

*Gobernar con los jueces*  
*La política constitucional en Europa*



ALEC STONE SWEET

GOBERNAR  
CON LOS JUECES  
LA POLÍTICA CONSTITUCIONAL  
EN EUROPA

TRADUCCIÓN:

LUCAS E. MISSERI  
ISABEL LIFANTE VIDAL

PALESTRA EDITORES  
LIMA - 2024

*Palestra*  
**Extramuros**

**CONSEJO EDITORIAL**

Owen Fiss  
Gustavo Zagrebelsky  
Robert Alexy  
Manuel Atienza  
José Juan Moreso

**DIRECTOR**

Pedro P. Grández Castro

GOBERNAR CON LOS JUECES  
*La política constitucional en Europa*  
ALEC STONE SWEET

*Palestra Editores: primera edición, febrero de 2024*

**Traducción de la obra original:** Alec Stone Sweet. GOVERNING WITH JUDGES:  
Constitutional Politics in Europe. Inglaterra: Editorial: Oxford Univerty, 2000.

© Alec Stone Sweet

© 2024. Palestra Editores S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú  
Telf. (511) 637-8902 / 637-8903  
palestra@palestraeditores.com  
www.palestraeditores.com

© De la traducción: Lucas E. Misseri  
Isabel Lifante Vidal

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:  
Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pj. María Auxiliadora N° 156, Breña  
Febrero de 2024

DIAGRAMACIÓN:  
Gabriela Zababurú Gamarra

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

*Para Louis, Martin e Yves,  
con gratitud*



## ÍNDICE

---

NOTA DE LOS TRADUCTORES.....	13
<i>Lucas E. Misseri</i>	
<i>Isabel Lifante Vidal</i>	
PREFACIO .....	15
AGRADECIMIENTOS .....	17
I. NORMAS, RESOLUCIÓN DE DISPUTAS Y JUDICIALIZACIÓN.....	19
1. Introducción .....	20
2. Reglas, resolución de disputas, comportamiento estratégico .....	22
2.1. Normas, intereses, poder.....	25
2.2. Normas y cooperación .....	29
2.3. Derecho.....	33
2.4. Normas y resolución de disputas.....	35
3. La construcción del poder judicial.....	36
3.1. Etapa 1: De la estructura normativa al contrato diádico .....	38

3.2. Etapa 2: De la díada a la tríada .....	38
3.3. Etapa 3: La crisis de la legitimidad triádica .....	40
3.4. Etapa 4: Creación triádica de normas .....	42
3.5. Etapa 1 (de nuevo): (Re)construyendo la díada .....	43
4. Constitucionalismo y política .....	46
4.1. Control de constitucionalidad.....	48
4.2. Política constitucional .....	48
5. Entender la política constitucional.....	49
5.1. La política constitucional como política de contratación y delegación.....	49
5.2. La política constitucional como política legislativa.....	53
5.3. La política constitucional como toma de decisiones judiciales.....	54
5.4. Conceptualizar la autonomía normativa jurídica .....	55
6. La política constitucional en Europa Occidental.....	60
II. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA PARLAMENTARIA .....	61
1. El modelo europeo de control de constitucionalidad.....	62
1.1. El modelo europeo frente al modelo estadounidense .....	62
1.2. El tribunal constitucional kelseniano.....	65
1.3. El nuevo constitucionalismo .....	70
2. El contrato constitucional .....	71
2.1. Negociaciones constitucionales .....	72
2.2. Tribunales constitucionales.....	80
3. Gobierno parlamentario y control de constitucionalidad.....	91
3.1. La política constitucional y los legisladores .....	91
3.2. La política constitucional y el poder judicial.....	100
3.3. Problemas principal-agente.....	102
4. Conclusión .....	105

III. LEGISLACIÓN .....	107
1. Los tribunales constitucionales como cámaras legislativas especializadas.....	108
1.1. El impacto formal de las decisiones constitucionales en los resultados legislativos .....	110
1.2. Anulaciones .....	115
1.3. Anulaciones parciales .....	121
1.4. Interpretaciones vinculantes y vigilancia constitucional .....	122
2. Los legisladores como jueces constitucionales .....	124
2.1. Deliberaciones constitucionales y proceso legislativo .....	125
2.2. “Autolimitación” .....	128
2.3. Alemania: codeterminación industrial (1972-1979) .....	133
2.4. Francia: en busca del pluralismo mediático (1983-1986) .....	135
2.5. Revisión correctiva .....	139
3. Cuestiones principal-agente.....	146
4. Conclusión .....	149
IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS .....	151
1. Derechos, jerarquías normativas y toma de decisiones constitucionales.....	152
1.1. El efecto directo de los derechos constitucionales.....	153
1.2. Las jerarquías normativas.....	155
1.3. Toma de decisiones constitucionales.....	156
1.4. Derechos constitucionales y toma de decisiones .....	157
1.5. La ponderación.....	159
1.6. Derechos no escritos.....	161
2. El parlamento y la jurisdicción constitucional.....	166
2.1. La legislación como toma de decisiones constitucional .....	167
2.2. La legislación parlamentaria y los derechos .....	170
2.3. Francia: cuotas electorales y acción afirmativa (1982) .....	171

2.4. La ponderación (otra vez).....	172
2.5. Revisión correctiva .....	181
3. El poder judicial y la jurisdicción constitucional.....	183
3.1. La constitucionalización del Derecho en Alemania, Italia y España.....	186
3.2. Francia: ¿constitucionalización sin revisión en apelación?.....	195
4. Conclusión .....	199
V. LA POLÍTICA DE JUZGAR .....	201
1. Las doctrinas de la jurisdicción, legislación y separación de poderes.....	202
1.1. El desafío del nuevo constitucionalismo .....	205
2. El modelo kelseniano .....	210
2.1. Las cuatro “funciones” del control de constitucionalidad .....	216
3. Política constitucional y legitimidad .....	218
3.1. El litigio.....	220
3.2. El enjuiciamiento .....	222
3.3. Actividad doctrinal .....	229
3.4. Resumen: la construcción del Derecho constitucional .....	232
4. Conclusión .....	234
VI. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN SUPRANACIONAL .....	239
1. La integración europea y la gobernanza supranacional .....	240
1.1. Las instituciones de gobierno.....	242
1.2. Cuestiones teóricas .....	246
2. La constitucionalización de la Comunidad Europea.....	249
2.1. La constitucionalización de los tratados .....	250
2.2. El Tribunal Europeo y los tribunales nacionales.....	254

3.	La política constitucional de la supremacía .....	258
3.1.	La supremacía y el problema del control de constitucionalidad .....	259
3.2.	La supremacía y el problema de los derechos fundamentales.....	265
3.3.	La supremacía y los límites constitucionales a la integración .....	270
3.4.	Resumen .....	275
4.	La política constitucional como política legislativa.....	276
4.1.	El Tribunal Europeo de Justicia y la integración negativa.....	276
4.2.	El Tribunal Europeo de Justicia y la integración positiva .....	282
4.3.	Cuestiones Principal-Agente .....	292
5.	Conclusión .....	297
VII. TEORÍA DE LA POLÍTICA CONSTITUCIONAL .....		299
1.	La judicialización de la creación de normas .....	300
1.1.	Paso 1: La Constitución y los legisladores.....	302
1.2.	Paso 2: Politización: el paso al control de constitucionalidad .....	304
1.3.	Paso 3: La crisis de legitimidad.....	307
1.4.	Paso 4: La toma de decisiones y la creación de Derecho constitucionales .....	308
1.5.	Paso 1 (otra vez): la judicialización de la formulación de políticas .....	310
2.	La toma de decisiones constitucional y la gobernanza.....	312
BIBLIOGRAFÍA .....		315



## NOTA DE LOS TRADUCTORES

---

*Lucas E. Misseri*  
*Isabel Lifante Vidal*

Toda traducción siempre supone interpretación y un cierto margen de discrecionalidad en la elección de las palabras del idioma de llegada en relación con el de partida, en este caso el castellano y el inglés respectivamente. Los criterios que hemos mantenido como guía en esta traducción se han apoyado en tres principios: fidelidad al original, naturalidad en el idioma de llegada y uniformidad en la elección de términos. Aunque, por supuesto, no siempre ha sido posible satisfacer al mismo tiempo los tres principios.

El primero de estos principios, el de fidelidad, es quizás el que debe primar en caso de conflicto con los otros. Sin embargo, es también el más complejo, puesto que no siempre se puede ser fiel a todos los matices de un idioma de partida. Así, por ejemplo, Stone Sweet titula su libro *Governing with judges* y al traducirlo como *Gobernar con los jueces* hemos procurado ser fieles a la idea general de la obra. No obstante, hay un matiz que se pierde y que seguramente haya estado presente en la elección del autor estadounidense, cuya tesis doctoral en ciencias políticas en 1990 versó sobre la política judicial francesa y la

creación del Consejo Constitucional en ese país. En francés la expresión *gouvernement des juges* (literalmente, “gobierno de los jueces”) es el término que se emplea para lo que en castellano suele llamarse “activismo judicial”. Claramente Stone juega en el título con ese sentido.

Quizás las expresiones que más nos ha costado traducir han sido *constitutional rule-making* y *constitutional law-making*. En inglés esas expresiones presentan una ambigüedad que es difícil de replicar en castellano: el carácter “constitucional” de la actividad de creación de Derecho se puede referir o bien al sujeto que la lleva a cabo (los tribunales constitucionales), o bien al resultado de la actividad (el Derecho o las normas creadas), o bien incluso a ambos al mismo tiempo. El segundo parece ser el sentido en el que el autor utiliza la expresión en la mayoría de las ocasiones; por ello, y dado que no encontramos en castellano una expresión que sonara natural y que replicara esta ambigüedad, hemos optado por traducirla como “creación de Derecho por los jueces constitucionales”.

Finalmente, con respecto al uso de términos técnicos del ámbito jurídico, siempre que se pudo se mantuvo la misma traducción para la misma palabra; así, por ejemplo, siguiendo la recomendación de la RAE se ha traducido siempre *court* por “tribunal”, aunque en el caso de Estados Unidos o de Italia a veces se emplee en castellano “corte”. En otros casos, mantener un uso uniforme resultaba, sin embargo, demasiado contrario al uso del lenguaje jurídico castellano y así, por ejemplo, *decisions* fue en ocasiones traducido como “decisiones” y otras como “sentencias”, mientras que tanto *referrals* como *petitions* o *complaints* fue traducido en la mayoría de las ocasiones con el término castellano “recursos”.

Por último, queremos agradecer a Manuel Atienza su atenta y generosa lectura a una versión previa de esta traducción. Sus innumerables observaciones y comentarios la han mejorado notablemente; aunque, por supuesto, los errores que puedan persistir son todos de nuestra responsabilidad.

Alicante, diciembre de 2023

## PREFACIO

---

En este libro me propuse explicar ciertas transformaciones profundas en la gobernanza que han resultado del establecimiento de constituciones directamente aplicables en Europa. En un nivel más abstracto, el libro trata sobre las fuentes y consecuencias de la construcción del poder judicial, que veo como sintomático de procesos sociales aún más generales. Lo que es más importante, la resolución de disputas por parte de terceros y la elaboración de normas constituyen un mecanismo, a menudo privilegiado, para adaptar los sistemas de normas a las necesidades y propósitos de quienes viven bajo ellos. He trazado conexiones entre mis preocupaciones y las preocupaciones del Derecho público y la ciencia política comparada. Pero el propósito más amplio del libro es demostrar por qué la resolución de disputas y la elaboración de normas judiciales son a menudo básicas para la “política dentro de las instituciones” y para procesos más generales de institucionalización y de cambio político.

Con el fuerte apoyo de mis editores, he mantenido este libro breve. Aunque el texto es ahora más largo de lo que originalmente habíamos planeado, sigue estando incompleto (y, en mi opinión, siendo inadecuado) en al menos tres aspectos importantes. Primero, no existe una discusión sostenida sobre el federalismo, que siempre ha sido central en la política constitucional de Alemania, y lo es, cada vez más, en España. Pongo mucha más atención en la jurisdicción de los derechos constitucionales. En segundo lugar, relego el Convenio Europeo de Derechos Humanos a una oración y una nota a pie de página, a pesar del creciente impacto del Convenio en el trabajo del poder judicial. Aunque los científicos sociales han escrito varios libros sobre los tribunales constitucionales europeos en los últimos años, es lamentable que ninguno de ellos examine la Convención con seriedad. En mi caso, una discusión superficial sobre el régimen (que, con referencia al funcionamiento de los poderes judiciales nacionales, plantea un conjunto de cuestiones enormemente complejas) fue imposible dadas las limitaciones de espacio. En tercer lugar, no elaboro una teoría de la interpretación constitucional, aunque los ingredientes de tal teoría están implícitos. Por el contrario, normalmente infiero, a partir de patrones revelados a medida que se acumula la jurisprudencia, qué hacen los jueces constitucionales al resolver disputas constitucionales, dada la teoría de la política constitucional que subyace a mi enfoque.

Mis editores también querían un libro que fuera erudito y apropiado para su uso en las aulas en los niveles avanzados de pregrado y posgrado. Al escribir el texto, asumí que el lector promedio no tendría ningún conocimiento previo especial sobre leyes, juicios o constituciones. Sé, sin embargo, que a veces se ha condensado demasiado en muy poco espacio.