

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 Zabarburú 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.