucional–, anclar la discusión en la visión de los tribunales y el legislador ordinario, actores de los momentos de política ordinaria, no parece tener demasiado sentido. Se trata de discusiones problemáticas sobre el alcance de la Constitución y es sensato que sea el constituyente, bajo alguna forma, el que tome la palabra. Nótese que no es ello otra cosa que una apelación a la interpretación auténtica.

Pronunciada la voz del legislador –mediante la expedición del acto legislativo cuestionado– y la de la justicia constitucional –al analizar la regularidad constitucional del referido acto–, se genera una discusión a la que cada uno de ellos aporta una visión que tiene ventajas y desventajas de posicionamiento, más o menos política, con mayor o menor información y consideración de situaciones puntuales.

El resultado del intercambio puede ser de alineación, ora por la vía de una interpretación jurisdiccional compatible de la ley en contraste con la Constitución, ora, en supuestos de declaración de inconstitucionalidad, por reconocerse la ilegitimidad por los legisladores, mediante derogación o modificación de la disposición legislativa –en los casos en los que la sentencia no supone extinción del acto– o bien mediante la inacción –en los sistemas en que sí la supone–.

Pero el resultado también puede ser de consolidación del enfrentamiento, ante una declaración de inconstitucionalidad de la ley y el mantenimiento del acto –en el caso de que la inconstitucionalidad suponga mera inaplicación– o incluso por la persistencia a través de la aprobación de otros actos similares por el legislador.

En fin, declarada la inconstitucionalidad de una ley, en principio existe una confrontación entre interpretaciones alternativas de la Constitución –en su concretización–, que puede o no zanjarse con las cartas de la sentencia a la vista, pero que merece el diseño de un mecanismo institucional adecuado para su consideración expresa.

La declaración de inconstitucionalidad puede efectivamente referir a la existencia de puntos ciegos de la legislación –que el análisis jurisdiccional de constitucionalidad puede poner de manifiesto–, a la desconsideración en la toma de decisiones de sectores potencialmente afectados –muy especialmente los minoritarios–, a la falta de deliberación –todo ello en la línea de control fundamentalmente procedimental y democrático propiciado por Ely–, o bien versar efectivamente sobre genuinas discrepancias políticas o morales en la especificación de derechos.

En cualquier caso, las carencias democráticas o procedimentales que puedan denunciarse, así como la diferencia de fondo sobre aspectos morales

o políticos, merecen la búsqueda de una solución que asegure un procedimiento más completo y deliberativo, de corrección de las fallas detectadas y de mayor legitimidad democrática para eventualmente decidir colectivamente sobre cuestiones morales.

Llegado este punto, se impone delinear una sugerencia de modelo, que podría denominarse de necesaria reconsideración o evaluación legislativa y contingente respuesta constitucional –con participación y decisión de la ciudadanía–, que en buena medida se encuentra alineada con la propuesta de “veto popular” formulada por Donnelly<sup>28</sup>.

Declarada la inconstitucionalidad de una ley con fundamento en derechos constitucionales, entiendo sugestiva una evaluación primaria y necesaria del tema en el seno del poder legislativo, a la luz de los aportes en clave de derechos emergentes en la etapa jurisdiccional. No parece justificarse una actitud de indiferencia ante una sentencia que declara que un acto suyo vulneró derechos constitucionales.

En dicha instancia, luego de una deliberación específica, con intervención de ciudadanos que representen potenciales afectados por la decisión, debería el legislador pronunciarse sobre la coincidencia con la interpretación de la Constitución y de la ley realizada por los jueces constitucionales, esto es, con los argumentos de la sentencia y, en definitiva, con la posición moral subyacente.

En función de ello, de compartirse lo resuelto, se debería resolver la derogación –en los sistemas en los que ello no sucede como efecto de la declaración–, la inacción –en los sistemas de declaración extintiva del acto– o, en los casos en los que resulte posible, la aprobación de una nueva ley ajustada en atención a la posición contenida en la sentencia.

En caso de que se mantenga una discrepancia con la sentencia de inconstitucionalidad sobre el alcance de derechos, no resulta institucionalmente equilibrado un esquema que confiera abiertamente al legislador la posibilidad de desconocer la posición determinada por los jueces constitucionales mediante la expedición de una ley idéntica a la declarada inconstitucional. Ello supone un discernimiento delicado y de apreciación dificultosa entre el desprecio por la demarcación de un límite jurídico que es bueno que los gobernantes asuman –de eso se trata el constitucionalismo– y la discrepancia genuina sobre el alcance de derechos. Es cierto que las respuestas legislativas pueden, en atención a un ordenamiento jurídico determinado y bajo ciertas circunstancias, resultar legítimas y propiciar un diálogo, pero también lo es que en otras circunstancias pueden perpetuar y extremar el enfrentamiento, generando dilaciones, y que no es frecuente que un órgano jurisdiccional con una misma integración revierta posiciones sentadas en sentencias, máxime

28 Donnelly, T. *Making Popular Constitutionalism Work*. En *Wisconsin Law Review*. Vol. 2012, n.º 1, 159-194.

si se trata de fallos recientes. En fin, pueden destacarse ciertas bondades de la respuesta legislativa en ciertos casos, pero no parece ser la solución más adecuada en términos normativos generales.

De conformidad con lo adelantado, ante la consolidación explícita de una disputa sobre derechos entre juez constitucional y legislador, entiendo mejor justificado optar por la promoción de un procedimiento diferente. En definitiva, apelar a un mecanismo de reforma –de actuación constitucional–, con instancias formales y necesarias de deliberación y apertura a la participación, a través de debates y asambleas de ciudadanos con suficiente difusión mediática, y con resolución mediante decisión directa y mayoritaria de la ciudadanía a través de un referéndum o plebiscito –según la terminología de la Constitución uruguaya– para zanjar la contienda. Las medidas previas a la decisión, que vienen de mencionarse, podrán ser más o menos necesarias en consideración de la existencia o no de otras alternativas de deliberación adecuada y de participación política en las etapas previas, concretamente en las decisiones parlamentarias y jurisdiccionales, y deben considerarse sin perjuicio de los posicionamientos y las campañas de los partidos políticos y de otros interesados por su propia iniciativa.

La fortaleza democrática del esquema presentado no radica meramente en la participación ciudadana directa, pues puede sostenerse con razón que los referéndums no necesariamente suponen mayor calidad democrática y que no se asegura una deliberación adecuada en tales casos. La bondad de la propuesta radica principalmente en el diálogo institucional previo, por órganos legislativos representativos –en dos momentos– y jurisdiccionales, seguida de instancias de amplificación del debate y con el pronunciamiento ciudadano como última etapa. Precedido de las instancias referidas, efectivamente la decisión ciudadana deviene particularmente valiosa.

Aunque importa más la configuración del procedimiento de decisión y sus virtudes que su posible rotulación, cabe destacar que el mecanismo sugerido de decisión colectiva sobre especificación de derechos abstractos merece ser considerado constitucional, por la materia y por la intensidad democrática en la forma. De todas maneras, las modificaciones realizadas por esta vía, como se anunció, deberían ser temporalmente acotadas e instrumentarse mediante disposiciones transitorias, con una vigencia de unos cinco o diez años, pues en el mencionado contexto de pluralismo razonable sobre el alcance de los derechos no es atinado sentar soluciones de detalle –de especificación– con vocación de estabilidad en la Constitución.

Por último, insisto en un punto que fue apenas esbozado y entiendo importante considerar a estos efectos: el problema de los derechos, las decisiones mayoritarias y los sectores persistentemente desconsiderados –muchas veces minoritarios–. No debe perderse de vista que no todos los casos de delimitación o concretización de derechos considerados a efectos de ejercer el control de constitucionalidad de una ley suponen afectación de sectores o

minorías sojuzgadas. De su existencia se sigue que tiene sentido diferenciar esos casos y conferirles un tratamiento especial, desde luego, pero no parece adecuado estructurar un sistema entero y sin salvedades a su servicio, pues de esa manera se pierde desproporcionadamente en términos democráticos.

Spector notablemente destaca que las disputas sobre derechos pueden referir a un problema de principal-agente –de desajustes de representación– y no solo a un problema de mayorías-minorías. Es más, deben también considerarse otras posibles causas de problemas sobre el alcance de derechos, que se han mencionado previamente en este trabajo, que no son necesariamente discrepancias sino el resultado de desconsideraciones o imprevisiones. Las generadas por la “sorprendente realidad”, por tratarse de puntos que el legislador no pudo considerar o no consideró por falta de información, por desatención, por cambios ligados al transcurso del tiempo o por la reducción de la complejidad que inevitablemente supone legislar con generalidad.

En fin, efectivamente debería distinguirse la forma de resolver problemas de inconstitucionalidad que refieren a derechos de minorías relegadas o sostenidamente desconsideradas en los procesos políticos. En tales supuestos la solución debería ser diferente a la que viene de sugerirse. Una solución atendible sería que los jueces constitucionales declaren que se trata de un caso de derechos de sectores relegados e inhibirse así la respuesta constitucional aquí sugerida –en última instancia mayoritaria–. De admitirse esta última, bajo otra alternativa posible, cabría prever alguna forma de potenciación de su voz en el procedimiento. Una solución semejante debería adoptarse también en otros casos, verbigracia, en aquellos que entrañan disputas sobre el alcance de derechos políticos, especialmente los de impacto electoral más inmediato, que suelen generar visiones pronunciadamente facciosas en el marco de la carrera por el poder.

#### RECAPITULACIÓN

1. La conformación de un modelo dualista de decisiones colectivas atribuibles a la comunidad, constitucionales y legales, se encuentra adecuadamente justificada en el reconocimiento de la existencia de materias o temas que exigen diferentes tratamientos procedimentales. También en la distinción entre cuestiones extraordinarias y ordinarias, en la idea de limitación de los poderes públicos ordinarios –especialmente de aquellos en los que tiende a prevalecer la lógica del *pacta subjectionis*– y en la concepción de derechos como mínimos determinantes de dignidad abstractamente consensuados. Ellos constituyen en buena medida precondiciones de la democracia y merecen alguna clase de protección o consideración especial, pese a las discrepancias que puedan generarse sobre su alcance.

La división entre formas de instrumentar decisiones colectivas a las que se les atribuye diferente valor y fuerza, desde una posición de compromiso con

la democracia, debería basarse en una correlación con la calidad democrática del procedimiento involucrado, de tal forma que se atribuya mayor valor a las decisiones adoptadas bajo el procedimiento que se considere mejor en términos democráticos. Es decir, las decisiones que devienen en actos constitucionales deberían ser aquellas adoptadas bajo los procedimientos que se consideren más intensamente atribuidos a la comunidad.

Asimismo, para que un mecanismo pueda considerarse verdaderamente democrático es necesario que sea razonablemente asequible. Una dosis de estabilidad ligada a las mayores exigencias democráticas puede tener sentido, pero si la movilización del procedimiento de reforma no es lo suficientemente accesible, entonces difícilmente puede considerárselo genuinamente democrático.

2. A su turno, el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes se encuentra debidamente justificado, aun en casos controversiales sobre derechos, en tanto la perspectiva de un tribunal y las particularidades de los casos aportan elementos de consideración necesaria. Es sensato reconocer como una tarea diferenciable la de dar soluciones a conflictos puntuales –la función jurisdiccional–, que incorpora el punto de vista de un sujeto efectivamente afectado y tiene en cuenta aspectos que pudieron por alguna razón desconsiderarse por el legislador. Por su vocación de generalidad, por error, por defectos de representación, por incidencia del interés en la carrera por el poder o por cambios en el tiempo, entre otras posibles razones.

3. Las objeciones democráticas a la rigidez constitucional y al control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes no resultan de entidad suficiente para descartar el modelo de supremacía constitucional formal, pero conducen inevitablemente a pensar seriamente en ajustes en materia de decisiones de especificación de derechos. Imponen revitalizar la democracia y, según concibo, incentivar instancias de diálogo institucional y privilegiar la voz de la ciudadanía en el diseño de las dos variables determinantes, vale insistir, en los procesos de decisión propiamente constitucional y en la configuración misma de la justicia constitucional.

En relación con este punto debe tenerse presente que no todo conflicto de derechos constitucionales supone afectación de minorías o sectores relegados –que pueden llegar a justificar en ciertos casos instrumentos de protección especiales– y que la confección del sistema en su conjunto con una fuerte impronta contra-mayoritaria, sin realizar disquisiciones, supone un sacrificio desmedido en términos democráticos.

4. En tal sentido, los modelos denominados de constitucionalismo débil, que conciben el control de regularidad constitucional de las leyes como una locución en un diálogo y que admiten alguna forma democrática de reconsideración de la disputa moral o política subyacente a un caso sobre derechos, se encuentran mejor justificados que los modelos más difundidos. El desafío debe redirigirse a la interrogante sobre su mejor expresión. Los

sistemas existentes de la versión referida de constitucionalismo son los de respuesta o “última palabra” legislativa frente a la decisión jurisdiccional de inconstitucionalidad de las leyes –el modelo canadiense– o de respuesta o última palabra constitucional bajo procedimientos de promoción e instrumentación asequible –como el modelo sueco o el uruguayo–. Estos modelos pueden articularse y en algunos casos efectivamente han operado en el sentido indicado, de propiciar un diálogo, pero no parecen responder a un diseño que deliberadamente asuma la existencia de discrepancias.

5. Se sugiere ante todo concebir un mecanismo de decisión colectiva que expresamente tome nota de la contienda constitucional entablada. Así, se propone un mecanismo de reconsideración legislativa y de eventual solución constitucional como respuesta, ante una declaración de inconstitucionalidad de la ley por contravenir disposiciones abstractas sobre derechos.

En efecto, luego de la deliberación legislativa –en la etapa de elaboración de la ley en cuestión–, de la discusión jurisdiccional que declara la inconstitucionalidad del acto legislativo –con los aportes que pueden adicionarse en dicha instancia–, se sugiere una necesaria reconsideración legislativa, con apertura necesaria a la participación de ciudadanos interesados. Ora para dar por buena la apreciación jurisdiccional en función del valor agregado desde esa perspectiva, ora para exponer la persistencia de una discrepancia moral genuina sobre el alcance de un derecho y promover en consecuencia un procedimiento especial, con instancias de deliberación, publicidad, participación y pronunciamiento directo de la ciudadanía.

El procedimiento merece ser considerado constitucional, por la materia y por la intensidad democrática en la forma. De todas maneras, deben considerarse las siguientes particularidades: (a) Las modificaciones realizadas por esta vía deberían ser temporalmente acotadas e instrumentarse mediante disposiciones transitorias con una vigencia de cinco o diez años. El denunciado contexto de pluralismo razonable no aconseja soluciones de detalle o formulaciones específicas sobre derechos con la misma vocación de estabilidad en la Constitución que las disposiciones abstractas, aun cuando su reforma sea relativamente accesible. (b) El procedimiento debería ser diferente en casos de afectación de derechos de minorías o sectores relegados. Quizás en esos casos convenga considerar concluida la disputa en la instancia del control jurisdiccional o potenciar la voz de aquellos en caso de desarrollo de un proceso de decisión colectiva como respuesta. En fin, sobre esto último reconozco que es necesaria una mayor reflexión.

6. Por último, también hay buen margen para contribuir democráticamente en el propio esquema de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, en aquellos casos que requieren un pronunciamiento sobre la especificación de derechos. En tal sentido, tratándose de asuntos que trascienden el mero interés de las partes, la receptividad del *amicus curiae*, la celebración de audiencias públicas con interesados en la contienda moral generada, la

deliberación en sesión de los magistrados –con registro audiovisual y difusión mediática de sus posiciones y argumentaciones sobre derechos– y la integración de los órganos jurisdiccionales especializados con ciudadanos, conformando así jurados o escabinados constitucionales, efectivamente son alternativas de optimización democrática sugestivas.

La última de las medidas referidas requiere de un análisis más detenido, pues para determinar su conveniencia es necesario calibrar y pronunciarse sobre muchos aspectos complejos, como la eventual composición de los escabinados, la designación de sus miembros, el relacionamiento y la distribución de funciones con los magistrados y su carácter preceptivo o facultativo, entre otros. A su vez, en tanto se trata de una propuesta de cierta audacia, de pretender instaurarse, parece especialmente aconsejable previamente realizar alguna clase de experiencia piloto que permita apreciar y comparar su funcionamiento y sus resultados.

#### REFERENCIAS

- Ackerman, B. *We the People. Foundations*. Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- Arzoz Santisteban, X. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Bayón, J.C. *Derechos, democracia y Constitución*. En Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009.
- Bazán, V. *Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado Colombia. N.º 33, 2014.
- Bello Hutt, D. *Deliberative, Republican, and Egalitarian Institutional Alternatives for Popular Constitutionalism*. En *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 48, 2021.
- Bickel, A. M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven-London: Yale University Press, 1986.
- De Lora, P. *La posibilidad del constitucional thayerano*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 23, 2000, 49-75. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc571q8>
- Donnelly, T. *Making Popular Constitutionalism Work*. En *Wisconsin Law Review*. Vol. 2012, n.º 1, 159-194. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1962580>
- Dworkin, R. *El foro de los principios*. En Dworkin, R., *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Barcelona, Planeta-De Agostini, 1993.

- Ely, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge-London: Harvard University Press, 1980.
- Ferrajoli, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.
- Ferreres Comella, V. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Ferreres Comella, V. *Una defensa de la rigidez constitucional*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 23, 2000, 29-47. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc902g2>
- Gamarra, D. *La interpretación de la Constitución y la ley. Jueces, derechos y democracia*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2018.
- Gargarella, R. *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2020, ed. Kindle.
- Gargarella, R. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Garzón Valdés, E. *Representación y democracia*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 6, 1989, 143-163. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmclz4h4>
- Guastini, R. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Hesse, K. *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Hogg, P. W. y Bushell, A. A. *El diálogo de la Carta entre los tribunales y la legislatura*. En Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ed. Kindle.
- Laporta, F. *El ámbito de la Constitución*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 2001, 459-484. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbg312>
- Lorenzetti, R. *Las audiencias públicas y la Corte Suprema*. En Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ed. Kindle.
- Marcilla Córdoba, G. *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- Melero de la Torre, M. C. *Constitucionalismo débil*. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 13, 2017, 198-210. DOI: 10.20318/eunomia.2017.3814.
- Moreno Rodríguez Alcalá, D. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Niembro Ortega, R. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

- Niembro Ortega, R. *Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 95, 2012.
- Nino, C. S. *Fundamentos de Derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*. 3.ª reimp. de la 1.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2005.
- Nino, C. S. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Rubio Llorente, F. *Rigidez y apertura en la Constitución*. En Rubio Llorente, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Vol. 1. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Spector, H. *Un sistema democrático de control constitucional*. En Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ed. Kindle.
- Thayer, J. B. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. En *Harvard Law Review*. VII, 3, 1893, 129-156. DOI: 10.2307/1322284, <https://www.jstor.org/stable/1322284>
- Tushnet, M. *Revisión judicial dialógica*. En Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ed. Kindle.
- Waldron, J. *Derecho y desacuerdos*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- Zagrebel'sky, G. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta, 2008.