

CAPÍTULO III

¿SON LEGÍTIMAS LAS CONSTITUCIONES?

Andrei MARMOR*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El paquete constitucional*. III. *Las preocupaciones morales*. IV. *Los principales argumentos*. V. *Algunas conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El liberalismo pudo no haber obtenido la victoria global que algunos comentaristas pronosticaron, pero el constitucionalismo ciertamente sí la obtuvo. La gran mayoría de los países en el mundo, democráticos y no democráticos por igual, tienen constituciones escritas que están diseñadas para atrincherar la estructura jurídica básica de su régimen. La mayoría de las constituciones también enumeran una lista de derechos y principios generales que pretenden tener un rango superior al de las leyes ordinarias, y la mayoría de los países confía la interpretación de sus constituciones a una corte judicial. No intentaré especular aquí acerca de por qué ocurre ello. Mi objetivo es poner en escrutinio la idea de constitucionalismo desde el punto de vista moral, sosteniendo que el constitucionalismo no merece tanta celebración como la que ha generado.

* Agradezco a Scott Altman, Marshal Cohen, Chaim Gans, Arol Harel y Wil Waluchow por sus útiles comentarios a los primeros borradores. Este texto fue originalmente publicado como "Are Constitutions Legitimate?" en *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 20, 2007, pp. 69-94. Agradecemos los permisos garantizados por Andrei Marmor y The Canadian Journal of Law and Jurisprudence (University of Windsor). Una versión fue publicada en *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*, Lima, Ara, 2011. Se reimprime y corrige substancialmente con la aquiescencia de Ara Editores y Santiago Ortega. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora y Juan Gabriel Acosta Castro.

El argumento procede de la siguiente forma: después de un resumen preliminar de las principales características del constitucionalismo, presentaré lo que considero son las principales preocupaciones morales sobre su legitimidad. Consideraré entonces varios argumentos que han sido ofrecidos como respuesta a estas preocupaciones, y sostendré que ninguno de ellos es capaz de responder al desafío. Concluiré con unas pocas palabras sobre las implicaciones morales de este fracaso y algunas sugerencias para la reforma¹

II. EL PAQUETE CONSTITUCIONAL

El constitucionalismo viene en distintos paquetes, que varían según una importante dimensión que llamare “robustez”. Los principales elementos de la robustez están compuestos por el grado de “rigidez” de la constitución, el poder relativo de las cortes para determinar el contenido de la Constitución, y su poder de prevalecer sobre el órgano legislativo democrático. Explicaré todo esto en un momento. Primero, una precaución terminológica

La palabra “Constitución” es ambigua. Cuando hablamos de la Constitución de un ordenamiento jurídico, o su Derecho constitucional, podemos referirnos a la estructura básica del sistema jurídico en cuestión. Todo sistema jurídico, como tal, debe tener algunas reglas o convenciones que determinan quién hace el derecho y cómo, quién lo interpreta y lo aplica en casos particulares, cuáles son los principales órganos de gobierno y cuál es su autoridad, y otros. En este sentido de “Constitución”, todos y cada uno de los sistemas jurídicos, como tales, tienen necesariamente una constitución. La mayoría de los países, sin embargo, tienen más que esto: ellos poseen una constitución escrita, es decir, un documento (o, en ocasiones, un número limitado de documentos) que contienen la formulación canónica de la constitución del país. En teoría, la existencia de un documento que se llame “La Constitución” no debería necesariamente marcar la diferencia. Sin embargo, en la práctica, generalmente lo hace. La razón esencial de las

¹ Permítaseme una nota de disculpa en la bibliografía: la literatura sobre la crítica al constitucionalismo es vasta, particularmente en los Estados Unidos. Docenas de libros y cientos de artículos se refieren a muchos (si no a todos) de los problemas que discuto aquí. No podría hacer justicia a toda esta literatura, y estoy seguro de que la mayoría de los argumentos que planteo han sido mencionados por alguien más en otro lugar. Mi propósito aquí es presentar de forma sistemática, pero no enciclopédica, el debate sobre la legitimidad moral del constitucionalismo. He tratado de incorporar las referencias pertinentes, pero las notas no pretenden ser exhaustivas.

constituciones escritas es remover determinadas decisiones político-morales de la labor ordinaria de la creación del derecho. En los regímenes democráticos -y para el resto de este capítulo, me limitare a una discusión del constitucionalismo en las democracias²- el objetivo esencial de las constituciones escritas, acompañadas del poder de control de constitucionalidad, es remover ciertas decisiones de los procesos ordinarios democráticos de toma de decisiones, básicamente, para protegerlos del control de la mayoría³. Para ser claro, esta no es una característica necesaria de las constituciones escritas. En la práctica, sin embargo, hasta cierto punto, casi todas ellas tienen esta característica esencial. Así, en lo sucesivo, voy a referirme a la idea de Constitución, o constitucionalismo, en este segundo sentido

Hay seis rasgos principales de las constituciones que son característicos y moralmente relevantes. Permítaseme enumerarlos brevemente.

(i) Supremacía normativa. Las constituciones pretenden establecer y regular la estructura básica del sistema jurídico, y así son consideradas normativamente superiores a todas las otras formas de legislación. La constitución, como se dice, es el Derecho supremo del país⁴. Generalmente se asume que a menos que las disposiciones constitucionales prevalezcan sobre la legislación ordinaria, no tendría sentido tener un documento constitucional en absoluto. Asumiré por tanto que esto es una característica de las constituciones escritas.

(ii) Control de constitucionalidad. Para implementar la supremacía de la Constitución, los sistemas jurídicos típicamente conceden la aplicación e interpretación del documento constitucional en las manos del poder judicial. Algunas constituciones establecen una corte especial para tal propósito, otras lo dejan en las manos del sistema de cortes ordinario⁵. El aspecto

² Me limitaré a las constituciones de países y no de los estados sub-federales o regiones. Estos generan problemas político-morales muy diferentes.

³ La principal razón de por qué la existencia de una constitución crea tal diferencia consiste en el hecho de que sin tal documento canónico, las cortes encontrarían muy difícil ejercitar su poder de control de constitucionalidad. De forma típica, este poder es concedido por el documento constitucional. Pero incluso si no lo fuera, el documento hace mucho más fácil para las cortes mantener al órgano legislativo bajo su poder de control.

⁴ La supremacía normativa de la constitución no debe ser confundida con la idea de que todo el derecho deriva su validez jurídica de la constitución. Esta última tesis, propuesta en su versión más famosa por Hans Kelsen, es probablemente falsa en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Véase Hans Kelsen. *Introduction to the Problems of Legal Theory*, S. Paulson y B.L. Paulson (Traductores), Oxford, Oxford University Press, 2002, sección 31.

⁵ Por lo general, esto significa, *de facto*, que la corte más alta de apelaciones del país es básicamente la corte constitucional. Que esto ocurra, y en qué medida, depende principalmente de cuán fácil sea que los casos constitucionales lleguen a la corte más alta del país.

esencial aquí es, sin embargo, que el poder judicial es quién que determina lo que significa la Constitución, y se asume que tales decisiones prevalecen sobre las decisiones tomadas por las instituciones legislativas democráticas⁶

(iii) Longevidad. Las constituciones, por su misma naturaleza, pretenden estar vigentes por un largo tiempo, estableciendo la estructura básica del sistema jurídico para generaciones futuras. Puede suceder también que las leyes ordinarias estén en vigentes por un largo tiempo. Pero ello no es un aspecto esencial de ellas. Sin embargo, el que estén destinadas a ser duraderas sí es un aspecto esencial de las constituciones, cuya aplicación se extiende a generaciones mucho más allá de la generación en la que ha sido creada.

(iv) Rigidez. La principal técnica mediante la cual las constituciones pueden garantizar su duración por generaciones es la rigidez: las constituciones por lo general proporcionan sus propios métodos de reforma o enmienda, haciéndolas mucho más difícil de enmendar que la legislación democrática ordinaria. Entre más difícil sea de enmendar una Constitución, más rígida es. Las constituciones varían considerablemente en esta dimensión, pero es un aspecto esencial de éstas que estén relativamente protegidas contra cambios formales mediante los procesos democráticos ordinarios. Sin tal rigidez relativa, las constituciones no podrían lograr su longevidad⁷.

(v) Dos tipos de contenido. La mayoría de las constituciones regulan dos ámbitos principales: la estructura básica del gobierno con sus divisiones del poder político, y el área de los derechos humanos y civiles. En el primer ámbito, normalmente encontramos cuestiones como la organización del legislativo principal; las ramas ejecutiva y judicial del gobierno y sus respectivos poderes jurídicos; la división del poder entre las autoridades federales y locales, si hay tal división; el establecimiento y control de las fuerzas armadas, entre otros. En el segundo ámbito, las constituciones por lo general definen una lista de derechos individuales y algunas veces grupales, que están destinados a ser protegidos de la intromisión de las autoridades gubernamentales, incluyendo los órganos legislativos. No hay nada de esencial

⁶ Una muy excepción interesante y atractiva es la sección 33 de la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* que permite al poder legislativo hacer caso omiso de las decisiones constitucionales de la corte suprema (tanto preventivamente como *ex post*), siempre y cuando se haga explícitamente y sea renovada cada cinco años. Volveré sobre este tema en la última sección.

⁷ En otros lugares he sostenido que el contenido de la constitución necesariamente cambia de acuerdo con su interpretación por las cortes. Véase, mi “Constitutional Interpretation”, en *Interpretation and Legal Theory*, 2da edición, Oxford, Hart Publishing, 2005. Algunas implicaciones de esto se discutirán más adelante.

o necesario en ninguno de los dos ámbitos del contenido constitucional, y las razones para ello son históricas. El contenido e importancia morales de una de declaración de derechos son obvios. Vale la pena tener en cuenta, sin embargo, que muchos aspectos del otro ámbito, el estructural, también involucra cuestiones morales. Determinar la estructura del gobierno, las reglas para promulgar la legislación, entre otros, son quizás parcialmente un asunto de eficiencia y coordinación, pero muchos aspectos no dejan de tener relevancia moral. Después de todo, no somos moralmente indiferentes a la pregunta de quién hace el Derecho y cómo⁸. Sin embargo, me centraré principalmente en este capítulo en la Declaración de Derechos simplemente porque su contenido e importancia morales es mucho más saliente.

(vi) Generalidad y abstracción. Muchas disposiciones constitucionales, particularmente en el ámbito de las declaraciones de derechos y asuntos similares de principios pretenden tener una aplicación muy general. Ellas están pensadas para ser aplicadas en todas las esferas de la vida pública. Esta es una de las principales razones para el alto nivel de abstracción en el que las disposiciones constitucionales tienden a ser formuladas⁹. La aspiración de longevidad puede ser otra razón para la formulación abstracta de principios. Y por supuesto, algunas veces una formulación abstracta es simplemente el resultado de un acuerdo entre concepciones rivales de los principios relevantes entre grupos opositores en la redacción de la Constitución. Sea como fuere, debemos tener en cuenta que las disposiciones constitucionales importantes son formuladas en términos muy generales y abstractos.

Las constituciones varían considerablemente respecto a todas estas seis características (y, por supuesto, a muchas otras). Permítaseme sugerir, sin embargo, que desde un punto de vista moral, hay dimensiones de robustez que son particularmente relevantes. Llamaré una “robusta” a una Constitución si es relativamente rígida y permite un poder de control de constitucionalidad substancialmente fuerte. Así, entre más rígida sea la constitución y entre más poder confía a la judicatura, más robusta es. La robustez es moralmente relevante básicamente porque determina la medida en la cual las decisiones constitucionales remueven en realidad los asuntos político-morales de los procedimientos democráticos ordinarios: Entre más robusta la Constitución, más escuda su contenido relevante del proceso democrático.

⁸ Desde luego, no estoy afirmando que el contenido moral importante sea exclusivo de las constituciones. Gran parte de las leyes ordinarias también regulan asuntos de gran importancia moral.

⁹ Una vez más, las constituciones también varían considerablemente en este aspecto. Muchas constituciones contienen disposiciones específicas, incluso en el ámbito de los derechos y principios.

co-mayoritario regular de toma de decisiones. La robustez es básicamente una característica jurídica del régimen constitucional. Como tal, tiene un aspecto formal y un aspecto práctico. Una Constitución que es formalmente (es decir, jurídicamente) robusta, puede no serlo tanto en la práctica, y viceversa. La práctica está parcialmente determinada por las realidades sociales y políticas

Ambos elementos de la robustez son algo complejos. La rigidez está estrechamente relacionada con el elemento de la longevidad. En parte porque las constituciones pretenden tener una larga duración y están diseñadas para ser relativamente difíciles de enmendar. La rigidez está también vinculada con la idea de supremacía. Cuanto más fácil sea enmendar la Constitución por el proceso democrático regular, su supremacía es menos relevante en términos prácticos. De forma similar, cuando consideramos el poder de control constitucional, debemos considerarlo en el contexto pertinente que tenga en cuenta las otras características del régimen constitucional. Por ejemplo, entre más abstractamente formuladas y generales sean las disposiciones, y más numerosos los derechos que enlista, mayor es el poder que los jueces generalmente tienen para determinar el contenido real de la constitución. Y por supuesto, el alcance del poder de control de constitucionalidad está determinado considerablemente por la rigidez de la constitución. Cuanto más difícil sea de enmendar la constitución, más duradero es el poder de los jueces para determinar su contenido. Otro factor importante del paquete constitucional que determina el poder de control de constitucionalidad corresponde a la independencia política de los jueces, principalmente de las otras ramas del gobierno, la ejecutiva y legislativa. Cuanto más independiente sean los jueces, mayor será el poder que tendrán. Sin embargo, no parto de la idea de que los jueces son los únicos actores en este juego. Muchos otros funcionarios judiciales también se encargan de la interpretación constitucional, y sus acciones y decisiones, pueden determinar, hasta cierto punto, lo que es la constitución en realidad. (Por razones de simplicidad, sin embargo, ignoraré esta complicación.)

En resumen, la robustez relativa de las constituciones viene en un “paquete”. Sólo observando la totalidad del paquete podemos determinar si (y en qué medida) cierto régimen constitucional es robusto. Asumiré aquí, sin embargo, que ello no es juicio práctico particularmente difícil. Mediante el examen de las principales características de un régimen constitucional, debemos ser capaces de determinar, con bastante facilidad, si el paquete es relativamente robusto o no. Por ejemplo, considero que la constitución de los Estados Unidos tiene uno de los regímenes constitucionales más robustos del mundo. La Constitución de Estados Unidos es muy difícil de enmendar,

su supremacía sobre todas las otras fuentes es absoluta, y la Suprema Corte tiene un considerable poder (jurídico y político) para determinar el contenido de la Constitución, en parte debido al hecho que muchas de sus disposiciones son bastante abstractas y permiten un amplio rango de resultados interpretativos¹⁰. Muchos regímenes constitucionales se acercan a este nivel de robustez, y mientras que otros están tan lejos, que difícilmente merecerían el nombre de régimen constitucional. Es innecesario decir, desde el punto de vista de la legitimidad moral, que cuanto más robusto es el régimen constitucional, mayores preocupaciones morales genera. Por lo tanto, en la discusión subsecuente, asumiré que se trata con una constitución relativamente robusta, más o menos en las líneas del modelo estadounidense

III. LAS PREOCUPACIONES MORALES

Para entender las principales preocupaciones sobre la legitimidad moral de las constituciones, necesitamos entender sus principales fundamentos político-morales. Y también necesitamos aclarar una distinción entre cuestiones de legitimidad y otros aspectos de potencial valor en las instituciones político-jurídicas. Permítaseme responder estos dos puntos en orden inverso. Las instituciones pueden tener toda clase de aspectos valiosos, y pueden encarnar estos valores en diferentes grados. Pero no todos los aspectos evaluativos de una institución influyen en el problema de su legitimidad moral. John Rawls pudo haber tenido un pensamiento similar en mente cuando dijo al comienzo de su *A Theory of Justice* que “la justicia es la primera virtud de las instituciones, como la verdad es la de los sistemas de pensamiento¹¹”. No estoy seguro que debamos aceptar la idea de Rawls sobre la primacía absoluta de la justicia. Pero su analogía con las relaciones de verdad en los sistemas de pensamiento es muy dicente. Las teorías pueden tener toda clase de aspectos valiosos, tales como utilidad práctica, sencillez o elegancia teórica. Pero está claro que Rawls tiene toda la razón al afirmar que estos valores son fundamentalmente parásitos de la verdad de la teoría; si la teoría resulta ser falsa, entonces, a pesar de cualquier otro valor que pueda tener, debemos rechazarla. De forma

¹⁰ Otro aspecto del régimen constitucional de los Estados Unidos que hace que sea relativamente robusto tiene que ver con el hecho de que no existe una corte constitucional independiente. La más alta corte de apelación en el país es también el Tribunal Constitucional principal. Muchos países tienen separadas estas dos funciones jurídicas. Creo que hay algo favorable en tal separación, pero no tengo las pruebas para demostrar esta intuición.

¹¹ John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971, p. 3. [*Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006]

similar, Rawls sugiere, las instituciones puedan encarnar una amplia variedad de valores. Sin embargo, si las instituciones son injustas e ilegítimas, y a pesar de los otros valores que pueda encarnar, debemos abolirlas. No pretendo sugerir aquí que la legitimidad de una institución es un asunto de todo o nada. Presumiblemente, las instituciones pueden ser más o menos legítimas. Quiero sugerir, sin embargo, que existe cierta primacía de las preguntas sobre la legitimidad de las instituciones incluso si, como ocurre a menudo, existen otros valores que las instituciones pueden tener

Así, ¿qué es lo que determina la legitimidad de una institución? Rawls parece sugerir que es la justicia; una institución es legítima si es justa, e ilegítima si no lo es. Podemos sostener una afirmación menos comprometedora, diciendo que una institución es legítima si su propósito principal, o razón básica, está moralmente justificado y la justificación no es derrotada por consideraciones morales contrarias¹². Dado que la justificación moral puede venir en grados (algunas pueden ser más o menos justificadas), puedo asumir que una institución puede ser más o menos legítima. Sin embargo, el punto crucial es que la legitimidad es un criterio moral primario para evaluar una institución, incluso cuando puedan haber otros valores que la institución promueva que sean secundarios y parásitos a su legitimidad. Permítaseme dar un ejemplo que es relevante para el caso en estudio: Podemos presumir que las constituciones tienen ciertos valores educativos. La constitución es algo se le puede enseñar a los jóvenes, su contenido moral puede ser recitado y elogiado en varios contextos educativos, etc., y, esto es un aspecto potencialmente valorable de las constituciones escritas. Pero claro está, ello no es algo que fundamenta que una constitución escrita sea legítima. El valor educativo de una constitución es completamente parasitario de su legitimidad moral. Ello es así porque el valor educativo de una constitución, tan importante como pueda ser, no es uno de los principales propósitos de la misma, y posiblemente no puede justificarla como la clase institución que es. Si la constitución es legítima, tanto mejor si tiene valor educativo adicional. Si la constitución es ilegítima, entonces no deberíamos tenerla como constitución en absoluto, y el valor educativo es algo que a lo que simplemente tendríamos que renunciar.¹³

¹² Estoy utilizando “propósito” o “razón” en singular para la simplicidad del argumento. Una constitución puede tener varios propósitos.

¹³ Permítaseme añadir dos precisiones. Primero, hay otro sentido en el que el valor educativo de una constitución es un parásito de su legitimidad: para que algo tenga tal valor educativo, debe ser moralmente correcto. No hay ninguna razón para elogiar y enseñar algo que en realidad es erróneo. Pero este no es el punto principal que quiero introducir en el texto. Segundo, puede sugerirse que si una institución no es lo suficientemente legítima, sino

Una conclusión que se desprende es la siguiente: para ser capaces de poder determinar la legitimidad de una institución como un régimen constitucional, debemos primero tener una idea clara sobre su objeto o propósito principal, su presunta razón de ser. Y, además, debemos preguntarnos a nosotros mismos si esta razón es moralmente justificada. Así, ¿cuál es la principal razón de una constitución escrita? En un nivel superficial, la respuesta es bastante clara: el objetivo principal de las constituciones es proteger determinados principios de gobierno y derechos político-morales de las decisiones ordinarias tomadas en el proceso democrático, es decir, básicamente removiéndolas del proceso ordinario de toma de decisión. Pero ¿cuál es el objeto de hacer esto? ¿Por qué querríamos hacer tal cosa?

La respuesta básica debe residir en la presunción que tenemos razones para no confiar al proceso democrático ordinario en aquellas áreas en las que buscamos atrincheramiento constitucional. Queremos asegurarnos que las cosas no vayan mal en estas áreas, y partimos de la presunción de si seguimos el proceso democrático ordinario, nos puede ir mal. Esta es la idea básica del pre-compromiso, con frecuencia extraída del famoso mito de Ulises¹⁴. Ulises tuvo buenas razones para no confiar en su juicio una vez su barco se aproximara a las sirenas. Así ordenó que fuera atado al mástil del barco, y de forma más importante, ordenó a sus hombres hacer caso omiso de sus órdenes en el futuro, cuando la influencia de las sirenas pudiera afectar su juicio, a sabiendas que su juicio en el futuro, bajo la influencia de las sirenas, no sería confiable. La estrategia de Ulises es básicamente el argumento del constitucionalismo. Ulises es el autor de la constitución, y los procedimientos democráticos son las víctimas potenciales de las sirenas. Su canto es seductor, pero su influencia es mortal. Así que decidimos, con anticipación atarnos a nosotros mismos al mástil y hacer caso omiso de nuestras órdenes en el futuro. El constitucionalismo es un pre-compromiso que remueve determinados asuntos del procedimiento democrático ordinario, precisamente porque conocemos de antemano que el procedimiento democrático no es de confiar cuando las sirenas canten.

Además, este argumento puede de alguna forma explicando el papel especial de las cortes en un régimen constitucional. El “atrincheramiento” de derechos y principios es necesario, de acuerdo a este razonamiento, porque en tales asuntos el procedimiento democrático no es confiable. Quere-

casi legítima, sus valores adicionales pueden inclinar la balanza, por así decirlo, y entonces, estos valores convertirían en legítimo algo que en principio no lo es. Quizá ello pueda ocurrir. Pero sería un caso extraño y pienso que podemos descartarlo.

¹⁴ Véase, John Estler, *Ulysses Unbound*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, capítulo 2.

mos proteger algunos derechos y principios de los caprichos momentáneos y miopes del futuro, y de las presiones y tentaciones políticas. Partimos del supuesto de que precisamente como las cortes no son instituciones democráticas, están relativamente libres de tales tentaciones políticas. Por ello, que tiene mucho sentido asignar la implementación de la constitución a las cortes.

Hay dos problemas morales principales con esta justificación del constitucionalismo. Continuando con la analogía de Ulises, los problemas son los siguientes: primero, lo que ocurre en el caso constitucional no es Ulises atándose a sí mismo al mástil, si no un Ulises que ata a otros, a sus sucesores políticos, al mástil con él. Segundo, a diferencia de Ulises que conoce que el canto de las sirenas es una tentación mortal, no podemos saber esto en el caso constitucional y ciertamente podemos no estar de acuerdo en ello. Incluso si sospechamos que hay sirenas por ahí, tendemos a tener desacuerdos serios y razonables sobre cuáles son las sirenas y cuándo su canto es mortal. El primero, es un problema inter-generacional, el segundo es un problema de pluralismo.

El problema inter-generacional es central a la pregunta de la legitimidad de las constituciones. La promulgación de una constitución crea obligaciones a las generaciones presentes y futuras al imponerle limitaciones importantes sobre la capacidad para hacer leyes y gobernar sus vidas de acuerdo al proceso democrático de tomas de decisiones. Por lo tanto, la pregunta que surge es: ¿Por qué deberían los líderes políticos de una generación tener el poder de vincular a las generaciones futuras a sus concepciones de lo bueno y lo justo? Es crucial observar que el significado moral de esta pregunta no se limita a las constituciones antiguas. Incluso si la constitución es nueva, esta pretende obligar a las generaciones futuras. Es ésta intención, o razón de ser de las constituciones, de imponer limitaciones constitucionales para el futuro lejano lo que es problemático, por lo que en realidad no importa la antigüedad de la constitución.

Se puede objetar que estas formulación subestiman la importancia de “nosotros el pueblo”, que ignora el hecho que las constituciones tienden a incluir principios e ideales ampliamente compartidos, representando, por así decirlo, la *raison d'état*. Pero esto haría muy poca diferencia. Incluso si en el momento en que la constitución es promulgada sus principios e ideales son en realidad compartidos en todos los ámbitos, el problema inter-generacional persiste: quizás nadie, ni siquiera una generación entera, debería tener el poder de tomar decisiones morales importantes para las generaciones futuras. Al menos no deliberadamente. Es cierto, claro está, que un gran número de nuestras prácticas actuales y decisiones colectivas sin duda

afectarán, para bien o para mal, la suerte de las generaciones futuras¹⁵. Pero estas acciones y decisiones colectivas no pretenden tener autoridad sobre las generaciones futuras. Ellas no son diseñadas deliberadamente para vincular jurídicamente a las generaciones futuras a nuestras concepciones de lo bueno y lo justo. Las constituciones, por el contrario, pretenden hacer precisamente esto: obligar a las generaciones futuras a ciertas concepciones del buen gobierno y de las leyes justas. Por lo tanto, los partidarios del constitucionalismo tienen que explicar qué es lo que hace legítimo tomar decisiones autoritativas vinculantes sobre importantes asuntos políticos y morales, que van a durar por generaciones y que son difíciles de cambiar por el proceso democrático ordinario.

Se podría pensar que estos desafíos nos son difíciles de responder. Los documentos constitucionales por lo general permiten una considerable flexibilidad interpretativa. Ellos pueden ser interpretados y aplicados por las cortes en formas que satisfagan las necesidades específicas y las concepciones morales de la sociedad al momento de la aplicación. En consecuencia, incluso si las constituciones pretenden obligar a generaciones futuras, esta obligación no es muy fuerte, pues permite flexibilidad suficiente en el ajuste de la interpretación constitucional a las específicas necesidades y concepciones de cada generación.

En respuesta, permítaseme mencionar dos puntos: Primero, la flexibilidad tiene su límite. La flexibilidad de la interpretación siempre toma lugar en el contexto del texto constitucional y algunos entendimientos generales sobre lo que la constitución significa y los derechos y principios que incorpora. Las constituciones inevitablemente crean una cultura discursiva, y determinan ciertos movimientos permisibles e impermisibles, que limitan, en gran medida, la clase de decisiones morales y políticas que serían consideradas como interpretaciones legítimas de la constitución en un algún momento determinado. En otras palabras, a pesar de una considerable libertad que los jueces puedan tener en la interpretación de un texto constitucional, ésta es a menudo una libertad muy limitada, restringida tanto por el significado del texto constitucional y, tal vez más, por los precedentes anteriores y una cultura completa de interpretación constitucional.

En segundo lugar, cuanto más flexible se asuma es la cultura de interpretación constitucional, mayor es el poder que se otorga a las cortes para la determinación de su contenido. En un sentido muy claro, entonces, cuanto más flexible es la cultura de interpretación constitucional, mas anti-demo-

¹⁵ Y, por supuesto, algunas de ellas son moralmente muy preocupantes (por ejemplo, la enorme deuda nacional, el daño irreparable al medio ambiente, etc.)

crática es. Así, en cuanto menos razones tengamos para preocuparnos por las restricciones inter-generacionales, más razones tendremos para preocuparnos por el papel anti-democrático de las cortes en la determinación de asuntos de importancia político-moral en el ámbito constitucional. Y esto nos lleva a la segunda preocupación sobre el pre-compromiso constitucional, la preocupación sobre el pluralismo

El problema del pluralismo es diferente, aunque relacionado. El punto esencial de esta objeción es el siguiente: para justificar el atrincheramiento constitucional de algunos derechos y principios, no es suficiente con saber que no se puede confiar al procedimiento democrático ordinario la producción de resultados correctos en estos asuntos. También es necesario asumir que (1) podemos decir de antemano cuáles son estos derechos y principios y (2) que podemos estar suficientemente confiados de que una determinación judicial del contenido de estos derechos y principios va a producir mejores resultados que su alternativa democrática. Ambos supuestos son, por lo menos, problemáticos. Sin embargo, como señala Jeremy Waldron, dista de ser claro que tengamos una concepción fundamentada sobre lo que son “los mejores resultados” en tales asuntos en la mayor parte de los casos¹⁶. ¿Quiere decir que sabemos cuáles son los derechos que las personas deben tener y en qué medida, y también solo esperamos a que las cortes los descifren mejor de lo que lo haría el órgano legislativo? El problema aquí no es necesaria o primordialmente uno epistémico. Es una preocupación moral sobre la necesidad de respetar el pluralismo de valores. En sociedades pluralistas, diferentes segmentos de la población están profundamente divididos sobre cuestiones de derechos y principios morales, ellos están profundamente divididos sobre sus concepciones de lo bueno y de lo justo. De forma crucial, el respeto por el pluralismo se fundamenta en la idea de que al menos algunas porciones importantes de tal desacuerdo profundo es razonable. Las personas razonables pueden tener desacuerdos genuinos y profundos sobre concepciones de lo bueno y lo justo¹⁷. En otras palabras, no es tanto que no sepamos quiénes son las sirenas y cuándo su canto es mortal; sino que tenemos desacuerdos morales razonables, con frecuencia muy profundos, sobre todo esto. El atrincheramiento constitucional de valores o concepciones de lo bueno y lo justo, necesariamente favorece a determinadas concepciones sobre

¹⁶ Jeremy Waldron, *Law & Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 243-249, 268 [*Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005].

¹⁷ Este es uno de los temas bien conocidos en *Political Liberalism* [*Liberalismo Político*] de Rawls. Estoy de acuerdo con Waldron, sin embargo, que los desacuerdos razonables se extiendan a concepciones de lo justo y a las de lo bueno, y no sólo a concepciones de lo bueno (como parece haber sostenido Rawls).

otras y las protege del proceso democrático de toma de decisiones. Es muy difícil ver como esta protección es compatible con el respeto al pluralismo.

¿O quizás no? Es plausible responder que las constituciones pueden consolidar los valores que son propicios para el pluralismo y que pretenden asegurarlo. Según este argumento, entonces, lejos de amenazar el valor del pluralismo, las constituciones pueden en realidad asegurar y consolidar los principios de gobierno y los valores morales que son necesarios para que florezca el pluralismo¹⁸. Este parece un argumento poderoso, su fuerza proviene de darnos cuenta de que la protección de ciertos derechos y principios es en efecto muy conducente, y quizá esencial, para la posibilidad misma que el pluralismo florezca. Después de todo, ¿cómo podemos mantener una sociedad pluralista, sin una protección de la libertad de expresión, libertad de conciencia y religión, derecho a la intimidad, etc.?

El argumento, sin embargo, es engañoso. La objeción al constitucionalismo no necesita negar que el pluralismo requiera la protección de ciertos derechos y principios de gobierno. De hecho, es una premisa explícita de este capítulo (aunque espero no sea una controversial) de la presunción de este capítulo que el pluralismo solo prospera en un régimen liberal democrático que funcione bien.¹⁹ La pregunta aquí es ¿Por qué requeríamos algo más? Los desacuerdos razonables pertenecen a las preguntas sobre el alcance de los derechos que las personas deben tener, y a los incontables dilemas morales sobre conflictos entre derechos, y entre derechos y otras preocupaciones político-morales. La disputa sobre el constitucionalismo es una pregunta institucional: es acerca de quién debe determinar cuáles son esos derechos y principios, y conforme a qué clase de procedimiento. La objeción desde el pluralismo sostiene que tendemos a tener desacuerdos profundos y razonables sobre los derechos que las personas deben tener y sobre el alcance de estos, y que mediante la remoción de estas decisiones del proceso democrático ordinario, socavamos el respeto que se le debe a tales desacuerdos morales. Hay dos preocupaciones aquí. Primero, debemos tener en cuenta que sin importar cuán abstractos sean los derechos y principios atrincherados en una constitución, el atrincheramiento necesariamente favorece a determinadas concepciones de lo bueno y lo justo en formas que las hacen mucho más difíciles de cambiar para aquellos que defienden una opinión diferente. Las constituciones necesariamente están a favor de cierto status quo, y así hacen que ciertos cambios sociales sean más difíciles de

¹⁸ Creo que esta es la posición de Rawls, tanto en la *A Theory of Justice* [Teoría de la Justicia] como *Political Liberalism* [Liberalismo político].

¹⁹ Esta posición la defiendo con más profundidad en "Authority, Equality, and Democracy", *Ratio Juris*, vol. 18, 2005, pp. 315-345.

alcanzar para algunos que para otros. Segundo, debemos tener en cuenta que el debate sobre el constitucionalismo es básicamente un debate sobre instituciones y procedimientos: es un fundamento común que el pluralismo requiere, por ejemplo, la protección de la libertad de expresión. La pregunta es ahora quién determina qué es la libertad de expresión, y cómo delinea sus límites. La objeción al constitucionalismo sostiene que debido al desacuerdo profundo y extendido sobre tales problemas, no hay justificación para removerlos del proceso democrático²⁰

Pero ahora nos podríamos preguntar, ¿por qué debería privilegiarse el proceso democrático en absoluto? ¿Por qué es la línea de base adecuada? No es necesario decir que dar una respuesta completa a esta pregunta excedería con mucho los límites de este capítulo. Sin embargo, debemos presentar al menos el punto esencial: Desde el punto de vista del respeto al pluralismo de valores, un proceso democrático regular, es decir, el voto mayoritario, tiene la siguiente ventaja moral: es significativamente igualitario. Un voto mayoritario expresa preocupación por la igualdad y el respeto por todos aquellos involucrados. Idealmente, todos y cada uno del miembro de los procesos de toma de decisión democráticos tienen igual derecho a participar en la decisión, y su voto cuenta de forma igual que los votos de todos los otros en el proceso. Este es el sentido principal en que podemos asumir que el respeto por el pluralismo es promovido por un proceso democrático: en el que trata a todos por igual

IV. LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS

Nada de lo anterior fue intentado como consideraciones concluyentes. En esta sección considero varios argumentos que pretenden justificar la legitimidad de las constituciones escritas. Inicio con argumentos que son relativamente fáciles de responder, y procedo a los más prometedores.

1. *El argumento de la estabilidad*

Algunas personas dirían que necesitamos un régimen constitucional porque asegura la estabilidad duradera y la predictibilidad del régimen y los principios fundamentales de su sistema jurídico. Obsérvese que este argumento no se basa en el pre-compromiso como justificación de las cons-

²⁰ Asumo que esta es la posición de Jeremy Waldron, véase, *Law & Disagreement* [Derecho y desacuerdos].

tuciones. El argumento se basa en dos premisas principales: Primero, da una gran importancia y valor a la estabilidad y predictibilidad de un sistema jurídico. Segundo, asume que las constituciones son instrumentalmente necesarias para lograr una adecuada estabilidad y previsibilidad del régimen y su orden jurídico. Un buen aspecto de este argumento es que puede de alguna manera responder a la objeción inter-generacional. Entre más valoremos la estabilidad en un orden jurídico, más debemos valorar la longevidad de la constitución y su aplicación inter-generacional. Después de todo, este argumento nos diría, precisamente por el hecho de que valoramos la estabilidad a través de generaciones es que consideramos correcto tener una constitución en primer lugar. Siendo así, ¿por qué habríamos de preocuparnos por su aplicación inter-generacional?

Refutación: Primero, aunque el argumento de la estabilidad parece que podría tener sentido en el ámbito estructural de la constitución, tendría aplicación muy limitada para el ámbito de los derechos y principios morales. Existen varias buenas razones para valorar la estabilidad en áreas tales como quién hace el derecho y cómo, cómo se estructura la autoridad jurídica y cuál es la división gubernamental de trabajo y aspectos similares de un régimen ordenado. Pero estas preocupaciones difícilmente se aplican a problemas de principios y asuntos morales. En tales problemas, lo que más se valora es la verdad del valor, y no su estabilidad. Las personas deben tener los derechos que deben tener, no aquellos que han tenido por largo tiempo. La estabilidad simplemente no es un valor muy importante en el reino de los derechos fundamentales y principios morales.

En segundo lugar, el argumento de la estabilidad confía decisivamente en un supuesto empírico que es muy cuestionable: dista de ser claro que las constituciones en realidad garanticen un mayor nivel de estabilidad que los regímenes no constitucionales. No parece haber evidencia que pueda apoye tal conclusión²¹

2. *El argumento de la oportunidad*

Este argumento asume que las constituciones atrincheran valores y principios que son ampliamente compartidos de todas formas. La explicación para su atrincheramiento constitucional es histórica: en la historia de

²¹ Inglaterra ha tenido un régimen bastante estable durante los últimos siglos, sin una constitución escrita. Nueva Zelanda no parece estar en algún peligro de inestabilidad porque aún no tiene un régimen constitucional escrito. Al mismo tiempo, conocemos que hay innumerables ejemplos de inestabilidad política en países que tienen una constitución admirable.

una nación a veces hay oportunidades únicas para consagrar en un documento constitucional principios morales de gran importancia. Tales oportunidades históricas deben ser aprovechadas, sostiene el argumento, ya que los valores que ellos atrincheran son fundamentales y reflejan un profundo nivel de consenso. Si se da una oportunidad para legalizar tan importantes asuntos de principios, hay una justificación hacer uso de tal oportunidad.²²

Refutación: este argumento vende una ambigüedad crucial. O bien el atrincheramiento constitucional hace poca diferencia práctica, o hace una diferencia grande. Si el argumento asume que el atrincheramiento constitucional hace poca diferencia práctica porque la nación en cualquier caso ya comparte ampliamente esos juicios evaluativos, entonces es poco claro cuál es el objetivo de tener una constitución.²³ Si, por otra parte, el atrincheramiento constitucional hace una diferencia práctica con respecto a los derechos y principios que atrincheran, entonces la justificación para tal diferencia no puede residir en el hecho que hubo una oportunidad para hacerlo. En términos generales, señalar una oportunidad histórica sólo puede responder a la pregunta de “¿por qué ahora?” pero no resuelve “¿por qué debemos tener una?”

²² Algunas veces este argumento se apoya de la afirmación adicional de que en esos momentos históricos únicos, se puede considerar que los autores de la constitución poseen un conocimiento moral superior tal que nosotros deberíamos deferir a su sabiduría y pericia político-moral relativa. He señalado en otros lugares que este tipo de argumento se basa en dos errores: primero, se basa en la mistificación de grandes momentos de la historia, una mistificación que probablemente no resiste un escrutinio crítico. Segundo, y de forma más importante, el argumento yerra porque asume la posibilidad de pericia en cuestiones de juicios morales fundamentales. Es muy dudoso que exista ninguna posibilidad de pericia en tales materias. Esta idea se expone con mayor profundidad en *Interpretation and Legal Theory*, 2da edición, pp. 137-8, 146.

²³ Tal vez se puede notar la idea común del papel de las constituciones como una “religión cívica”, la idea de que las constituciones tienden a proporcionar un punto focal de la identidad cívica y la cohesión social. Es un dicho trillado decir que el constitucionalismo es nuestra religión cívica, y la constitución es su escritura sagrada. El problema aquí no es con la cuestión sociológica, que bien puede ser más cierta e interesante de lo que parece, sino con su relevancia normativa: es difícil extraer un argumento político-moral desde esta pieza de sociología de sillón. Tal vez deberíamos adherirnos al ateísmo constitucional: Dista de ser claro que las democracias saludables deban tener una religión cívica. (Tampoco es claro que las constituciones tengan un papel importante que jugar en realidad en la creación de condiciones para su surgimiento). En cualquier caso, en la medida en que las constituciones sean propicias para el mantenimiento de determinada cohesión social e identidad cívica, éste es un beneficio adicional del constitucionalismo (parecido a su potencial valor educativo), pero no una justificación moral de su legitimidad.

3. *El argumento de la práctica*

Un gran número de aspectos de un sistema jurídico son convencionales. Las convenciones sociales determinan, en gran medida, qué es el Derecho, lo que cuenta como Derecho en una comunidad dada, cómo va ser promulgado o modificado, etc. El Derecho es, profundamente, una práctica convencional. Las convenciones, por sí mismas, no validan la práctica de seguirlas. Algunas convenciones pueden ser erróneas y no deberían ser seguidas. Sin embargo, si la práctica convencional está dentro de los límites de la permisibilidad moral, parecería que las personas tienen razones para seguir las convenciones sólo porque ellas son convenciones que están siendo seguidas por otros miembros de su comunidad. En forma similar afirma Raz:

En la medida en que permanezcan dentro de las fronteras puestas por los principios morales, las constituciones se validan a sí mismas, en el sentido en que su validez deriva de nada más del hecho ellas que están ahí

El Derecho basado en la práctica es auto-validante. La constitución de un país es una legítima porque es la Constitución que un país tiene²⁴.

Refutación: El argumento de la práctica es válido en un sentido muy limitado. De hecho, hay dos límites importantes aquí. Primero, como el argumento de la estabilidad, este argumento tiene algún sentido en relación con los aspectos estructurales de una constitución, pero no con su declaración de derechos. La clase de asuntos que son determinados dentro de los ámbitos estructurales de las constituciones son comúnmente establecidos por convenciones sociales en los ordenamientos jurídicos que no tienen una constitución escrita. En materias tales como lo que cuenta como Derecho y cómo se hace o se cambia, me inclino por estar de acuerdo con Raz en que las prácticas pueden validarse a sí mismas, en el sentido de que “su validez se deriva nada más del hecho que ellas están ahí”. Pero este tipo de razonamiento no puede justificar el atrincheramiento constitucional de los asuntos importantes de derechos y principios morales. A menos que, por supuesto, se asuma que tal atrincheramiento está “dentro de los límites establecidos por los principios morales”, pero entonces, por supuesto, habríamos asumido el mismo punto que debe ser demostrado. No podemos simplemente asumir que Ulises estaba moralmente justificado para atarnos al mástil con

²⁴ Joseph Raz, “On the Authority & Interpretation of the Constitution: Some Preliminaries”, en: Larry Alexander (ed.) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 173.

él, el que ello esté justificado o no es precisamente la cuestión moral que hemos planteado aquí

Además, he indicado que tiendo a estar de acuerdo con Raz en que las prácticas convencionales pueden validarse a sí mismas, pero esta afirmación debe ser aclarada. Es cierto que las convenciones crean razones para acción porque ellas son practicadas, y en tanto la convención no sea moralmente impermissible, las razones para la acción que crea son razones válidas. El hecho que podamos haber tenido una convención diferente, tal vez incluso una mejor bajo determinadas circunstancias, por lo general no implica que haya algo malo en actuar según la convención que tenemos. De forma similar, supongo que Raz quiso afirmar que, en tanto la constitución que tengamos no sea inmoral, el hecho que sea la que tenemos es una buena razón para cumplirla. Pero tenemos que ser más cuidadosos aquí. Nuestras razones para seguir una convención social no pueden ser enteramente derivables del hecho de que la convención sea practicada, aunque ciertamente depende de ello. Las convenciones evolucionan, ya sea en aras de resolver un problema social pre-existente, o bien constituyen parcialmente sus propios valores al crear una práctica convencional en la que es valioso participar²⁵. De cualquier forma, debe haber algo valioso en la práctica de seguir la convención para que esta pueda generar las razones para la acción, algo más allá del mero hecho de que la convención esté ahí y sea seguida. De forma similar, el hecho que la constitución exista y sea seguida no puede ser una razón suficiente para seguirla. La constitución debe servir a algunos valores, ya sea resolviendo algunos problemas que deben ser resueltos, o creando prácticas valiosas en las que es relevante participar, o ambas. Para concluir, el argumento de la práctica tiene algún mérito, y puede justificar algunos aspectos limitados del constitucionalismo, pero deja sin respuesta las principales preguntas morales del mismo. El que otros argumentos pueden proporcionar esas respuestas aún está por ser visto.

4. *El argumento de los límites inherentes de la regla de la mayoría*

Ahora (usted podrá pensar que después de una larga espera) llegamos a un argumento a favor del constitucionalismo que pretende justificar directamente su razón principal como un mecanismo de pre-compromiso. El constitucionalismo, como hemos visto, está deliberadamente diseñado para

²⁵ Para una visión mucho más detallada sobre la naturaleza de las convenciones sociales, véase mi trabajo "On Conventions", *Synthese*, vol. 106, 1996, pp. 349-371 y *Positive Law & Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001, capítulos 1 y 2.

ser anti-mayoritario, todo lo que se busca con una constitución escrita es remover determinados asuntos del proceso de tomas de decisiones democrático ordinario. Un movimiento natural aquí sería justificar ello señalando los límites morales inherentes a un proceso democrático regular de tomas de decisiones. Desde mi perspectiva, hay dos líneas principales de pensamiento aquí. Una es la razón común de que el proceso democrático no puede proteger adecuadamente a minorías vulnerables. El segundo punto es más sutil, sostiene que un proceso democrático tiene sus límites morales inherentes que se derivan de la justificación misma de la democracia. Permítaseme responder el primer punto, y después a continuación, desarrollar el segundo.

A. *Protección a las minorías*

La protección a minorías potencialmente vulnerables y persistentes es indudablemente una preocupación importante, pero dista de ser claro que el constitucionalismo robusto sea una forma particularmente buena de tratarla. Básicamente, hay dos formas para intentar asegurar la protección a las minorías, y la pregunta se reduce a una cuestión empírica sobre cuál sistema probablemente produce mejores resultados (en términos de equidad, supongo)²⁶. Una forma de proteger a las minorías es confiando su protección a una corte constitucional, sobre la base de una declaración de derechos que se espera las cortes apliquen. Otra forma para enfrentar el problema es por medio del proceso democrático regular de tal forma que se maximice el poder de negociación relativo de las minorías, de forma tal que se haga difícil para las mayorías alcanzar decisiones sin al menos prestar atención a los intereses de las minorías²⁷. El que una estructura funcione mejor que otras es básicamente una cuestión empírica.

En lo que se puede especular al respecto, sin embargo, creo que la visión correcta es una opción no constitucional. Los jueces no tienen ningún in-

²⁶ Obsérvese que aquí estamos hablando sobre minorías *persistentes* y *vulnerables*. Cualquier persona puede encontrarse en la minoría en algún asunto u otro, pero ello no sería particularmente problemático. Nuestras preocupaciones morales se refieren a las minorías que son particularmente débiles o vulnerables y que tienden a persistir como minorías por un considerable período de tiempo.

²⁷ Un claro ejemplo es el sistema de elección: los sistemas de representación proporcional tienden a proteger mucho mejor a las minorías que la representación no proporcional. Otros ejemplos son la creación de los distritos adecuados, el papel y estructura de los partidos en el ámbito político, etc. Véase, por ejemplo, Arend Lijphart, *Patterns of Democracy Government Forms & Performance in 36 Countries*, New Haven, Yale University Press, 1999, y Donald Horowitz, *Ethnic Groups In Conflict*, University of California Press, 2000 [1985].

centivo particular para entrar a proteger a las minorías vulnerables (con frecuencia muy impopulares). Es cierto que los jueces son menos vulnerables que los políticos a las presiones del sentimiento popular, pero eso no les da ningún incentivo particular para cambiar a la otra forma. Todo depende de su buena voluntad, o si se quiere, de su conciencia moral. (Vale la pena tener en cuenta que los jueces tienden a provenir de las elites exitosas, y no de los círculos sociales de minorías sin poder). Apoyarse en la buena voluntad o sabiduría moral de unos pocos individuos no es necesariamente un mecanismo estable para la protección de las minorías vulnerables²⁸. A veces funciona, y muchas otras no. Las limitaciones estructurales, construidas dentro del proceso democrático regular, a la capacidad de la mayoría dominante de ignorar los intereses de la minoría parecerían realizar un mejor trabajo.

Pero ahora podemos preguntarnos ¿Cómo es que tales limitaciones estructurales pueden implementarse sin atrincheramiento constitucional? Hay dos preguntas relacionadas aquí: ¿Cómo podemos movernos a un sistema de representación que sea más conveniente para los derechos de las minorías? y ¿Qué haría que el sistema sea estable a largo plazo? Después de todo, la mayoría parecería no tener ningún incentivo para cambiar un sistema que limita su poder, y si lo tuviera, el nuevo sistema no sería lo suficiente estable. La mayoría siempre tendría el incentivo para fortalecer su poder, no para debilitarlo.

Pienso que hay dos respuestas para estas preocupaciones. Primero, hay que tener en cuenta que el problema de cómo movernos inicialmente hacia un sistema que sea más conveniente para los derechos de las minorías también se aplica, y por las mismas razones, a la cuestión de cómo las constituciones llegan a ser adoptadas. En ambos casos la mayoría renuncia a una parte de su poder con el objetivo de asegurar un mejor régimen democrático. En ambos casos, aquellos que tienen el poder deben ser convencidos de renunciar a una parte de él. Presumiblemente existen dos razones principales por las cuales una mayoría poderosa concede parte de su poder: algunas veces es simplemente un intento de buena fe para construir un sistema de gobierno justo; en otras, reside en el hecho de que los actores políticos operan bajo un velo parcial de ignorancia: quienes forman parte de la mayoría hoy saben que pueden convertirse en una minoría en el futuro. Los actores políticos normalmente tendrían un interés en asegurar un sistema de juego

²⁸ Esta formulación es sin duda demasiado fuerte. Por supuesto que hay algunas restricciones a las decisiones judiciales que se toman en casos constitucionales, en su mayoría que se derivan de los precedentes y la tradición constitucional. Pero, debe tenerse en cuenta que los precedentes y las tradiciones son creadas por el poder judicial, es decir, por la misma institución que se supone que deben limitar.

razonable para cuando ellos no puedan asegurar antemano cuál es el rol que puedan jugar en el futuro²⁹. Y entonces, una vez que construyan un sistema de donde sea difícil que los intereses de la minoría sean difíciles de ignorar por parte de mayoría, es probable que el sistema mantenga su estabilidad, sólo porque es difícil de cambiar sin el consentimiento de la minoría.

Segundo, incluso si estoy equivocado en esto, esas preocupaciones que justifican el atrincheramiento constitucional sólo justificarían un ámbito muy limitado del dominio de la estructura del proceso democrático, no el ámbito de los derechos sustantivos y los principios morales³⁰.

Permítaseme explorar ahora la segunda línea de pensamiento. De hecho, hay dos argumentos muy diferentes aquí, así que, permítaseme tratarlos por separado.

B. *El argumento instrumental*

Este argumento inicia con la premisa de que no hay nada intrínsecamente justo en un proceso democrático de toma de decisiones. La democracia se justifica sólo en la medida que conduce a un buen gobierno, a buenas decisiones; su valor es básicamente instrumental. Por lo tanto, no hay nada inherente o intrínsecamente equivocado con una decisión autoritativa que no sea democrática. Si un sistema no democrático funciona mejor, es decir, es más probable que genere resultados justos, entonces no podemos objetar moralmente a tal sistema. ¿Por qué habríamos de preferir un sistema que sea menos justo (en sus resultados finales) a uno que lo es más³¹? Ahora, asumiendo que este es un argumento sólido, los defensores del constitucionalismo pueden añadir los movimientos necesarios para completar la defensa del mismo: todo lo que necesitamos justificar es la premisa de que la democracia funciona bien en determinados contextos, pero que es probable

²⁹ Véase, por ejemplo, Elizabeth Garrett, "The Purposes of Framework Legislation", *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 14, 2005.

³⁰ Creo que esta es básicamente la intuición principal que impulsa J.A. Ely a la concepción "procesal" del control judicial. Lo que él ve como legítimo en el control constitucional de los Estados Unidos es la protección del proceso democrático, no de los derechos "sustantivos". Véase, Ely, John H. *Democracy & Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980. Es una pregunta difícil (que no debo examinar aquí) si la posición de Ely es una estrategia factible de interpretación constitucional. Muchos han expresado sus dudas acerca de esto, y sospecho que ellas son acertadas.

³¹ Véase por ejemplo, Ronald Arneson, "Democracy is not Intrinsically Just" en *Justice & Democracy*, Dowding, K., Goodin, R E y Pateman, C. (eds.) Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 40-58.

que fracase cuando las sirenas cantan. Y luego, por supuesto, tenemos que adicionar la premisa de que cuando canten las sirenas, es mejor dejar las decisiones a una corte constitucional. Es más probable que las cortes alcancen la decisión justa en tales casos que el poder legislativo. Es decir, se puede justificar al constitucionalismo en fundamentos instrumentales

Refutación: El principal problema con el argumento instrumental es que probablemente fracase en sus propios términos, y ello por dos razones primordiales. Primero, el argumento debe asumir que en la actividad ordinaria de la creación del derecho, la democracia básicamente funciona, es decir, que está instrumentalmente justificada. De lo contrario, todo debe ser removido de las manos procedimiento democrático, no sólo los asuntos constitucionalmente atrincherados. Así que debe haber alguna explicación de por qué la democracia probablemente sea el mecanismo más adecuado para producir resultados en el contexto ordinario (a saber, no constitucional). Por ejemplo, se puede confiar en el valor epistémico del procedimiento democrático, sosteniendo que tales procedimientos son relativamente confiables para generar la clase de conocimiento que se necesita para alcanzar decisiones justas, más confiables que cualquier otro³². O se puede sostener que la democracia es relativamente confiable en la agregación de las preferencias totales, o algo similar. En cualquier caso, la premisa tiene que ser que la democracia funciona en la actividad ordinaria de la creación de normas. El desafío para el argumento instrumental, entonces, es justificar la diferencia: ¿Qué hace que la democracia funcione en algunos casos y no en otros? Supongamos que algunos argumentos instrumentales pueden proporcionar esa respuesta. El problema es que no hay garantía de que las diferencias en la confiabilidad de los procedimientos democráticos correspondan a la distinción entre asuntos constitucionales y no constitucionales. De hecho, algunos ejemplos familiares parecerían señalar una conclusión contraria. Por ejemplo, sabemos que los procedimientos democráticos tienden a ser muy poco fiables en tiempos de emergencia nacional, cuando el país se siente seriamente amenazado por fuerzas externas. Es precisamente en esos momentos de emergencia nacional, sin embargo, cuando las protecciones constitucionales tienden a ser dejadas de lado³³, y el poder ejecutivo obtiene el mayor poder en la toma de decisiones políticas. O, de forma más general, considérese la confiabilidad de los procedimientos democráticos en aquellas

³² Véase, David Estlund, "Beyond Fairness & Deliberation: the Epistemic Dimension of Democracy Authority", en Bohman & Rehg (eds.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, MIT, 1999, pp. 173-204.

³³ Algunas veces *de jure*, más a menudo *de facto*.

áreas que necesitan considerable conocimiento especial sobre asuntos fácticos. La democracia no está particularmente bien equipada para producir resultados correctos en tales asuntos. Pero esos típicamente no son casos constitucionales.³⁴

Además, debemos tener en cuenta que la confiabilidad de un procedimiento democrático depende profundamente del contexto, y el contexto es fluido, varía de acuerdo a circunstancias específicas a través del espacio y el tiempo. ¿Cómo podemos saber con tanta antelación, a menudo de décadas o siglos, cuáles serían las circunstancias que probablemente quebrantarían la confiabilidad de un procedimiento democrático? Considérese que el instrumentalismo inicialmente descarta una respuesta de principio a esta pregunta; pero, quizás, como una cuestión de principio moral, se podría llegar a responder que ello ocurre porque determinados asuntos deberían no ser decididos democráticamente. Pero esta no es la línea instrumentalista, el instrumentalismo se ha limitado a sí mismo a un enfoque empírico aquí. Debe fundamentar la falta de confiabilidad de los procedimientos democráticos en su probabilidad de producir resultados justos. Pero, de nuevo, es difícil ver cómo se puede determinar bien de antemano qué tipo de casos harían las decisiones democráticas poco confiables. Seguramente esto depende de las circunstancias específicas

La segunda razón del fracaso del argumento instrumental consiste en razones que tienen que ver con la competencia institucional. Los instrumentalistas deben asumir que es más probable que las cortes produzcan mejores decisiones sobre importantes asuntos morales que el poder legislativo. Pero esta presunción no está del todo justificada. Es cierto, por supuesto, que las cortes tienen ciertas ventajas en este sentido. Por ejemplo, deben escuchar los argumentos presentados por las partes interesadas, tienen que justificar sus decisiones públicamente mediante argumentos motivados, y otros. Así existen algunos elementos institucionales en la forma como las cortes producen sus decisiones que favorecen la deliberación moral adecuada. Por otra parte, también hay algunos problemas serios. Para comenzar, las cortes están por lo general bajo la fuerte presión política de emitir sus argumentos en términos jurídicos, es decir, justificando sus decisiones por medios legalistas, incluso cuando (como en la mayoría de los asuntos constitucionales) la decisión es en realidad sobre un asunto claramente político o moral. Esta

³⁴ Sin duda, no estoy asumiendo que existe alguna distinción natural entre asuntos constitucionales y no constitucionales. La afirmación aquí es que las constituciones se inclinan por atrincherar asuntos de principios político-morales, no un proceso de toma de decisión que sea diseñado para ser más confiable en ámbitos que requieren conocimiento especial.

pretensión legalista, que las cortes encontrarían muy difícil de evitar, no favorece particularmente la buena deliberación moral. Segundo, las cortes por lo general operan de una forma adversarial, mediante la cual las partes en una controversia específica arguyen su caso en frente a ellas. Los asuntos morales y políticos de gran importancia, sin embargo, deberían tener en cuenta una amplia variedad de asuntos e intereses, que pueden no estar adecuadamente representados en un procedimiento adversarial. Finalmente, debe tenerse en cuenta que los jueces no son expertos en deliberaciones morales. Los jueces constitucionales pueden ser reyes, pero no son reyes filósofos. Nada en la educación jurídica y en la experiencia que los jueces adquieren los prepara mejor para conducir una buena deliberación moral que los legisladores u otros miembros (razonablemente educados) de la comunidad.

Se tiene que admitir que tales asuntos de competencia institucional no sean concluyentes en ninguna forma. Pero al menos debemos ser cautelosos. La legislación parece ser un asunto desordenado, y las personas tienden a tener a las cortes en una alta opinión, admirando su civilidad y su procedimiento deliberativo. Es muy fácil y muy engañoso llegar con ello a la conclusión de que las cortes probablemente toman mejores decisiones morales que el poder legislativo. Debemos tener en cuenta que los jueces en casos constitucionales con frecuencia están tan divididos sobre la conclusión como el público en general³⁵. Como mínimo, debemos considerar sospechoso al argumento instrumental y asumir que no es concluyente.

C. El argumento del valor intrínseco

Este segundo argumento comienza con la hipótesis contraria. Tiene como premisa el valor intrínseco del proceso democrático de toma de decisiones, pero también señala los límites morales inherentes a este valor. Asume, por ejemplo, que la justificación de la democracia se basa en el valor de la distribución igual del poder político. Pero ahora surge la pregunta: ¿Qué debe contar como el poder político que debe distribuirse por igual? Seguramente no es el poder sobre cualquier decisión que las personas pueden tomar, ni siquiera cualquier decisión que pueda afectar las vidas de muchos otros³⁶. Para que algo como el argumento de la igualdad funcione (o, en lo

³⁵ Un punto resaltado en repetidas ocasiones por Jeremy Waldron.

³⁶ Como ejemplo, consideremos esto: la decisión de J. K. Rowling de escribir o no otro episodio en su serie de Harry Potter afecta las vidas de millones. Seguramente, esta no es la clase de decisión que debería ser objeto de un proceso democrático.

relevante, cualquier argumento similar basado en la equidad), tendríamos que articular una concepción determinada de lo que cuenta como una decisión política, una en la cual las personas tengan una parte igual en su realización. Pero esto sólo implicaría que el valor de la democracia debe tener sus límites inherentes en el alcance de su aplicación, puede aplicarse sólo a determinadas áreas y no a otras. Y esto, este argumento sostiene, precisamente es que lo que hacemos cuando removemos determinadas decisiones del proceso democrático ordinario; solo delineamos (como es lo adecuado) la esfera en la que el valor de la igualdad de distribución de poder político se aplica.

Refutación: Las constituciones no mitigan la necesidad de tomar decisiones autoritativas sobre asuntos de controversia pública: Ellas solo desplazan la toma de decisiones autoritativas de los muchos a los pocos, es decir, de toda la comunidad a los pocos individuos que conforman la corte constitucional o suprema. Para justificar el constitucionalismo no es suficiente justificar la exclusión de determinados asuntos del proceso democrático. Se debe también justificar su inclusión en la autoridad de toma de decisiones de las cortes. Es muy difícil ver como tal justificación podría provenir de consideraciones de equidad. ¿Qué principio de equidad podría probablemente justificar la autoridad única de la corte de tomar decisiones públicas que deben ser removidas del proceso democrático? Las consideraciones de equidad, para estar seguros, tienen mucho que ver con la autoridad de las cortes para decidir disputas privadas y la resolución de conflictos entre individuos. Las consideraciones de equidad también pueden también apoyar la legitimidad de las decisiones de las cortes sobre asuntos de aplicación del derecho a casos particulares, resolviendo asuntos de interpretación jurídica, y similares. Pero nada de esto está en discusión aquí. Lo que estamos buscando es un argumento que demuestre que hay asuntos de interés público general, potencialmente controversiales y moralmente importantes, que las cortes (y no el poder legislativo) deben resolver, porque tales problemas no deben estar sujetos a la autoridad democrática. No conozco ninguna consideración de equidad que pueda posiblemente apoyar tal conclusión

D. El argumento del consenso profundo

Este argumento sostiene que las constituciones pretenden atrincherar asuntos de principios morales y políticos que reflejan un profundo nivel de consenso en la comunidad. Todo lo que se busca con el atrincheramiento constitucional, como hemos notado desde el principio, es proteger profun-

dos valores arraigados de los caprichos momentáneos y miopes y de las tentaciones políticas. Por lo tanto, este argumento afirma, está bien justificado remover la protección de esos profundos valores arraigados del proceso democrático regular y confiársela a las cortes. Ahora bien, un aspecto crucial de este argumento del consenso es la distinción que traza entre problemas de opinión moral, que son superficial y potencialmente controversiales, y algún nivel más profundo de compromiso moral que es ampliamente compartido en la comunidad. Como recientemente ha dicho Wil Waluchow: “el papel de los jueces no es someterse a los deseos inauténticos de la mayoría y hacer valer sus opiniones y evaluaciones morales erróneas y su disonancia evaluativa [...] Su labor es respetar y hacer valer los compromisos verdaderos de la moralidad constitucional de la comunidad en equilibrio reflexivo³⁷”.

La necesidad de esta distinción entre opiniones morales y compromisos morales profundos es muy clara: en sociedades pluralistas, las personas parecen no estar de acuerdo en una gran parte de sus juicios morales sobre la concepción de lo bueno y lo justo. Los desacuerdos morales son abundantes. Pero, este argumento sostiene, que existe un nivel más profundo de compromisos morales, y es éste nivel más profundo de consenso lo que debemos traer al frente en los casos constitucionales. De hecho, el punto es mucho más sutil. Como Waluchow enfatiza, no hay necesidad de asumir que este nivel profundo de consenso moral sea explícito de ninguna forma. Y ciertamente no hay consenso en los detalles. La premisa es que hay suficientes compromisos morales compartidos en el nivel profundo que generan una moralidad constitucional más articulada a través de algunos procesos de razonamiento o “equilibrio reflexivo”

El argumento del consenso necesita establecer un punto adicional. Incluso si existe tal nivel de consenso profundo sobre la moralidad constitucional de la comunidad, debe también mostrar que la institución que de forma más probable aplique mejor esos valores es el poder judicial, y no el órgano legislativo. Si existe una distinción entre valores auténticos y no auténticos, con frecuencia erróneos, de opinión moral, la tesis debe ser que los jueces son quienes de forma más probable pueden tomar decisiones constitucionales basándose en los valores auténticos correctos, y no el poder legislativo o ninguna otra institución democrática. ¿Hay algunas razones que apoyan esta premisa? Presumiblemente, la razón es ésta: la legislación democrática

³⁷ Wil Waluchow, *A Common Law Theory of judicial review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 [*Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el 'common law': Un árbol vivo*, Madrid, Marcial Pons, 2009]. *N. de. T.* Para una defensa de este argumento, véase el capítulo XI de este volumen.

es un proceso representativo y de negociación. Los legisladores representan los intereses (auto-percibidos) de sus electorados. Aquellos intereses con frecuencia no coinciden con los intereses de otros electorados, y el proceso de la legislación es básicamente de negociación y acuerdo. La legislación es un acuerdo entre partes que tienen algunos intereses en común y muchos otros en oposición. Es muy poco probable que tal proceso de negociación se base en los valores morales auténticos subyacentes de la comunidad en su conjunto. De forma más probable, reflejará un acuerdo tentativo y a menudo sesgado entre intereses y opiniones superficiales. Las decisiones judiciales, por otro lado, no se basan en la representación ni se producen por un proceso de negociación³⁸. Los jueces no tienen que representar electorados ni tienen que negociar. Son libres para fundamentar sus decisiones en los valores morales que son profundamente compartidos por la comunidad en su conjunto. Además, como enfatiza Waluchow, las decisiones judiciales en casos constitucionales tienen una ventaja decisiva, que él llama la aproximación “de abajo hacia arriba”: la interpretación constitucional procede caso por caso. El Derecho constitucional se desarrolla en una forma de common law, partiendo de decisiones concretas sobre asuntos particulares, de forma gradual, se genera una generalidad mayor; y no al revés, de lo general (principios potencialmente controversiales) a reglas y decisiones concretas

Como Waluchow lo ve, la idea sobre el nivel profundo de consenso que sustenta el constitucionalismo básicamente responde a la preocupación por el pluralismo; y la aproximación del common law que es característica del Derecho constitucional responde a la preocupación por el problema intergeneracional. Como Waluchow dice:

Lejos de basarse en la premisa injustificada de podemos tener de antemano todas las respuestas correctas a los problemas controversiales de la moralidad política que pueden surgir en los procesos de constitucionalidad frente a la acción gubernamental, y que ello fundamenta la imposición de estas respuestas a nuestros sucesores, la concepción del common law deriva [...] del sentimiento exactamente contrario: de un reconocimiento de que no tenemos todas las respuestas, y que es sabio diseñar nuestras instituciones jurídicas y políticas deliberadamente en formas que sean sensibles a esta característica de nuestro predicamento.³⁹

³⁸ Aquellos que saben algo sobre el funcionamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos, pueden elevar sus cejas aquí: al menos en los Estados Unidos, una gran parte de la toma de decisiones de la Corte Suprema se basa en una sutil negociación entre sus nueve jueces. En gracia del argumento, ignoremos esto.

³⁹ Waluchow, Wil, “Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 28, núm. 2, 2005.

Este es un argumento complejo, así que permítaseme resumirlo.

1. Bajo la superficie de desacuerdo de opiniones morales, existe un nivel profundo de consenso sobre los valores morales fundamentales, o, al menos, consenso suficiente para generar algunos principios que reflejen tal consenso profundo. Las constituciones pretenden atrincherar esos valores profundos

2. El atrincheramiento constitucional de estos valores profundos es necesario para protegerlos de los caprichos de sentimientos populistas momentáneos y opiniones potencialmente inauténticas o equivocadas

3. Al menos comparado con el legislativo, el poder judicial está mejor equipado para descubrir⁴⁰ en cuáles son y en qué consisten esos valores profundos y aplicarlos a dilemas morales concretos en casos constitucionales

4. El descubrimiento y aplicación de los valores profundos se hace “de abajo hacia arriba”, de una forma casuística y no necesita presuponer que sabemos con antelación todas las verdades acerca de estos valores. Bajo una aplicación casuística, las decisiones constitucionales se adaptan a las circunstancias particulares y las necesidades sociales relevantes que están presentes al momento de la decisión relevante

5. Por lo tanto, el constitucionalismo (a) no socava el respeto por el pluralismo y (b) no implica la clase de mecanismo vinculante inter-generacional que el argumento del pre-compromiso asume

Refutación: Todos los pasos de este argumento son cuestionables. Sin embargo, me enfocaré en los dos mitos principales en los que se basa: el mito de Rousseau acerca de la “voluntad general” y el mito de Blackstone acerca de la sabiduría del common law. Waluchow no cita a Rousseau en su libro, pero su espíritu está sobre todo el argumento. Debajo del nivel superficial de la voluntad particular de los individuos, existe un ser moral comunitario más profundo y más auténtico que se dirige hacia el bien común. Ese bien común, o “voluntad general”, se abstrae de la opinión moral concreta, del ser auto-interesado, y solo puede ser revelado colectivamente, mediante un proceso que es deliberadamente no-agregativo. Es un proceso que debe ser orientado hacia el bien común, hacia el ser auténtico subyacente. Rous-

⁴⁰ No pongo ningún valor en el término “descubrir” aquí. Waluchow defiende algo como el método rawlsiano de equilibrio reflexivo, Dworkin se basa en su teoría de la “interpretación constructiva” y otros podrían tener una idea diferente en mente. Cualquiera sea el método elegido, no debería afectar el argumento del texto. Pero hay una excepción notable: el denominado “originalismo” en la interpretación constitucional no sería compatible con el argumento de Waluchow. Aquí estamos en completo acuerdo. Sobre por qué el originalismo no tiene sentido en la interpretación constitucional, véase mi “Constitutional Interpretation”, *cit.*

seau creyó que la democracia, correctamente restringida, era el proceso adecuado para generar la voluntad general. Los constitucionalistas como Waluchow y Dworkin (al menos como Waluchow lo entiende⁴¹) creen que ocurre exactamente lo contrario: la democracia está inevitable y desesperanzadoramente orientada hacia lo particular y lo inauténtico. Solo un proceso no democrático, un proceso que no esté diseñado para agregar voluntades particulares u opiniones morales, puede permitir que triunfe la “voluntad general” o la “moralidad constitucional” subyacente

No es necesario decir que este no es el lugar para ofrecer una crítica de la concepción de Rousseau de la “voluntad general” o de teorías similares del bien común⁴². Mi propósito al señalar esto es mucho más limitado. Primero, que debemos señalar lo que implica, en términos filosóficos, acoger el argumento del consenso profundo: nada menos que una defensa filosófica comprehensiva de la “voluntad general” o alguna concepción similar del bien común. Segundo, y más importante, debemos notar que el argumento de Waluchow no responde realmente el argumento del pluralismo, simplemente lo desaparece, por decirlo así. Aquellos que objetan al constitucionalismo basándose en el respeto por el pluralismo (como Waldron y, en este caso, yo) nos fundamentamos en la observación de que en las sociedades pluralistas, las personas están profundamente divididas en sus concepciones de lo bueno y lo justo. Y, de forma crucial, que estas controversias morales profundas son, dentro de ciertos límites, razonables y por tanto merecedoras de respeto. El argumento del consenso profundo manifiesta que ello no ocurre así. Existen dos formas de entender este argumento. Una es básicamente una cuestión fáctica; es simplemente la afirmación de que el pluralismo se basa en una premisa falsa. Los desacuerdos morales, de acuerdo con esta afirmación, no son tan profundos como el pluralismo manifiesta. Alternativamente, la afirmación podría ser que incluso si los desacuerdos son profundos, ellos no merecen la clase de respeto que el pluralismo asu-

⁴¹ No sin buenas razones. Los argumentos de Dworkin en el *Law's Empire* [*El Imperio de la Justicia*] (acerca del valor de la integridad y la importancia de ver decisiones políticas como si la comunidad hablara con una voz), ciertamente fundamentan la interpretación de Waluchow de la posición de Dworkin. De forma general, sus teorías constitucionales son muy similares.

⁴² De forma notable, las teorías contemporáneas que acogen tal énfasis en el bien común, las denominadas teorías de la democracia “deliberativa”, sostienen la tesis contraria: ellas afirman el valor de la deliberación pública extendida, abierta, incluyente e igualitaria como la clase de proceso que probablemente conducirá a las decisiones que constituyen (o están en concordancia) con el bien común. Véase, por ejemplo, Joshua Cohen, “Deliberation & Democratic Legitimacy”, en Bohman, K. y Reight W. (Eds.) *Deliberative Democracy*, Massachussets, MIT, 1996.

me, dado que no son lo suficientemente auténticos, ellos no manifiestan los valores morales reales que las personas que viven en una sociedad política deben compartir

No trato de defender al pluralismo aquí⁴³. Es suficiente señalar un aspecto relevante de éste: el pluralismo no sostiene que todo asunto moral es profunda y razonablemente controversial. Incluso frente a desacuerdos profundos y continuados, existen muchos valores morales que todos compartimos, o que, al menos, sería irrazonable no compartir. La objeción al constitucionalismo se basa en la idea de que esos valores compartidos son demasiado generales y abstractos para resolver las controversias morales y políticas que tienden a surgir en los casos constitucionales. Considérese, por ejemplo, la controversia sobre la permisibilidad del aborto. Para decirlo de una forma simple: algunos manifiestan que el aborto es (o es similar) a un homicidio y por ello debería ser prohibido. Otros niegan esto vehementemente. Se puede decir que aquellos quienes niegan que el aborto sea similar un homicidio admitirían que si el aborto es similar al homicidio, debería ser prohibido. Así que existe algo en lo cual ambos bandos están de acuerdo; todos compartimos la visión de que el homicidio es un ilícito grave y que debe ser prohibido. Pero este acuerdo general no puede resolver la controversia sobre la permisibilidad de los abortos. Aquellos quienes creen que el aborto es similar al homicidio de un ser humano adulto, basan sus creencias en una visión del mundo religiosa o de otro tipo, que es necesariamente opuesta a la visión del mundo de los liberales que defienden el derecho de elección. No es sólo algún desacuerdo superficial lo que podemos considerar como inauténtico. Para los católicos devotos, por ejemplo, existe poco más que un desacuerdo auténtico y profundo sobre sus creencias religiosas. Y para algunos ateos, existe algo más que un desacuerdo auténtico y profundo que su oposición a tales creencias. Así que el problema no es que no existe nada en el reino de los valores sobre lo que podamos realmente acordar. El problema es que existen muchos asuntos de profunda convicción moral sobre los cuales discrepamos, y que muchos de esos desacuerdos son razonables y deben ser respetados, y que la mayoría de las controversias que tienden a alcanzar a las cortes constitucionales son acerca de los valores y visiones

⁴³ En "Constitutional Interpretation" *cit.*, he sostenido con alguna extensión que discurso de los derechos es particularmente engañoso en este contexto. Básicamente, el argumento es que los derechos en las sociedades pluralistas son de tal naturaleza que es relativamente fácil acordar cuáles derechos debemos tener, pero este consenso es muy engañoso. La razón subyacente para tener derechos y sus ramificaciones adecuadas son casi inevitablemente controversiales.

morales sobre los cuales estamos profundamente divididos, no aquellas que todos compartimos.

El argumento del consenso, al menos en la versión de Waluchow, se basa en otro mito, el mito acerca de la sabiduría del common law. Permítaseme asumir en gracia de discusión, que existe un nivel profundo de consenso, que lo llamaremos la moralidad constitucional de la comunidad, que algunas veces debe prevalecer sobre los resultados de un procedimiento democrático. ¿Por qué deberíamos pensar que una corte suprema o constitucional es la institución adecuada para desarrollar el contenido de la moralidad constitucional de la comunidad y aplicar correctamente sus principios? Incluso si concedemos que los órganos legislativos democráticos están mal equipados institucionalmente para aplicar nuestra moralidad constitucional de manera correcta, ello no implica que los jueces hagan una mejor labor al respecto. Necesitamos alguna clase de argumento positivo para convencernos de que ello es así. Aquí la sabiduría del common law viene en nuestra ayuda: en oposición al órgano legislativo que normalmente promulga reglas generales, las cortes desarrollan el Derecho en forma casuística. Dado que las cortes se enfocan en las sutilezas morales del caso en cuestión, desarrollan una pieza pequeña de Derecho constitucional, de forma más humilde, como Waluchow afirma, y de forma más certera

Una implicación interesante de esta aproximación de common law al constitucionalismo es que convierte al texto constitucional en menos importante de lo que usualmente se asume. En parte, esto sería una cuestión de tradición constitucional que puede variar de lugar a lugar. No presionaré el asunto aquí. Sin embargo, sí quiero poner presión en la premisa de que el common law es generalmente más progresivo y moralmente confiable. No creo que sea ninguno de los dos

Mi objetivo no es demostrar que el common law sea, totalmente, un sistema malo. Lejos de ello. El argumento que quiero construir es que el common law tiene algunos problemas inherentes, y que estos problemas son aumentados de forma considerable en la interpretación constitucional. Permítaseme mencionar, brevemente, tres problemas conocidos con la adjudicación en el sistema del common law: es típicamente insular, se perpetúa así mismo, y carece de un mecanismo adecuado de retroalimentación. El common law es típicamente insular precisamente porque se encierra en un proceso de toma de decisiones que se enfoca en casos particulares, en procedimientos adversariales que no necesariamente le permiten a las cortes ver el problema social o moral entero en su rango completo de complejidades. Al decidir casos particulares, los jueces se ven forzados a enfocarse en las características particulares del caso en cuestión (al menos en alguna medida) y

están restringidos por los argumentos y evidencia fáctica presentada por las partes del litigio. Algunas veces ello es suficiente para que surja una buena decisión, pero a menudo no es así. Segundo, la adjudicación en este sistema, como es obvio, se basa en la fuerza vinculante del precedente. Los jueces se basan en sus decisiones previas, de forma típica extendiendo el alcance de las piezas. Esto es básicamente un mecanismo de auto-perpetuación. Su peligro consiste en el hecho de que al igual que permite la expansión de posiciones correctas, está obligado a expandir los efectos de los errores

Finalmente, y de forma más importante, una mirada detallada al sistema del common law refleja que tiene pocas oportunidades de corregirse mediante un mecanismo de retroalimentación. El principal mecanismo de retroalimentación que tienen los jueces es en forma de casos adicionales que les lleguen. Pero entonces ya se han establecido dentro de su conjunto previo de precedentes, así que no existe mucha retroalimentación. (De hecho, es mucho peor: Los precedentes de un área del derecho crean un filtro de los de casos que pueden llegar a las altas cortes. Los litigantes potenciales usualmente no tienen dinero para gastar en litigios sin esperanza). En contraste, los legislativos tienen una retroalimentación más desarrollada a su disposición. Grupos de interés, organizaciones populares, instituciones gubernamentales, resultados de elecciones, y por supuesto las mismas cortes pueden proporcionar al órgano legislativo con la información acerca de los efectos potenciales o reales de su legislación. La gran ventaja del common law no constitucional es que no es un sistema cerrado: en cualquier momento en el tiempo, el legislativo puede intervenir y corregir el curso, o algunas veces cambiándolo completamente mediante nuevas normas. Pero en casos constitucionales esta opción no es posible. La única forma de cambiar el curso es una enmienda constitucional. Y esto es a menudo es mucho costoso y difícil de alcanzar.

En casos no constitucionales, el common law y el derecho legislado se complementan. El Derecho se desarrolla en un proceso continuo de negociación entre los poderes judicial y legislativo, donde cada institución puede corregir a la otra. El problema del common law constitucional en un sistema constitucional robusto es precisamente la carencia de este proceso de ajuste mutuo. Es un sistema cerrado donde las cortes tienen la última palabra en las cuestiones constitucionales y sus decisiones son muy difíciles de cambiar mediante un proceso de enmienda. Adicionalmente, dado que las enmiendas son difíciles de realizar, las decisiones constitucionales tienden a ser de muy larga duración. No veo nada particularmente humilde en este proceso, y mucho menos nada que nos reasegure que el common law constitucional es lo suficientemente sensible al reconocimiento de nuestra falibilidad mo-

ral, como Waluchow sostiene. Dado que sus falencias son conocidas, la legislación democrática tiene la siguiente ventaja considerable: las decisiones alcanzadas mediante un proceso democrático pueden ser cambiadas por el mismo proceso. Y si una decisión es particularmente controversial, probablemente no dure mucho tiempo. Aquellos quienes perdieron hoy, pueden ganar mañana. En una sociedad pluralista, así es como debe ser

Se puede pensar que todo esto es pura cuestión de especulación. Después de todo, tenemos una larga historia de control judicial de constitucionalidad, y la historia nos puede mostrar... Bueno, ¿qué es lo que nos puede mostrar? ¿Qué las cortes constitucionales tienden a ser más progresistas que los legislativos? ¿Qué las cortes constitucionales han hecho un trabajo admirable en proteger los derechos que debemos tener? ¿O quizá que las cortes tienden a mantenerse firmes frente a la opinión pública y protegen a las minorías vulnerables e impopulares? Tales lecciones son muy difíciles de aprender de una historia constitucional larga y compleja. La imagen de la historia está en los ojos de espectador. Y, de cualquier forma, nuestra visión será difusa, dado que es muy difícil saber cuáles hubieran sido los contrafacticos relevantes. Quizá sin control judicial de constitucionalidad, los órganos legislativos hubieran errado incluso más; o quizá sería todo lo contrario, y teniendo responsabilidad completa de sus acciones, los legislativos hubieran hecho un trabajo (incluso) mejor. Es muy difícil de saber.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Si mis argumentos son correctos, el constitucionalismo robusto enfrenta algunos problemas graves de legitimidad. ¿Cuáles son las implicaciones político-morales de esto? Existen dos ámbitos en los cuales la cuestión es pertinente: el ámbito de la interpretación constitucional y el ámbito del diseño constitucional. Me gustaría concluir con algunas palabras sobre cada uno

Este no es el lugar para articular una concepción de la interpretación constitucional.⁴⁴ La cuestión que quiero abordar aquí es si el problema de legitimidad debería tener alguna relevancia particular en la pregunta de cómo los jueces deben interpretar el documento constitucional. De hecho, solo me gustaría dar una línea de pensamiento tentativa como respuesta: puede ser tentador pensar que como la misma legitimidad de una constitución robusta está en duda, los jueces deben ejercitar una restricción considerable en su interpretación. En otras palabras, se puede pensar que como han surgido

⁴⁴ He hecho esto en otro lugar. Véase, "Constitutional Interpretation", *cit.*

dudas sobre la legitimidad de las constituciones, ello implica un argumento contra al activismo judicial en el ámbito constitucional. No creo que sea así.

Los asuntos constitucionales son principalmente (o, al menos, a menudo) asuntos morales. Una decisión constitucional correcta tiene que ser moralmente correcta. En casos constitucionales, los jueces tienen el poder de hacer una diferencia moral relevante. Las dudas que hemos levantado sobre el constitucionalismo implican que los jueces no deberían tener tal poder. Pero ello no implica que si los jueces en realidad lo tienen, entonces deberían abstenerse de tomar la decisión moral que sea correcta en las circunstancias. Consideremos el siguiente ejemplo: supongamos que las decisiones acerca de contratar un nuevo profesor en la facultad debe hacerse en un proceso deliberativo, incluyente y cuasi-democrático que incluya a todo el profesorado. Sin embargo, siendo así, en determinada universidad, tales decisiones son tomadas solamente por el decano. (Asúmase también que no existe una forma en la cual el decano o nadie más pueda cambiar esto). Ahora consideremos el siguiente dilema que enfrenta el decano: existen dos candidatos para un solo puesto docente; uno de los candidatos es mejor que el otro académicamente y en otros aspectos relevantes. O al menos, así lo cree él. También tiene buenas razones para creer que el profesorado hubiera escogido al otro candidato, al inferior. ¿Cómo debería decidir el decano?⁴⁵ El argumento bajo consideración nos llevaría a concluir que dado que la autoridad del decano de tomar tales decisiones es moralmente cuestionable, deberíamos dar respeto a los presuntos deseos del profesorado y llegar a una decisión que, en este caso, sería elegir al inferior. Pero no puedo ver ninguna buena razón para apoyar tal conclusión. Si el decano es el único que tiene la autoridad para tomar las decisiones, sin importar cuán dudosa sea la autoridad, la conclusión correcta es que el decano debe llegar a la mejor conclusión posible según los méritos del caso. De otra forma, sólo estaríamos cometiendo un error encima de otro. Tendríamos un mal proceso y malos resultados. Si el mal proceso no puede ser cambiado, al menos deberíamos aspirar a obtener los mejores resultados posibles. Es cierto que la analogía con el control judicial de constitucionalidad no es completamente exacta. En algunos casos constitucionales los jueces tienen la opción de en realidad poner la decisión de nuevo en el campo democrático. Si tienen esa posibilidad, no veo argumento contra ello.⁴⁶

⁴⁵ Para efectos del ejemplo, debemos ignorar las restricciones prácticas e institucionales que pueden surgir en tales decisiones.

⁴⁶ Debo aclarar esto: no quiero afirmar que este argumento se aplica sin cualificaciones a los sistemas federales, donde la decisión de la Corte les permite a los estados (o regiones) tomar la decisión democráticamente dentro de su jurisdicción. Esta es una cuestión mucho

Permítaseme concluir con algunas palabras sobre el diseño institucional. Aquí la conclusión es más directa: si existe una preocupación seria acerca de la legitimidad de un constitucionalismo robusto, deberíamos aspirar a hacer los regímenes constitucionales menos robustos. Para dejar claro mi punto, no estoy sugiriendo que debamos tener constituciones. Pero si las tenemos, entonces al menos deberíamos tener un paquete menos robusto. Existen varias formas de hacer esto, algunas son mejores que otras. La “cláusula derogatoria” de la sección 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades parece ser una forma particularmente atractiva de suavizar la robustez de las constituciones. Básicamente, la sección 33 permite al órgano legislativo revocar la decisión constitucional de la corte, pero sólo puede hacer eso pagando un precio político: el Parlamento debe hacer explícito que está haciendo precisamente eso, revocando una decisión de corte, y que debe revisar la decisión periódicamente⁴⁷. Este arreglo jurídico avanza hacia una respuesta a la clase de preocupaciones acerca de la legitimidad de las constituciones que hemos hecho aquí. Primero, mitiga substancialmente las preocupaciones inter-generacionales. En la medida en la que la última palabra de las cuestiones constitucionales se mantiene en un órgano legislativo elegido democráticamente, el efecto vinculante de la constitución se reduce substancialmente; Ulises está atado al mástil, pero puede ser desatado por el proceso democrático en cualquier momento. Es cierto, hay un precio para desatar a Ulises, pero el precio no socava la autoridad democrática⁴⁸. Por razones similares, aunque en una medida menor, esta la “cláusula derogatoria” también mitiga un poco nuestras preocupaciones sobre el pluralismo. ¿En qué medida? Me temo que esta es una pregunta difícil de responder. Parcialmente depende de las circunstancias específicas de las sociedades en cuestión, de su cultura política y de aspectos particulares de los regímenes sobre los cuales no puedo especular en abstracto.

más complicada, que involucra preguntas sobre la división del poder adecuada entre las autoridades federales y locales.

⁴⁷ La formulación específica de la sección 33 genera algunas dudas interpretativas que no requieren ser discutidas aquí.

⁴⁸ A este momento, la sección 33 no ha sido invocada por el órgano legislativo canadiense a nivel federal. No encuentro esto particularmente desalentador. Las sanciones jurídicas no siempre deben ser aplicadas para cambiar la conducta de los agentes relevantes.