



FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. CUESTIONES FUNDAMENTALES

JORGE LUIS FABRA ZAMORA
LEONARDO GARCÍA JARAMILLO
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.
CUESTIONES FUNDAMENTALES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie VERSIONES DE AUTOR, núm. 4

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Alan Francisco Osorio
Apoyo editorial

Ana Julieta García Vega
Formación en computadora

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. CUESTIONES FUNDAMENTALES

JORGE LUIS FABRA ZAMORA
LEONARDO GARCÍA JARAMILLO
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2015

La serie “Versiones de autor”, a la que pertenece el presente volumen, reproduce las versiones originales de los autores, por lo que no se efectuó corrección ortotipo-gráfica alguna.

Primera edición: noviembre de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-7386-5

CONTENIDO

Prefacio	XI
Jorge Luis FABRA ZAMORA Leonardo GARCÍA JARAMILLO	
I. <i>Introducción: Filosofía del Derecho Constitucional.</i>	1
Jorge Luis FABRA ZAMORA	
PRIMERA PARTE	
NATURALEZA, JUSTIFICACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	19
II. <i>Concepto y funciones de las constituciones.</i>	21
Larry ALEXANDER	
III. <i>¿Son legítimas las constituciones?</i>	37
Andrei MARMOR	
IV. <i>La Constitución de los Estados Unidos y la regla de reconocimiento</i>	73
Kenneth Einar HIMMA	
V. <i>Constituciones supranacionales: La discusión entre la Constitución formal y la Constitución material.</i>	109
Neil MCCORMICK	
VI. <i>Los méritos del constitucionalismo global.</i>	119
Anne PETERS	
VII. <i>Un alegato a favor de la constitucionalización del derecho internacional</i> . . .	137
Jürgen HABERMAS	
SEGUNDA PARTE	
LEGITIMIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA DEMOCRACIA . .	149
VIII. <i>El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación.</i> . . .	151
Jeremy WALDRON	

IX. <i>Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa...</i>	219
Robert ALEXY	
X. <i>Strauss, democracia y constitucionalismo del árbol vivo...</i>	235
Wilfrid J. WALUCHOW	
XI. <i>Un sistema democrático de control de constitucionalidad...</i>	279
Horacio SPECTOR	
XII. <i>El centro de la argumentación fácil a favor del control de constitucionalidad de la legislación...</i>	295
Alon HAREL y Tsvi KAHANA	

TERCERA PARTE

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES	327
XIII. <i>Acerca de la Interpretación: La cláusula sobre el adulterio de los Diez Mandamientos...</i>	329
Sanford LEVINSON	
XIV. <i>Interpretación constitucional: Algunas alternativas teóricas y una propuesta...</i>	337
Josep AGUILÓ REGLA	
XV. <i>La doctrina colombiana de la conexidad como regla constitucional de decisión...</i>	367
Mitchell N. BERMAN	
XVI. <i>Propiedades clasificantes y cualificantes de los derechos fundamentales...</i>	393
Martin BOROWSKI	
XVII. <i>La racionalidad de la ponderación...</i>	409
Carlos BERNAL PULIDO	
XVIII. <i>Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...</i>	433
Laura CLÉRICO	

CUARTA PARTE

UN DEBATE SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO	457
XIX. <i>¿Existe el neoconstitucionalismo?</i>	459
Mauro BARBERIS	

XX. <i>Intento de conceptualización y defensa del neoconstitucionalismo</i>	483
Leonardo GARCÍA JARAMILLO	
XXI. <i>Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista.</i>	521
Luigi FERRAJOLI	
XXII. <i>Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción</i>	573
Pedro SALAZAR UGARTE	

PREFACIO

Este libro proporciona una primera presentación de las cuestiones fundamentales de la filosofía del derecho constitucional en el contexto latinoamericano. Como no podemos hacer justicia a todos los temas de esta vasta área, hemos identificado cuatro cuestiones que a nuestro juicio son las más centrales: (1) la naturaleza, justificación e internacionalización de la Constitución; (2) la legitimidad del tribunal constitucional; (3) la interpretación y aplicación de las normas constitucionales y los derechos fundamentales; y, (4) el neoconstitucionalismo que ha enseñado un particular interés por las cuestiones analíticas y normativas del derecho constitucional.

Para el estudio de estos cuatro asuntos, hemos solicitado contribuciones originales y hemos seleccionado algunas traducciones de textos clásicos que, por igual, nos presentan el panorama general de los debates y las principales aproximaciones sobre cada uno de los temas seleccionados, conjuntamente con creativos análisis y novedosas propuestas. Dado el carácter suprasistémico de nuestra área, podemos contar con algunos de los teóricos más importantes de las tradiciones del *common law* y *civil law*, además de algunos reconocidos especialistas en Argentina, Alemania, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos, Israel, Italia, México, Nueva Zelanda, Reino Unido y Suiza, quienes aportan diferentes perspectivas filosóficas sobre los mismos problemas. El libro se ha organizado siguiendo cada uno de los ejes temáticos elegidos.

Creemos que estos escritos son un buen punto de partida para esta reflexión sobre esta área de trabajo que se halla en un punto de intersección entre el derecho y la filosofía. Estamos seguros de la calidad y pertinencia de las contribuciones para enriquecer el debate iusconstitucional contemporáneo. Esperamos que el libro responda bien a los desafíos que se ciernen sobre las ediciones académicas: la sólida estructura general y la rigurosa coherencia entre sus contenidos. Sólo así podrá eventualmente contribuir a configurar el estado del arte sobre algunos de los principales puntos transversales a las distintas contribuciones, y ser un material de enseñanza útil para cursos de pregrado y post-grado en derecho y filosofía.

Agradecemos a los autores que contribuyen a este volumen no solo con sus respectivas contribuciones, sino también con su generosa disposición a mantener un prolongado diálogo que nos permitió depurar y mejorar la propuesta originalmente concebida. Los autores no solo cedieron los textos con generosidad sino que los complementaron, ajustaron y corrigieron para transformar las primeras versiones de sus respectivos trabajos en los capítulos destinados a esta obra. Adicionalmente, queremos reconocer la colaboración de Juan Acosta, Leider Gómez, Nicolás Guzmán, Catalina Pastoriza y Piero Maiteri-Gentili por la cuidadosa traducción de algunos capítulos. Debemos hacer un reconocimiento especial a Andrés Molina, quien realizó dos traducciones y revisó varios capítulos de este volumen. Finalmente, los editores no pueden dejar de agradecer el apoyo de Profesor Enrique Cáceres en la Universidad Nacional Autónoma de México para hacer posible este proyecto.

Una nota sobre las traducciones utilizadas. Se traduce “judicial review” generalmente “control de constitucionalidad” y “control judicial de la legislación” en los capítulos VI, VIII y XII por las necesidades especiales del argumento expuesto.¹ La palabra “case” que se incluye en varios títulos (“the core of the case case” y de “easy core case”), se traduce como “argumentación”, a falta de una mejor expresión.² La expresión “entrenchment”, se traduce como “atrincheramiento” que es un término con el que aparece en numerosas traducciones al castellano.³ “Rule of law” se traduce por principio de legalidad o Estado de Derecho. Igualmente, se sigue la tradición

¹ La adaptación de “judicial review” por “control de constitucionalidad” se fundamenta en la exposición más legible. Sin embargo, en el capítulo V, sobre constitucionalismo global, la expresión “control de constitucionalidad” es inapropiada, pues no técnicamente hay una “constitución global” que los jueces controlen. En el capítulo VIII, Waldron explicita diferencia el “control judicial de la legislación” del control de “constitucionalidad”. Entre las varias distinciones que Waldron presenta, afirmar que su argumento se refiere a cuando el poder judicial controla la legislación basándose en derechos individuales, estén o no estos consagrados constitucionalmente. Por ejemplo, en el Reino Unido, la Declaración de derechos no es una norma constitucional. Finalmente, como el capítulo XI se formula directamente en respuesta a Waldron, hemos decidido conservar la misma expresión en ambos casos.

² Vale decir que hemos intentado capturar la expresión “the core of the case against/for judicial review” que aparece en los capítulos de Waldron y Harel, como “el centro de la argumentación a favor/en contra del control de constitucionalidad”. Aunque la traducción es tan exacta ni tan sonora como su original, esperemos poder así capturar los contrastes que desean formular entre estos dos autores.

³ Véase, por ejemplo, la traducción al castellano de Pablo de Lora de *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el ‘common law’*, *op. cit.*, o de Águeda Quiroga, Águeda y Josep Lluís Martí i Vilalta de *Derecho y Desacuerdos* de Jeremy Waldron, *op. cit.* “Rigidez”, sin embargo, podría ser otra alternativa.

de traducir el adjetivo “undemocratic” como “antidemocrático”. “Statute” se traduce como ley o legislación ordinaria en la mayor parte de los casos. “Living tree”, “living constitution” y “living constitutionalism” se traducen por “árbol vivo”, “Constitución viva” y “constitucionalismo vivo” respectivamente. En el capítulo X, donde se incluye numerosas referencias la legislación canadiense, se siguen las traducciones oficiales proporcionadas por el gobierno Canadiense. Notablemente, se traduce “Patriation,” por “patriación” (y no por “repatriación”); “reference”, un procedimiento especial de consulta del gobierno a las cortes bajo el derecho canadiense, por “consulta” y “notwithstanding clause”, la facultad del Parlamento de promulgar bajo ciertas limitaciones una ley que ha sido declarada inconstitucional por el judicial, por “cláusula derogatoria”⁴. Justificamos nuestras elecciones porque dan fluidez a los textos, capturan un buen sentido de las expresiones originales y continúan con los usos que se han seguidos en otras traducciones.

Jorge Luis Fabra Zamora, Hamilton ON Canada
Leonardo García Jaramillo, Medellín, Colombia

El presente libro es producto de la línea de investigación “Las transformaciones de la Filosofía del Derecho y del Estado en el mundo globalizado” adscrito al Grupo de Investigación “Estado, Derecho y Territorio” de la Universidad Libre – Bogotá, Colombia.

⁴ Véase, Constitution Act de Canada, 1982, sección 33.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN:

FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Jorge Luis FABRA ZAMORA*

SUMARIO: I. *Filosofía del derecho constitucional*. II. *La Constitución: su naturaleza, legitimidad e internacionalización*. III. *La legitimidad del tribunal constitucional*. IV. *Interpretación constitucional y derechos fundamentales*. V. *Neoconstitucionalismo*. VI. *Comentario Final: Filosofía del Derecho Constitucional en Ítalo-ibero-américa*.

I. FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los temas fundacionales del Derecho constitucional suscitan un conjunto de profundos problemas filosóficos. Por ejemplo: ¿Qué es una Constitución? ¿Por qué debemos tener una? ¿Cómo sabemos cuál es la Constitución de un país? ¿Está la Constitución constituida solamente por las reglas escritas? ¿De dónde deriva su autoridad? ¿Cuándo es legítima? Además de ello: ¿Qué tipo de normas contiene una Constitución? ¿Cómo deben interpretarse y aplicarse estas normas? ¿Qué institución debe hacerlo? ¿En qué medida las constituciones limitan el poder? ¿Es solo posible pensar en la existencia de constituciones o normas constitucionales dentro fuera del Estado-nación? ¿O podemos hablar hoy de un constitucionalismo transnacional o incluso global?

* El presente artículo es resultado de la línea de investigación “Las transformaciones de la Filosofía del Derecho y del Estado en el mundo globalizado” adscrito al Grupo de Investigación “Estado, Derecho y Territorio” de la Universidad Libre – Bogotá, Colombia. Agradezco los amables comentarios del co-editor de la presente obra: Leonardo García Jaramillo.

El estudio de estas preguntas y otras relacionadas, que ocupan a filósofos, teóricos y juristas interesados por la naturaleza del derecho y el Estado, recientemente ha venido a revitalizar el campo de estudio y análisis denominado *filosofía del derecho constitucional*¹.

Aunque hay puntos de intersección, la perspectiva del filósofo del derecho constitucional es diferente de la perspectiva del dogmático jurídico. El teórico tradicional a menudo se limita a utilizar las herramientas de la ciencia jurídica para proporcionar una lectura coherente y sistemática del documento constitucional y de los pronunciamientos judiciales en una jurisdicción particular. El filósofo, por otra parte, se aproxima al problema constitucional desde dos perspectivas, a saber, *analítica*, es decir, intentando proporcionar una explicación de los conceptos y la naturaleza de nuestras instituciones constitucionales que es previa a todo intento de teorización sobre ellas; y *normativa*, es decir, tratando de comprender los principios y valores morales y políticos subyacentes que informan nuestras instituciones constitucionales. En otras palabras, mientras la tarea del teórico tradicional es explicar en qué medida un sistema particular es coherente y sistemático, la tarea del filósofo consiste en explicar los conceptos fundamentales del derecho constitucional y proporcionar su justificación política y moral. La filosofía del derecho constitucional es, en el primer sentido, un ejercicio de elucidación conceptual y, en el segundo sentido, un ejercicio de filosofía moral y política aplicada al fenómeno jurídico constitucional.²

¹ Sobre la filosofía del Derecho constitucional, véase Larry Alexander (ed.) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998; Richard N. Bonaugh, C. Barry Hoffmaster y Stephen B. Shazer, *Readings in the Philosophy of Constitutional Law*, Toronto, Kendall/Hunt Publishing Company, 1985; Jules Coleman y Anthony Sebok, *Outstanding Essays in Philosophy of Law*, vol. 3 (*Constitutional law and its interpretation*), New York, Garland Publishing, 1994; Francisco Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003; Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller y Jeffrey Paul, *What should constitutions do?* Cambridge, Cambridge University Press, 2011. Además, varios artículos introductorios pueden verse en la Sección 3 de Thomas Christiano & John Christman (eds.) *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Malden: Wiley Blackwell, 2009; los capítulos 6 a 10 de Dennis Patterson (ed.) *A companion of philosophy of law and legal theory*, Oxford, Wiley Blackwell, 2009; la sección IX de la Parte III de Andrei Marmor (ed.) *Routledge Companion of The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York, Routledge, 2012, y en los capítulos 52 a 57 de Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.) *Enciclopedia de Filosofía del derecho y teoría jurídica*, vol. 3, México, IJ UNAM, 2014, y David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn (eds.) *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, próximamente. Véase también el número 105 del *ARSP*, dedicado a Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen.

² Sobre el carácter filosófico de las diferentes ramas de la filosofía del derecho especial, véase, Jorge Luis Fabra Zamora, “Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual: Un lla-

El presente libro constituye un intento para fundamentar esta perspectiva de estudio al proporcionar la primera presentación sistemática de las cuestiones fundamentales de la filosofía del derecho constitucional en el contexto latinoamericano. Como primer paso de esa labor, la presente introducción está enfocada en exponer las principales *preguntas* o *problemas* que motivan la reflexión filosófica en el derecho constitucional y las líneas argumentativas que se han utilizado para abordarlas. Además, se ha hecho un esfuerzo por incluir una selección bibliografía actualizada que de algún contexto a los debates y que sirva de fuente de consulta para los interesados en explorarlos a mayor profundidad. Esta introducción finaliza con unos comentarios más originales sobre la relevancia de la filosofía del derecho constitucional en Ítalo-ibero-américa. En particular, se comenta como la noción de “filosofía del derecho constitucional” puede ser un modo de reemplazar la etiqueta “neo-constitucionalismo”.

II. LA CONSTITUCIÓN: SU NATURALEZA, LEGITIMIDAD E INTERNACIONALIZACIÓN

En la primera sección estudiamos diferentes aspectos relacionados con la Constitución: su concepto, su legitimidad y la posibilidad de su existencia en contextos supra-nacionales e incluso globales. Los capítulos II y III tratan, respectivamente, de los problemas conceptuales y normativos de la misma³.

En el capítulo II Larry Alexander presenta un análisis conceptual y funcional de la Constitución. Su estudio de la naturaleza de la Constitución sostiene que el mejor modo de identificar las normas constitucionales no es primariamente su posición en la jerarquía dentro del conjunto de las normas jurídicas, sino su atrincheramiento y rigidez relativa. Alexander propone además que las constituciones deben realizar varias funciones, entre ellas, establecer las instituciones del gobierno y proteger varios derechos y, de forma más importante, solucionar los conflictos morales. Esta concepción, vale de decir, es una aplicación particular de la tesis de Alexander se-

mado al Debate” en Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.) *Enciclopedia de Filosofía del derecho y teoría jurídica*, vol. 3, México, IJ UNAM, 2014, sección II.2.

³ Sobre el problema de la autoridad de las constituciones, puede además consultarse en español el texto clásico de Joseph Raz, “Sobre la autoridad y la interpretación de las constituciones: Algunas consideraciones preliminares”, traducido por María José Falcón y Tella, publicado en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 2, 2001, pp. 893-956, y traducido por Vanesa Rodríguez y Juan Vega Gómez y publicado en *Problema*, vol. 1, 2007, pp. 1-72. Otro texto fundamental es “Can there be a written Constitution?”, de John Gardner, publicado como capítulo 4 de *Law as Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

gún la cual la principal función del derecho es proporcionar soluciones autoritativas a los conflictos morales⁴. Una lección importante de este escrito es que a veces se da por sentado lo que ha de entenderse por Constitución. Sin embargo, como revela Alexander, existen notables vacíos conceptuales que deben ser estudiados desde la filosofía del derecho y la teoría política.

En el capítulo III, Andrei Marmor discute la legitimidad de la constitución. Después de una conceptualización del fenómeno constitucional diferente a la de Alexander, Marmor examina en detalle los principios que justifican la forma común de constitucionalismo robusto. De forma notable, él concluye que ninguno de los argumentos puede dar respuesta a sus objeciones, y con ello, que la legitimidad de las constituciones tiene en realidad un fundamento muy débil. El artículo resume las implicaciones morales de esta crítica y algunas sugerencias para solucionar el problema⁵.

El capítulo IV aborda las relaciones entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho, en particular, la versión positivista de H. L. A. Hart.⁶ Kenneth Himma, reconocido autor del denominado positivismo incluyente⁷, argumenta que esta corriente es incapaz de formular adecuadamente la Constitución en términos de una regla de reconocimiento. La relevancia de este artículo radica no sólo en que explicita que la supremacía judicial se extiende mucho más de lo que se asume comúnmente⁸, de forma tal que problemas normativos relacionados con el control de constitucionalidad se hacen aún más difíciles, sino que deja clara la distancia entre los modelos más importantes de la filosofía del derecho y la explicación de fenómeno constitucional.

⁴ Respecto de la tesis de Alexander sobre la función del Derecho, puede consultarse también, Larry Alexander y Emily Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules & the Dilemmas of Law*, Durham, NC, Duke University Press, 2001, pp. 11-25; y Larry Alexander “‘With Me, It’s All or Nuthin’: Formalism in Law and Morality,” *University of Chicago Law Review*, vol. 66, 1999, pp. 530. Para otra presentación de la teoría constitucional de Larry Alexander, “Constitutional Theories: A Taxonomy and (Implicit) Critique” *San Diego Law Review*, vol. 51, 2014. Para una crítica a la concepción de Alexander, véase, capítulo XII.

⁵ Para una conexión del argumento de Marmor sobre las consecuencias de esta presunta ilegitimidad de las constituciones para la interpretación constitucional, véase, Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2da edición, Oxford, Hart Publishing, 2005, capítulo 9 (traducido al español en *Teoría Analítica e Interpretación Constitucional*, Lima, Ara Editores, 2011, capítulo 6).

⁶ H.L.A Hart, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perlot, 1963.

⁷ Kenneth E. Himma, *Derecho y Moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.

⁸ El problema la supremacía del tribunal constitucional también es tratado indirectamente en los capítulos de MacCormick, Waldron, Alexy y Harel.

Mientras que los capítulos II, III y IV parten del supuesto de la idea de que la Constitución opera en los Estados-nación, los capítulos de V, VI y VII tratan de la cuestión constitucional en los niveles internacionales y globales.

En el capítulo V Neil MacCormick defiende la posibilidad de la existencia de constituciones supra-nacionales, utilizando la distinción entre Constitución en sentido “funcional” (tal vez la expresión “sentido material” sea más común entre nosotros) y la Constitución en sentido “formal”⁹. La discusión se centra en el caso de la Unión Europea. Para MacCormick el proceso constitucional europeo de 2004 fracasó en tanto no pudo concretar un documento constitucional (una Constitución formal), pero la Unión Europea tiene una Constitución en sentido funcional, toda vez que ha institucionalizado un orden jurídico auto-referencial mediante la adopción de unas instituciones de gobierno, el establecimiento de sus facultades y funciones, y el modo de nombramiento de ciertos funcionarios. El argumento no solo implica que la Unión Europea sí tiene una Constitución, sino que, de forma más general, la idea de “Constitución” es aplicable por fuera del Estado-nación, siempre y cuando las federaciones, confederaciones y uniones de Estados institucionalicen las condiciones señaladas.

En el capítulo VI Anne Peters profundiza esta línea de reflexión al estudiar la posibilidad de un “constitucionalismo global”¹⁰, es decir, la identificación de normas de carácter constitucional y la aplicación de los principios constitucionales en la esfera jurídica internacional. Esta aproximación tiene muchos críticos, para quienes tal constitucionalismo global no interpreta adecuadamente la realidad empírica de las relaciones internacionales, pone en duda el valor del constitucionalismo y, además, implica muchos peligros debido a que es anti-pluralista, crea falsas legitimidades y desplaza el discurso político. Peters responde a todas estas objeciones y, por el contrario, sostiene que el constitucionalismo global puede compensar a los déficits constitucionales inducidos por la globalización en el Derecho nacional, que una lectura constitucionalista del Derecho internacional sirve como un me-

⁹ Neil MacCormick enfatizó que consideraba esta distinción fundamental para entender adecuadamente lo que es una Constitución. Véase, MacCormick, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 45, 46, 49 y 52, y, “On the very idea of European Constitution: Jurisprudential Reflection from the European Parliament”, en *Juridisk Tidskrift*, 2001, núm. 2, pp. 529-541.

¹⁰ Sobre el “constitucionalismo global”, véase, Antje Wiener, “Global Constitutionalism”, en *Oxford Bibliographies*, disponible online: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199743292/obo-9780199743292-0092.xml>

canismo hermenéutico y que el vocabulario constitucional saca a relucir déficits de legitimidad¹¹.

En el capítulo VII, último capítulo de la primera sección, Jürgen Habermas defiende una constitucionalización del derecho internacional. Señala cambios en la noción de Estado que se hacen necesarios por la evolución actual de las relaciones políticas internacionales. Estos cambios parecen propiciar la creación de una comunidad constitucional global sin gobierno, no obstante, también producen un peligroso déficit democrático, sobre el que es importante reflexionar¹².

III. LA LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La segunda sección analiza uno de los problemas fundamentales y más polémicos (Barry Friedman lo llamó la “obsesión académica”) de la filosofía del derecho constitucional: la legitimidad del tribunal constitucional en el ejercicio de su función de control a la legislación. Esta sección, creo, es una de las presentaciones más completas a este debate en castellano.

En el capítulo VIII Jeremy Waldron inicia la sección con la mejor formulación de la crítica democrática contra la existencia de los tribunales constitucionales. Waldron intenta presentar un argumento decisivo contra el control de constitucionalidad que no se enfoque en decisiones individuales o la historia del surgimiento de sistemas constitucionales particulares. La crítica tiene dos partes, pero la primera –en concepto de Waldron– es más novedosa que la segunda. Por un lado, sostiene Waldron que no existe ninguna razón para suponer que los derechos estarán mejor protegidos por la práctica del control de constitucionalidad respecto de lo que estarían por las legislaturas democráticas. Por otro lado, afirma que, independiente de las consecuencias, el control de constitucionalidad es democráticamente ilegítimo. Sin embargo, Waldron aclara que su argumento no es absoluto o incondicional. El ensayo comienza con la enumeración de cuatro supuestos para que el argumento funcione, entre los cuales se encuentran la existencia de instituciones democráticas en buen funcionamiento y que la mayoría de

¹¹ Para una exposición más amplia de la concepción de Peters, véase, Anne Peters, Jan Klabbers y Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2011.

¹² Para una discusión del cosmopolitismo de Habermas, con referencias bibliográficas a su trabajo anterior, véase, R. & Smith, W. “Jürgen Habermas’s Theory of Cosmopolitanism”, en *Constellations*, vol. 10, núm. 4, 2004.

los ciudadanos se tomen en serio sus derechos (incluso si discrepan sobre lo que esos derechos significan)¹³.

Los cinco capítulos siguientes proporcionan, en cierto sentido, diferentes formas de dar respuestas al desafío planteado por Waldron¹⁴. Será el lector quién juzgará el éxito de los mismos.

Robert Alexy, en el capítulo IX, proporciona una original respuesta derivada de su concepción de la argumentación jurídica y del derecho constitucional¹⁵. En esta “respuesta argumentativa”, la legitimidad del control constitucional radica en un principio democrático diferente a la representación política propia de una concepción de democracia decisionista que basa su estructura en elecciones libres, sufragio universal y principio de mayorías. El control constitucional se basa en un concepto de representación argumentativa que consiste en la facultad de los jueces constitucionales de exa-

¹³ Para otras exposiciones de la concepción de Waldron, véase, Jeremy Waldron, “Deliberación, desacuerdo y votación”, en *La democracia deliberativa y derechos humanos, La democracia deliberativa y derechos humanos*, traducido por Marcelo Alegre y Paola Barballo, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 249-268; y de *Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2006. Véase también una relación de la extensa bibliografía de Waldron en la materia, véase las notas al pie 14 y 19 del capítulo correspondiente. Además, una formulación más reciente del argumento, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, *Yale Law Review*, vol. 123, núm. 6, 2014, pp. 1692-1730.

¹⁴ Aparte de los artículos compilados aquí, el lector también encontrará una respuesta al desafío de Waldron en Ronald Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritarista” en Ronald C. Slye y Harold Hongju Koh (eds.) *La democracia deliberativa y derechos humanos*, traducido por Marcelo Alegre y Paola Barballo, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 101-140, y traducido por Imer B. Flórez, incluido en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 7, 2002, p. 7-52; Richard H. Fallon, “The Core of an Uneasy Case for Judicial Review”, *Harvard Law Review*, vol. 121, no. 7, 2008, pp. 1693-1736; Larry Alexander, “Constitutionalism and Democracy: Understanding the Relation,” en S. Kautz *et al.* *The Supreme Court and the Idea of Constitutionalism*, Univ. Pennsylvania Press, 2009; Aileen Kavanagh, “Participation and Judicial Review”, *Law and Philosophy*, vol. 22, núm. 5, 2003, pp. 451-486; y, Thomas Christiano, “Waldron on Law and Disagreement”, *Law and Philosophy*, vol. 19, 2000. Además, para otra bibliografía sobre el problema, véase la obra de Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2008, y Sebastián Linares, “El control de constitucionalidad”, en Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, *op. cit.*, 2014.

¹⁵ Las teorías de la argumentación jurídica y los derechos fundamentales tal vez no requieren presentación para el lector iberoamericano. Las dos obras más relevantes son, sin duda, Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, y *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997. Para una visión de cómo ambos aspectos de la filosofía de Alexy conforman un sistema, véase, Matthias Klatt, “Robert Alexy’s Philosophy of Law as System”, en *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2011. El argumento de Alexy se conecta de forma importante con el argumento de Bernal Pulido en el capítulo XVIII.

minar el fundamento racional de las decisiones políticas del legislador para permitir sólo a aquellas iniciativas que respeten los derechos fundamentales.

Wilfred Waluchow, desde la práctica constitucional canadiense, proporciona en el capítulo X la respuesta del “constitucionalismo del árbol vivo” a la objeción democrática. La Constitución es como un árbol vivo cuyas raíces están en el documento constitucional y que va creciendo a través de las decisiones judiciales. En particular, después de presentar la historia de la idea de árbol vivo en el derecho canadiense, Waluchow responde a la objeción democrática proponiendo un modo de decisión judicial basado en el *Common Law* en el cual los jueces adquieren legitimidad democrática en tanto basen sus decisiones en la moralidad constitucional de la comunidad a la cual pertenecen. En su concepto, este modelo además garantiza un equilibrio adecuado entre seguridad y flexibilidad¹⁶.

En el capítulo XI, Horacio Spector desarrolla la idea de los jurados constitucionales, con los cuales profundiza una justificación procedimental del control de constitucionalidad que había desarrollado en un escrito anterior, donde se aparta de la justificación tradicional del control de constitucional en términos instrumentales (el control de constitucionalidad es bueno porque promueve los derechos, protege la democracia, mantiene la estabilidad, etc.), y presenta una justificación basada en la idea de derechos y poderes morales¹⁷. En la parte final de su exposición incluía la idea de jurado constitucional, como un experimento mental para evaluar nuestros compromisos con la democracia y la igualdad¹⁸. En el presente artículo, Spector sostiene que un modelo *híbrido* o *bimodal* que mantenga el régimen de control judicial de constitucionalidad, que al mismo tiempo incluya una opción de que las partes sometan a un mecanismo democrático de control constitucional es preferible a un sistema judicial puro en el que control de constitucionalidad está exclusivamente en manos de un órgano no democrático¹⁹. Este mecanismo democrático, como Spector lo ve, es un órgano

¹⁶ Para detalles de esta concepción, véase, Wil Waluchow, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el ‘common law’*, Madrid, Marcial Pons, 2009 y “Sobre la neutralidad del razonamiento conforme a una carta de derechos” en *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2013. Para una discusión sobre la teoría de Waluchow, véase, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, 2009.

¹⁷ Horacio Spector, “Judicial Review, Rights, and Democracy”, en *Law and Philosophy*, vol. 22, 2003, pp. 285-334.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 331-333.

¹⁹ Véase, además, “The Right to a Constitutional Jury”, *Legisprudence* III/1 (edición especial), 2009; y “The Constitutional Jury as Guardian of the Constitution”, en Jon Elster y Adam Przeworski (eds.), *The Neutral Third Party in Conflict Resolution*, Cambridge, Cambridge University Press (próximamente). Para discusiones de la propuesta de Spector, véase, Eric

que estudiaría cuestiones relacionadas con derechos (mas no con organización del Estado), en especial, aquellas que son reclamos frente a los representantes –y no reclamos de minorías frente a las mayorías.

El argumento de Harel, cronológicamente posterior al de Spector, sigue su inspiración de intentar proporcionar una justificación procedimental del control de constitucionalidad²⁰. Harel no defiende la idea de un jurado constitucional, sino que desarrolla en el capítulo XII una defensa del control de constitucionalidad basada en el derecho a tener una audiencia. Este derecho se compone de tres elementos: la oportunidad de presentar quejas, la oportunidad de solicitar una justificación a una decisión que afecta un derecho, y el deber de la autoridad de reconsiderar la decisión inicial que da pie a las quejas. El derecho a ser escuchado en juicio es independiente de los méritos de las decisiones generadas mediante el proceso judicial, y, por el contrario, fundamenta al control de constitucionalidad únicamente los atributos esenciales del proceso judicial.

El último capítulo de la sección se aparta de la dialéctica anterior y ofrecen perspectivas latinoamericanas para la resolución de la tensión entre constitucionalismo y democracia. Manuel Fernando Quinche, en el capítulo XIII, proporciona una visión a la tensión entre constitucionalismo y democracia desde la perspectiva del control de convencionalidad –es decir, el control que hacen los jueces y funcionarios de las actuaciones de las autoridades estatales a las convenciones de derechos humanos. El control del control de convencionalidad es un instrumento útil para la realización de los derechos humanos y de la democracia, en particular debido a que empodera a los jueces y otros a controlar el excesivo poder presidencial común en los sistemas políticos latinoamericanos.

IV. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La tercera sección se centra en los problemas de la interpretación de los textos constitucionales, en especial, de las cláusulas constitucionales de los derechos fundamentales. La sección comienza en el capítulo XIV con una reflexión

Ghosh, “Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, núm. 2, 2010; Sebastián Lináres, “El control de constitucionalidad”, en Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, 2014.

²⁰ Una primera exposición del argumento, Yuval Eylon y Alon Harel, “The Right to Judicial Review”, *Virginia Law Review*, vol. 92, 2006, pp. 991-1022.

de gran valor pedagógico que Sanford Levinson utiliza para comenzar sus clases de Derecho constitucional. Levinson utiliza un problema interpretativo aparentemente sencillo –la interpretación de la prohibición al adulterio en los Diez Mandamientos– para ejemplificar las diferentes posiciones interpretativas, y así, varias de las teorías de la interpretación constitucional más representativas²¹. La idea es comprobar si las intuiciones jurídicas de los estudiantes corresponden con las que tienen al interpretar otro tipo de textos normativos.

Josep Aguiló Regla presenta en el capítulo XV algunas consideraciones generales sobre la interpretación constitucional. Esta contribución gira sobre cuatro cuestiones: Primero, sostiene que interpretar la Constitución es asignar un significado a un texto jurídico a un artículo de la Constitución. Segundo, frente a cuestión de los criterios o argumentos que justifican una interpretación constitucional, sostiene que los métodos para interpretar la Constitución son diferentes de los métodos para interpretar la ley derivada de las nociones de rigidez y apertura legislativa²². Su tesis de la diferencia se puede sostenerse en la siguiente máxima: en cuanto más rígida es una Constitución regulativa (es decir, cuanta más distancia hay entre forma constitucional y forma legal), más valorativa y menos autoritativa debe ser su interpretación. Tercero, aborda la pregunta de la unidad de la Constitución, es decir, la cuestión de cómo se hace hablar a la Constitución en “una sola voz”, resolviendo antinomias, lagunas y conflictos. Finalmente, expone algunas consideraciones generales la interpretación de la Constitución en los llamados estados constitucionales. Su argumento final depende de la distinción entre “normas necesarias” y “normas idiosincrásicas”: las primeras son las normas rígidas que dan el carácter “constitucional” al Estado constitucional, y cuya interpretación debe ser más valorativa y menos autoritativa; y las segundas son normas contingentes y menos esenciales, que pueden ser interpretadas más autoritativamente.

En el capítulo XVI, Mitchell N. Berman utiliza una doctrina particular del derecho constitucional colombiano (la doctrina de conexidad entre de-

²¹ La comparación Constitución y un documento religioso no es gratuita. Para Levinson, la Constitución debe ser interpretada como una suerte de “religión civil”. Para la presentación más reciente de ese argumento, véase, Sanford Levinson, “Constitution as Civil Religion”, en Leonard W. Levy & Kenneth L. Karst (eds.) *Encyclopedia of the American Constitution*, 2da edición, vol. 2, New York, Macmillan Reference USA, 2000. Sobre la concepción de Levinson, véase, en general, Sanford Levinson, *Nuestra Constitución Antidemocrática*, Marcial Pons.

²² Para la tesis contraria, véase, Riccardo Guastini, “Interpretación Constitucional”, en Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, 2014.

rechos fundamentales) como ejemplo de un tipo de normas constitucionales que son creadas enteramente por las cortes y son frecuentemente consideradas como reglas ilegítimas y antidemocráticas. En esta concepción, una decisión constitucional tiene dos tipos de resultados: un primer resultado que es la decisión particular del caso constitucional en cuestión, y un segundo resultado que son normas dirigidas para guiar a las cortes inferiores sobre la forma como deben decidir casos en el futuro. El segundo resultado es lo que él denomina “reglas constitucionales de decisión”²³, y en principio se refieren a asuntos probatorios y procedimentales, pero las cortes también pueden crearlas para otros fines legítimos. Ejemplificando esta noción en famosas decisiones constitucionales de Estados Unidos, Berman no sólo sugiere que esta idea puede ser potencialmente un marco para entender la doctrina de la conexidad, sino que, de forma más importante, proporciona un marco conceptual para entender problema de la legitimidad de las decisiones de los tribunales constitucionales.

Los siguientes tres capítulos se ocupan de los derechos fundamentales y su aplicación a través de la ponderación y el examen de proporcionalidad. Martín Borowski propone en el capítulo XVII una concepción más elaborada de derechos fundamentales, aplica la distinción entre propiedades cualificantes y clasificantes que Robert Alexy construye para la teoría jurídica²⁴. Una propiedad clasificante es que aquella se determina si un cierto derecho cuenta como fundamental o no; una propiedad cualificante determina si cierto derecho cumple con el modelo ideal de los derechos fundamentales. Si un derecho no presenta una propiedad clasificante no es un derecho fundamental en absoluto, si no presenta una propiedad cualificante, si bien es un derecho fundamental, se considera un derecho fundamental defectuoso²⁵.

En el capítulo XVIII, Carlos Bernal Pulido se ocupa de la cuestión del carácter racional de la ponderación —es decir, si la ponderación es un procedimiento racional de aplicación de normas jurídicas. Para responder a las tres objeciones principales contra el carácter racional de la ponderación

²³ Sobre este concepto, véase, además de la bibliografía del capítulo, Mitchell N. Berman, “Constitutional Decision Rules,” *Virginia Law Review*, vol. 90, núm. 1, 2004, pp. 1–168 y, en español, “Construcciones Constitucionales y Reglas Constitucionales de Decisión: Reflexiones sobre el Cincelado Espacio de Implementación” en *Isonomía*, núm. 38, abril 2013, pp. 105–142.

²⁴ Véase, Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, p. 82.

²⁵ Sobre la idea de normas jurídicas defectuosas, véase, Mark C. Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 1–50 y Jorge Luis Fabra Zamora, “Professor Murphy on Legal Defectiveness”, *McMaster University Open Access Dissertations and Theses*, Paper 7567.

(la falta de precisión de la ponderación, a la inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados), Bernal utiliza el modelo de racionalidad de la ponderación desarrollado por Robert Alexy. Bajo este modelo, los conflictos entre derechos fundamentales —entendidos como mandatos de optimización— se resuelven dando mayor satisfacción al principio de mayor importancia, y afectando al principio de menor importancia. La fórmula del peso un procedimiento que intenta resolver cuál principio tiene mayor importancia, y por tanto, debe darse mayor satisfacción. Para Bernal, este modelo, a pesar de sus límites, es un intento adecuado de resolver los problemas iusfilosóficos y constitucionales que se generan²⁶.

En el capítulo XIX, Laura Clérico se centra en las diferencias entre los discursos académico y judicial en materia de la ponderación. Se centra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e indica su cautela en la aplicación del examen de proporcionalidad, porque el método no es el único ni el dominante, pues se combina de acuerdo con que los problemas se refieran a los derechos como reglas o como principios. Ni siquiera un tribunal que resuelve únicamente casos concernientes a derechos fundamentales, sostiene la visión extrema que los críticos de la ponderación sostienen. La metodología de decisión de casos en la Corte incluye subsunción de reglas y comparación de casos, además de ponderación²⁷.

V. NEOCONSTITUCIONALISMO

Finalmente, la cuarta y última sección se ocupa del profuso debate iberoamericano sobre el neoconstitucionalismo. En el capítulo XX, Mauro Barberis defiende al neo-constitucionalismo de los ataques de Riccardo Guastini, quién lo acusa de inexistente²⁸. Para Barberis, el neoconstitucionalismo sí existe, y es un tema central que los positivistas deberían tomar en serio. Barberis reconoce que el neo-constitucionalismo no tiene un contenido muy

²⁶ Para una exposición más completa de la visión de Bernal sobre la ponderación, véase, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ra edición, 2013, y *The Principle of Proportionality and Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, próximamente.

²⁷ Para una exposición más completa de la visión de Clérico sobre la ponderación, Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009.

²⁸ Riccardo Guastini, “A proposito di neo-costituzionalismo”, *Teoria politica*, nueva serie, vol. 1, 2011. Versión en español disponible en “A propósito del neoconstitucionalismo”, traducción de Renzo Cavani, en *Gaceta Constitucional*, núm. 67, 2013, pp. 233-240. <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/art.%20Guastini.pdf>

específico ni unas fronteras muy claras. Sin embargo, considera que ello no es muy problemático pues, la situación es igual con otras teorías e “-ismos”, incluyendo el positivismo y el iusnaturalismo, cuyo contenido a veces no es muy preciso.

Leonardo García Jaramillo presenta en el capítulo XXI su aporte al debate. Considera que muchas críticas al neo-constitucionalismo se desvanecerían si se empezara a contar con trabajos de revisión rigurosos que analicen los elementos medulares, los puntos en común, que presentan influyentes obras del constitucionalismo actual, las cuales conforman un canon doctrinario identificable en toda Iberoamérica. En tres grupos presenta los argumentos y las tesis centrales del neoconstitucionalismo: la Constitución, los derechos, y el poder judicial y la jurisprudencia²⁹.

Contrario a la opinión de algunos que califican a los garantistas dentro del neoconstitucionalismo³⁰, Luigi Ferrajoli separa ambas nociones en el capítulo XXII. El principal de los varios temas que desarrolla es la caracterización de neoconstitucionalismo y garantismo. Para Ferrajoli, el constitucionalismo puede ser concebido de dos formas: como un constitucionalismo iusnaturalista, o como el constitucionalismo que reforma o perfecciona el positivismo. El primero es el neo-constitucionalismo, mientras que el segundo es el constitucionalismo defendido por el garantismo. Mientras constitucionalismo garantista completa el Estado de derecho porque somete al Derecho no solo al control de legalidad, sino también de constitucionalidad; el neo-constitucionalismo través de la ponderación y otros mecanismos que facilitan el activismo desmedido socavan el Estado de derecho.

En el capítulo XXIII, Pedro Salazar propone una reconstrucción del neo-constitucionalismo y el garantismo, las aproximaciones teóricas más acreditadas en el ámbito Ítalo-ibero-americano al derecho constitucional, con la finalidad de evidenciar sus semejanzas y distinciones. Sostiene que más allá de algunos puntos de contacto, las diferencias entre ambas conceptualizaciones son teóricamente relevantes y tienen consecuencias significativas sobre todo en el ámbito de la justicia constitucional cuando se trata de interpretar y aplicar las normas de principio que recogen a los derechos fundamentales de las personas y los principios que ofrecen sustento al constitucionalismo democrático. En un sentido importante, Salazar

²⁹ Véase, además, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010; Madrid, Trotta, 2010.

³⁰ Entre muchos ejemplos, R. García Manrique (“Presentación”, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), ubica a Ferrajoli primero como uno de los mayores representantes del neo-constitucionalismo –aunque reconoce, que hay varias clases de neo-constitucionalismo.

complementa la labor de Ferrajoli de separar el neo-constitucionalismo del garantismo que Ferrajoli comentó en el capítulo anterior.

VI. COMENTARIO FINAL: FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN ÍTALO-IBERO-AMÉRICA

Estos últimos comentarios sobre el neo-constitucionalismo, que es la etiqueta mayormente utilizada para enmarcar estos debates conceptuales y normativos, ponen de plano la relevancia de pensar de la filosofía del derecho constitucional en el contexto Ítalo-ibero-americano. Expongamos estas ideas, tomando los argumentos de Barberis y García Jaramillo (caps. XX y XXI) como un camino para expresar algunas objeciones.

Por un lado, la pregunta de Barberis, si el neo-constitucionalismo “existe” o no, me parece un interrogante desacertado. Dejando de lado cuestión filosófica de la “existencia” (con sus ramificaciones en metafísica, filosofía del lenguaje y hasta filosofía de la religión —esta última, cuya validez teórica se basa en la discusión sobre la existencia de un ser), la respuesta a la pregunta siguiendo el sentido común es clara: El neo-constitucionalismo sí existe, como una visita a cualquier biblioteca jurídica ibero-americana mostraría. Ahora bien, la comparación que Barberis hace entre el positivismo y el iusnaturalismo con el neo-constitucionalismo tampoco resulta del todo correcta. Mientras el positivismo y el iusnaturalismo han existido durante mucho tiempo y han estado sujetos a numerosas reinversiones conceptuales, el neo-constitucionalismo es una etiqueta relativamente reciente. La comparación sería la siguiente: mientras el iusnaturalismo y el positivismo son producto de la azarosa y compleja “evolución” y sujetos a la “selección natural”; el “neo-constitucionalismo” es producto del “diseño inteligente”, es una etiqueta con unos autores bien definidos y creada con el objetivo de capturar un debate particular. Y esto crea una diferencia fundamental. Como veremos en un momento, la pregunta no es la existencia o defensibilidad de la etiqueta, sino cuán bien realiza la labor para la que fue creada.

Por otro lado parte, los diferentes intentos de García Jaramillo de construir el canon neo-constitucional tampoco parecen satisfactorios. Él enumera un numeroso conjunto de tesis de diferente orden con el fin de explicar el proyecto neo-constitucionalista. Sin embargo, escudado en la idea de un “parecido de familia,” no explica cómo deben tenerse estas condiciones o como se relacionan entre ellas. Dejando de lado el artificial debate con el positivismo (utilizando curiosamente nociones positivistas como “textura abierta” al mismo tiempo que doctrinas dworkinianas), el mapa de Gar-

cía Jaramillo para entender el neo-constitucionalismo es tan complejo, que, como en el “El rigor de la ciencia” de Borges, se confunde con el territorio que intentar registrar. Finalmente, debe resaltarse el uso que hace García Jaramillo de las ideas de Prieto Sanchís, que en mi concepto, es la máxima expresión del expansionismo neo-constitucionalista. Para Prieto Sanchís, el neo-constitucionalismo es una “corriente que tiende a convertirse en una respuesta global, en una nueva cultura jurídico-política si se quiere, que se halla presente en todos los debates de la actual filosofía jurídica y política”. En este modelo, el neo-constitucionalismo es, al mismo tiempo, una filosofía política, es decir, “doctrina del Estado justo”; una “renovación de la teoría positivista de las normas”; una teoría del derecho y un modelo de ciencia jurídica. Sin embargo, no es claro como el neo-constitucionalismo es una “teoría” coherente en aspectos tan diferentes, ni como la misma etiqueta se aplica a cosas tan disímiles. Además, al contrario de casi todas las teorías serias, no queda claro cuáles son los oponentes teóricos del neo-constitucionalismo o como éste marca una posición distintiva en tales áreas, y, por el contrario, queda la impresión que tales exageradas afirmaciones neo-constitucionalistas no tienen reconocimiento académico por fuera sus propios feudos.

El problema del neo-constitucionalismo no es si “existe” o no, o si es una etiqueta defendible o si captura muchas o pocas ideas. Creo que el problema central que debería interesar a los teóricos, ignorado por Barberis y García Jaramillo, es muy diferente: ¿es el neo-constitucionalismo, como una herramienta teórica, el *mejor* modo de enmarcar los debates del derecho constitucional? Creo que esta pregunta debe ser resuelta negativamente. Lo que comúnmente se entiende por neo-constitucionalismo es un “paquete” de ideas disímiles sobre la validez del derecho, el control de constitucionalidad, la supremacía judicial, una agenda social-demócrata, el activismo judicial, entre otros, que se presentan como las mejores perspectivas conceptuales, morales y políticas que conforman una teoría global de casi universal aceptación. Lo “nuevo” es lo “neo-constitucionalista” (e.g. la validez y primacía de la constitución, el control judicial de constitucionalidad, los derechos sociales, la igualdad material), lo rechazado y obsoleto es lo “constitucionalista” y “positivista” (e.g. la validez sólo de la ley y la constitución como declaración, la ausencia de control al poder, solo derechos de primera generación, la igualdad formal). Sin embargo, bajo la etiqueta se esconden una variedad de problemas y cuestiones teóricas que merecen discusión individual; es decir, cuestiones que tal vez sean mejor tratadas separadamente. Tomemos como ejemplo el control de constitucionalidad. Mientras los neo-constitucionalistas asumen que el control de constitucio-

nalidad (o mejor, cierta variante robusta mismo) es el mecanismo moral e institucionalmente correcto; como vimos en la sección III, no son pocos los que ven estas instituciones como democráticamente sospechosas. Ahora bien, de forma más compleja, el neo-constitucionalismo no sólo asume el control de constitucionalidad, sino que lo hace parte del paquete de principios ius-teóricos, morales y políticos, un conjunto de ideas relacionadas, que se aceptan como parte inevitable del progreso jurídico. Sin embargo, es posible aceptar el control de constitucionalidad y negar el paquete neo-constitucionalista; es decir, se puede defender el control de constitucionalidad *separadamente* y no aceptar el Estado social; o negar el activismo judicial, o ser positivista, o negar la teoría de los principios, no acoger la agenda social-demócrata (y, por supuesto, existen numerosas combinaciones en este sentido). Tampoco hay nada que sea nuevo, o constituya necesariamente un avance en las instituciones neo-constitucionalistas: un país puede no tener control de constitucionalidad (o tener una variante no robusta), o no tener constitución escrita (Reino Unido), o tener supremacía legislativa (Canadá), sin que haya nada particularmente “ortodoxo” o “constitucionalista” en ello. En otras palabras, al contrario de la retórica neo-constitucionalista — muy clara, por ejemplo, de García Jaramillo— no hay nada en los diferentes asuntos que defiende el neo-constitucionalismo que constituya un “avance” o “progreso”, ni el neo-constitucionalismo es el único camino para el futuro jurídico, tampoco ninguna razón conceptual, normativa o ideológica que implique alguna especial conexión entre los diferentes postulados del llamado neo-constitucionalismo.

Además, la lectura neo-constitucionalista de los problemas es cuestionable. Para el neo-constitucionalista, su proyecto está defendido por un buen número de autores respetables de diferentes tradiciones. La lista de autores neo-constitucionalistas varía, pero comúnmente incluyen a Alexy, Dworkin, Nino, etc. (a pesar de que ninguno de ello sea reconozca como tal), y a veces hasta se incluyen hasta Hart o Raz. Se asume que, a pesar de sus diferencias o múltiples proyectos teóricos, estos autores y sus doctrinas conforman un todo más o menos coherente aceptado (un “parecido de familia” de García Jaramillo) en todas partes del mundo (una “respuesta global” diría Prieto Sanchís). Hay, al menos, dos aspectos cuestionables aquí. Por un lado, el parecido de familia es más bien dudoso. Mientras que los neo-constitucionalistas defienden una identidad de proyecto entre los múltiples autores y sus doctrinas; es bien posible que lo que hay en realidad es conjunto de doctrinas disímiles, generadas en lugares diferentes y proyectos, que el observador Ítalo-ibero-americano se ha apropiado para defender una particular aproximación a los problemas de la filosofía constitucional. En todo caso, si

bien el parecido o la pareidolia está en el ojo del observador,³¹ la carga de la prueba está en el neo-constitucionalista. Y el modo de demostrarlo no es mediante síntesis de ideas, sino mediante un análisis detallado de argumentos (creo que esto sería un asunto pendiente). Ahora bien, por otro lado, el neo-constitucionalismo parte de una lectura parcializada de la historia para entender esos “avances” y retrocesos. Los neo-constitucionalistas toman el modelo alemán de post-guerra y sus “primos” españoles e italianos como el paradigma para diferenciar lo “neo-” y de lo ortodoxo. Pero este entendimiento no puede enmarcar la “respuesta global” compartida por todos. Si salimos del caso estándar (Alemania-Italia-España) y vemos el estado global del arte, ¿Deberían los proyectos constitucionales de Canadá, Israel, Nueva Zelanda, Suráfrica, los Países de la Antigua Cortina de Hierro y otros más considerarse *neo*-constitucionalistas? ¿Están ellos en un error al no considerarse como tales? ¿O, como entender el “neo-constitucionalismo” en Estados Unidos, con su Corte Suprema no progresista que siguió a la progresista Corte *Warren*? ¿O, acaso no sería Waldron, acérrimo enemigo del control de constitucionalidad y la supremacía judicial, más “neo-constitucionalista” que el Juez Scalia, defensor del control de constitucionalidad pero originalista? Lo extraño de estas preguntas revela que ellas sólo sirven para mostrar que los debates globales sobre el derecho constitucional no pueden ser en-

³¹ Un visión interesante esté en el *Diálogo sobre la religión natural de Hume*. (David Hume, *Dialogues Concerning Natural Religion*, Oxford, Oxford University Press, 1993 [1779]). Por un lado Cleanthes dice: “... Mira el mundo a tu alrededor: Contempla el todo y cada parte del él: Encontrarás que no es nada más que una gran máquina, subdividida en número menor infinito de máquinas más pequeñas, el cual de nuevo permite subdivisiones, a un grado más allá de lo que los sentidos y facultades humanas pueden registrar y explicar: Cada una de todas estas máquinas, e incluso sus partes más pequeñas, están ajustadas unas con otros con exactitud, lo cual genera la admiración de todos los hombres que las han contemplado. La adaptación curiosa de medios a fines, a lo largo de toda la naturaleza, se parece exactamente, aunque excede mucho, a las producciones de la creación humana; del diseño, pensamiento, sabiduría e inteligencia. Dado que los efectos se parecen los unos a los otros, estamos obligados a inferir, por todas las reglas de la analogía, que las causas también se parecen; y que el Autor de la naturaleza es de alguna forma similar a la mente del hombre; aunque posea facultades muchos más grandes, proporcionadas por la grandeza del trabajo, el cuál él ha ejecutado”. (p. 45). Por el otro, dice Philo: “Mira el universo a tu alrededor. ¡Qué inmensa profusión de seres, animados y organizados, sensibles y activos! Tú admiras su prodigiosa variedad y fecundidad. Pero inspecciones más cercanamente esas existencias vivas, los únicos seres que merecen consideración. ¡Qué hostiles y destructivos son los unos con los otros! ¡Cuán insuficientes son todos ellos con su propia felicidad! ¡Qué despreciable y odioso para el espectador! El todo no presenta nada más que una Naturaleza muerda, impregnada por un gran principio vivificador, y chorreando de su regazo, sin discernimiento o cuidado paternal, sus desfigurados y abortivos hijos.”(p. 113). Ambas traducciones son mías.

marcados por la dicotomía “neo-constitucionalismo” – “constitucionalismo”, y la idea de la “respuesta global” es poco menos que una exageración.

Tal vez sea momento de dejar atrás la etiqueta “neo-constitucionalismo” por razones relacionadas con la adecuación teórica. Una posibilidad, tal vez más descriptiva y menos ingenua teóricamente, es utilizar la noción “filosofía del derecho constitucional” que he defendido en este escrito. Y este no es cambio meramente nominal. Puede que dejar el neo-constitucionalismo atrás conlleve un leve mejoramiento de la discusión en nuestro contexto: Tal vez nos ayude a dejar de pensar en términos de síntesis, y enfatizar las virtudes del análisis; a dejar de pensar en tópicos, temas, y, por el contrario, nos conduzca a resaltar las preguntas sobre las que debemos debatir; nos ayude a dejar de pensar en autores y corrientes y centrarnos en los argumentos, y sobre todo, dejar de pensar que ciertas instituciones o doctrinas conforman un paquete que es en sí mismo el epítome de las mejores tesis conceptuales, normativas e ideológicas. E incluso, esta etiqueta puede ser benéfica para los llamados neo-constitucionalistas. En vez intentar escudarse una supuesta nueva tendencia presuntamente aceptada globalmente, la idea de filosofía del derecho constitucional permite entender el papel y *empoderarse* de lo que parece ser la verdadera naturaleza del “neo-constitucionalismo”: no es más que el nombre que le hemos dado a la “impura” (en el sentido de Diego López) pero valiosa contribución Ítalo-ibero-americana a los debates globales la filosofía del derecho constitucional.

PRIMERA PARTE

NATURALEZA, JUSTIFICACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO II

CONCEPTO Y FUNCIONES DE LAS CONSTITUCIONES

Larry ALEXANDER*

SUMARIO: I. *¿Qué son las constituciones.* II. *¿Qué funciones cumplen las constituciones?*

¿Qué son las constituciones? ¿Qué hacen (y deben) hacer? Estas son preguntas muy generales y el espacio no me permite más que una mirada superficial su respuesta. Sin embargo, espero proporcionar al menos un marco útil dentro del cual se pueda elaborar una respuesta más completa. Voy a abordar estas dos preguntas en ese orden.

I. ¿QUÉ SON LAS CONSTITUCIONES?

Consideremos la siguiente explicación estilizada de cómo puede surgir una Constitución y los varios problemas filosóficos que ello implica.¹ En el paso 1, Jane comienza con sus propias convicciones sobre los principios de justicia y otros aspectos de la moralidad política, tales como los principios del gobierno adecuado y los arreglos institucionales que pueden realizar estos principios de mejor forma. Si Jane pudiera imponer estos principios e instituciones por

* Este capítulo fue publicado originalmente como “Constitutionalism” en Thomas Christiano y John Christman (eds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Oxford, Wiley Blackwell, 2007, p. 283-299. Se traduce con autorización de Blackwell y Larry Alexander. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

¹ Larry Alexander, “Introduction”, L. Alexander (ed.) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 1-15; Thomas Grey, “Constitutionalism: An Analytic Framework”, R. Pennock & J. Chapman (eds.) *Constitutionalism: (Nomos XX)*, New York: New York University Press, 189-289, y Richard Kay, “American Constitutionalism”, L. Alexander (ed.) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 16-63.

sí misma, ello lo haría (a menos que sus principios incluyeran ideas tales como “restricciones laterales”^{*} [*side-constraints*] democráticas que le impidieran la imposición unilateral). Sin embargo, dado que Jane no tiene tal poder, ella necesita la asistencia de los otros miembros de la sociedad, los cuales no comparten todas las convicciones de Jane sobre la moralidad política, el gobierno adecuado y los arreglos institucionales.

Entonces, en el paso 2, Jane busca alcanzar un acuerdo amplio sobre las reglas de la conducta gubernamental y las reglas que definen las instituciones gubernamentales que hagan efectivos los principios y convicciones personales de Jane en mayor medida que cualquier otro conjunto alternativo de tales reglas sobre las cuales Jane pueda alcanzar un acuerdo amplio. En otras palabras, bajo los propios principios de Jane, es preferible que ellos no sean realizadas del todo a que prevalezca la anarquía (derivada de la falta de acuerdo), pero sus principios deben ser efectivos en la mayor medida posible dentro del acuerdo amplio. Otras personas con principios y convicciones diferentes razonarán de forma similar, lo que resultará en un acuerdo sobre las reglas de conducta gubernamental y las reglas que definen las instituciones que nadie considerará como las reglas óptimas según sus propios principios, pero que la mayoría considerará como suficientemente buenas, es decir, superiores a la anarquía. (Obviamente no se trata únicamente de que cualquier conjunto de reglas sea superior a la anarquía de acuerdo a los principios de moralidad política y gobierno adecuado de todos. Las reglas deben ser las mejores que puedan ser ampliamente acordadas y, además, deben estar por encima del umbral de aceptabilidad anárquica de todos).

Vale la pena detallar cómo es posible alcanzar este acuerdo en el paso 2, dado que ésta es la clave para entender cómo las constituciones pueden cambiar sin enmienda formal, cómo las revoluciones pueden ser domesticadas, cómo sistemas separados de las reglas autoritativas pueden existir conjuntamente en la misma comunidad (y por qué esto ocurre menos frecuentemente de que podía esperarse) y otros misterios del constitucionalismo y del Derecho de forma más general.

Comenzaré con la versión más simple de la historia.² Los miembros de la comunidad discrepan, o no tienen certeza, acerca de los principios morales comunes o de cómo aplicarlos correctamente. Ellos perciben la necesidad moral de una solución autoritativa a esos desacuerdos y faltas de

* *N. de. T.* Sobre esta noción, consúltese Robert Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 42-45 (en la traducción del Fondo de Cultura Económica, “side constrains” son traducidos como “restricciones indirectas”).

² Véase, Larry Alexander y Emily Sherwin, *The rule of rules*. Durham: Duke University Press, 2001.

certeza. La regla que Jane propone para la solución de los desacuerdos es “dejemos que Jane decida”. John prefiere la regla “dejemos que John decida”. Y así cada miembro de la comunidad.

La segunda mejor regla de Jane es “dejemos que Sarah decida”. Pero aunque también es la regla preferida de Sarah, esta regla debe competir con la segunda mejor regla de John, “dejemos que Jim decida”, la cual, por supuesto, está respaldada por Jim y John.

Pero ahora supongamos que la tercera, o segunda, o primera opción de todos es la regla “dejemos que la mayoría decida”. Si todos entienden que las primeras y segundas opciones de regla no generarán un acuerdo, y si todos creen que “dejemos que la mayoría decida” es moralmente superior a la alternativa de no tener una persona con poder autoritativo que tome las decisiones, entonces todos tienen una razón estratégica para aceptar “dejemos que la mayoría decida” como una regla autoritativa fundamental. Digo “estratégica” para enfatizar que quizá todos no vean la regla como la mejor opción para resolver las controversias morales, sino como la mejor regla que puede alcanzar un acuerdo general. (En un sentido importante, claro está, dado que el propósito de las reglas autoritativas es resolver las controversias morales, y al ser la única regla que todos pueden aceptar y, la única que cumpliría en realidad la función de resolver controversias, esta regla subóptima se convierte en la regla óptima para todos).

Ahora, como la historia se complica cuando nos movemos de una regla básica única (“dejemos que la mayoría decida”) a un conjunto complejo de reglas sobre derechos, procedimientos e instituciones (que quizá incluyan instituciones supermayoritarias con el poder de promulgar, derogar y enmendar esas reglas), se vuelve cada vez más probable que el conjunto resultante de reglas que termina alcanzando el acuerdo esté lejos del conjunto ideal de reglas de cada uno de los miembros de la comunidad. Algunas de las reglas pueden ser las primeras o segundas opciones de los miembros, pero otras pueden estar bastante más abajo en su lista, e incluso, otras pueden parecerle moralmente repugnantes. Sin embargo, todos tienen buenas razones para aceptar el conjunto completo, incluyendo las reglas que encuentren moralmente repugnantes, si éste es el mejor conjunto de reglas que pueden ser acordadas entre todos, y si ese conjunto de reglas es moralmente preferible a la ausencia de solución autoritativa. Y de nuevo, debido a que la solución autoritativa requiere acuerdo sobre las reglas autoritativas, las mejores reglas morales sobre las cuales puede obtenerse un acuerdo son en un sentido las mejores reglas morales. Las reglas que no pueden alcanzar un acuerdo entre todos no pueden realizar su función moral de establecer

lo que debe hacerse, y, así, son indeseables, sin importar cuán buenas serían si de hecho alcanzaran el acuerdo.

Esta es la imagen general hasta ahora. Nuestra comunidad mítica ha alcanzado un acuerdo acerca ciertas reglas fundacionales, reglas que establecen que cierta institución (o persona) como el promulgador de reglas y tomador de decisiones básico, que prescriben ciertos derechos y procedimientos y establecen algunas instituciones adicionales, y que establecen una institución supermayoritaria para expedir o crear esas reglas. Los miembros han alcanzado un acuerdo sobre este paquete complejo de reglas, pero no necesariamente porque lo consideren el ideal según sus convicciones, y no necesariamente porque el paquete no incluya reglas que encuentren moralmente repugnantes. Más bien, ellos acuerdan este paquete porque, desde el punto de vista de todos, es moralmente superior a la ausencia de solución autoritativa y porque moralmente es el mejor paquete que pudo alcanzar un acuerdo. Y debido a que cumple estas condiciones, el paquete es en un sentido importante el paquete de reglas moralmente ideal de todos.

Las reglas ampliamente aceptadas en el paso 2 pueden ser atrincheradas de varias formas. Es decir, puede ser ampliamente aceptado que esas reglas no sean alteradas nunca, que no sean modificadas durante cierto tiempo, o que no sean alteradas excepto mediante procedimientos extraordinarios. Los miembros de la comunidad pueden creer que ellos tienen las mejores reglas posibles y que, por ello, es mayor el peligro de la pérdida de sabiduría o voluntad política, o la pérdida de interés moral, que el peligro de que el acuerdo en las mejores reglas amplio sea desbaratado.

En el momento del acuerdo sobre las reglas atrincheradas en el paso 2, las reglas significarán lo que quienes las hayan acordado quisieron decir con ellas. En otras palabras, quienes han acordado las reglas no sólo han acordado ciertos símbolos o sonidos, sino que también han acordado los significados particulares de tales símbolos o sonidos. Sin embargo, su acuerdo puede ser consagrado sólo de forma simbólica, toda vez que es posible separar los símbolos que acordaron y lo que quisieron significar con esos símbolos. Por ello, en el paso 2, ellos pueden acordar no sólo las reglas de la conducta gubernamental y las instituciones, sino también las reglas acerca de quién debe decidir posteriormente qué significan tales reglas.

Puede ser útil, entonces, distinguir entre una Constitución como una colección de símbolos acordados de una meta-Constitución (o reglas pre-constitucionales), que consiste en normas acordadas (meta-reglas) sobre cuál conjunto particular de símbolos es la Constitución, quién interpreta esos símbolos, y cuáles intenciones semánticas deben contar como el significado autoritativo de esos símbolos. La Constitución y la meta-Constitución

son inseparables al momento del acuerdo en el paso 2, pero ellas pueden separarse en cualquier momento posterior. Así, aunque la comunidad puede algún tiempo después carecer del acuerdo substantivo previo concerniente al contenido de las reglas que alcanzaron en el paso 2 (por ejemplo, ellos pueden discrepar sobre lo que la libertad de expresión debería cubrir o si la separación de poderes es una buena idea), ellos aún pueden tener un acuerdo sobre la meta-Constitución. Y que este acuerdo aún puede ser suficiente bajo nuestros principios de moralidad política para favorecer a la Constitución sobre la anarquía.

La discusión de la meta-Constitución y su relación con la Constitución simbólica ilustra las varias formas en las cuales una Constitución puede cambiar en el paso 3. Primero, la Constitución simbólica puede cambiar sin un cambio en la meta-Constitución. Una reforma constitucional en cumplimiento (del significado original) de la regla de enmienda establecida en la Constitución simbólica cambia de la Constitución original orgánicamente.

Segundo, puede ocurrir una revolución constitucional en la cual el acuerdo sobre la primera meta-Constitución sea reemplazado por un acuerdo sobre otra meta-Constitución que a su vez determina una Constitución simbólica diferente. La comunidad puede redactar una Constitución totalmente nueva, acordar ampliamente lo que ella significa y que es más deseable que Constitución actual, y también acordar que ella, y no la Constitución actual, será desde ahora autoritativa para ellos. (Podría decirse que la Constitución de los Estados Unidos fue el producto de tal revolución constitucional).

Tercero, la Constitución simbólica puede permanecer igual, pero la meta-Constitución puede cambiar. Así, la meta-Constitución original podrían ser sustituida en el paso 3 por un nuevo acuerdo meta-constitucional, uno que considera no autoritativas algunas partes de la Constitución simbólica, que substituye un nuevo entendimiento de los símbolos del significado original, o uno que “ratifique” las que de otra forma serían interpretaciones impropias de la Constitución simbólica.

De la misma forma en que es entendible que personas que difieren en sus convicciones políticas y morales podrían no obstante acordar atrincherar un conjunto de reglas constitucionales y meta-constitucionales, también es entendible como ellos podrían acordar nuevas reglas y meta-reglas y con ello efectuar una revolución constitucional. Debido a que es sólo el acuerdo de que esas reglas y meta-reglas deben ser supremamente autoritativas lo que las convierte en autoritativas, cualquier acuerdo subsecuente puede modificar el acuerdo original para este efecto. Por supuesto, puede que aquellos que hayan accedido al acuerdo original, no accedan al segundo.

Para ellos, la nueva Constitución no será autoritativa incluso si es vinculante. Al menos, no sería así si sus creencias político-morales favorecen a la anarquía o la resistencia sobre la nueva Constitución. Pero ello sería el caso para cualquier disidente de un acuerdo constitucional en tanto su aceptación de la Constitución no sea necesaria para alcanzar un grado de efectividad requerido para sostener la aceptación de los demás de la Constitución.

¿Por qué debería Jane, en el paso 4, aceptar como autoritativa una Constitución o una disposición constitucional (sea la Constitución original del paso 2 o una Constitución de reemplazo del paso 3) si ella no ve la Constitución o la disposición relevante como un ideal moral y prudente? La razón es la misma que tuvo en los pasos 1 y 2: un conjunto efectivo de reglas atrincheradas relativamente bueno, incluso si no es ideal, pueden ser considerado por los propios ideales de moralidad política de Jane como mejor que la anarquía o que cualquier otro conjunto de reglas atrincheradas que tenga una oportunidad de alcanzar un acuerdo amplio.

Finalmente, está la pregunta de por qué alguien debería aceptar cualquier regla o meta-regla como autoritativa, es decir, como una regla que proporciona una razón para la acción independiente de su contenido. Hasta ahora he sostenido que Jane puede tener una razón *dependiente* del contenido (razones derivadas de su moralidad política) para establecer y atrincherar reglas que otros reconozcan como autoritativas. Pero, ¿por qué *Jane* debería reconocer esas reglas como autoritativas? ¿Por qué no debería apartarse de ellas cuando su moralidad política considere la desobediencia como un curso de acción preferible? Por supuesto, si su moralidad política apoya estas reglas como las mejores sobre las cuales se puede alcanzar un acuerdo, entonces su moralidad política nunca dictará desobediencia si ello socava el acuerdo. *Pero bien puede dictarle desobediencia secreta.*

Este es el dilema central del seguimiento de reglas. Seguir una regla porque es una regla es lo que se denomina atribuir autoridad práctica a la regla. Pero si la autoridad práctica es imposible, las pretensiones de autoridad práctica serán falsas, y por tanto las reglas *qua* reglas serán indeterminadas, lo cual hipotéticamente no es moralmente óptimo. Así que parece, paradójicamente, que es moralmente óptimo hacer pretensiones en nombre de reglas que el pretensor considera falsas. Y lo aplica para las reglas de forma más general, aplica igualmente para las reglas atrincheradas del Derecho constitucional.

Ahora miremos de forma más cercana diversos aspectos de esta *just so story* de la adopción de una Constitución. Primero, la historia asume distinciones entre, por un lado, la Constitución y las reglas meta-constitucionales,

y, por otro lado, la Constitución y el Derecho ordinario. Pero, ¿cómo deben hacerse esas distinciones?

Tomemos la distinción entre la Constitución y la meta-Constitución. Recuerde que en el paso 2, Jane y su comunidad aceptó un conjunto particular de reglas para crear y modificar las normas válidas (establecer lo que ellos, como sociedad, debían hacer) conjuntamente con reglas relacionadas sobre como el primer conjunto de reglas podía ser reformado, cómo podría ser interpretado, por quién, y a qué grado de atrincheramiento si más tarde se piensa que la interpretación era errada. Ahora supóngase que las reglas para crear y cambiar el Derecho válido (y quizá las reglas para reformar esas reglas) son escritas, pero las otras reglas (relacionadas con quién interpreta la Constitución, cómo, y con qué efectos) no lo son. (Esto describe la Constitución de los Estados Unidos en la mayoría de las interpretaciones). ¿Son sólo las reglas escritas “la Constitución” mientras que las reglas no escritas son meta- o pre-constitucionales? Todas esas reglas, escritas y no escritas, se basan en la aceptación. Además, las reglas escritas pudieron haber sido no escritas, y las reglas no escritas pudieron haberse escrito.

Consideremos ahora la distinción entre Derecho constitucional y Derecho ordinario. Presumiblemente, la Constitución contiene reglas que gobiernan la forma en la que el Derecho ordinario se crea y modifica. Pero el Derecho ordinario también puede por sí mismo prescribir como se crean y modifican otras reglas. (Considérese que la legislación establece las reglas que gobiernan la promulgación y derogación de las regulaciones administrativas, o la legislación estatal que regula la creación del Derecho por las municipalidades y los condados). Además, gran parte del Derecho consiste en reglas que especifican como las obligación jurídicas pueden ser creadas, modificadas o eliminadas (las reglas que gobiernan el “ordenamiento privado”). ¿A qué nivel en la jerarquía las reglas que gobiernan la creación de otras reglas se convierten en “constitucionales”?

Se puede estar tentado a distinguir el Derecho constitucional del Derecho ordinario por los asuntos que regulan. Las constituciones, se puede suponer, contienen amplias reglas generales que establecen los procedimientos básicos de gobierno y quizá algunos derechos individuales y otras limitaciones a la actividad gubernamental. Las leyes ordinarias, por otro lado, tratan de asuntos más mundanos o cuestiones más temporales. Pero, por supuesto, lo anterior no es cierto para la mayor parte de las constituciones como las entendemos hoy. La Constitución de los Estados Unidos contiene, además de esas reglas estructurales y reglas que regulan las competencias del gobierno nacional, y los derechos magistrales en Carta de Derechos, varias reglas bastante específicas, muchas de las cuales fueron respuestas a

problemas históricos que desaparecieron hace tiempo. Y si esto es cierto de la Constitución de los Estados Unidos, lo es mucho más de otras constituciones.³ Las Constituciones de Francia, Alemania y Rusia, en particular las dos últimas, están repletas de reglas específicas que tratan de asuntos muy limitados o restringidos a preocupaciones y tradicional temporales y locales muy específicas. Por otro lado, gran parte del Derecho ordinario establece las estructuras fundamentales del gobierno (por ejemplo, los departamentos del gabinete y las agencias administrativas) y los derechos individuales básicos (por ejemplo, los que se encuentran en la Ley de Derechos Civiles de 1964 y la Ley de Derechos Electorales de 1965).

¿Qué sucede con la escrituralidad? ¿No es el hecho de que las Constituciones son escritas lo que distingue de las normas meta-constitucionales aunque no del Derecho legislativo ordinario?

Sostendré que la “escrituralidad” no es ni necesaria ni suficiente para las constituciones, ni las distingue de las normas meta-constitucionales. Las últimas también pueden ser registradas por escrito. Lo que las distingue de la “Constitución” puede ser sólo el hecho de que la autoridad de las reglas meta-constitucionales se deriva directamente del hecho de la aceptación, mientras que la autoridad de la “Constitución” se deriva *directamente* de la autoridad de las reglas meta-constitucionales e *indirectamente* de la aceptación. Se podría disentir de las reglas constitucionales pero aceptarlas como autoritativas, mientras que ello no sería posible con las reglas meta-constitucionales. Por supuesto, dado que todo el edificio se basa en la aceptación (y dado que la aceptación de las reglas meta-constitucionales es racional incluso si no es ideal desde la perspectiva de nadie, pero solamente ideal en el sentido de que son las mejores reglas que todos pueden aceptar) la línea entre “la Constitución” y la “meta-Constitución” parece imposible de esbozar como una cuestión teórica.

Quizá entonces deberíamos decir que sólo cuando la autoridad de la Constitución escrita se basa en reglas meta-constitucionales no escritas, las reglas escritas pueden ser consideradas “la Constitución”. Aunque la escrituralidad entonces distinguiría las constituciones de las metaconstituciones, no distinguiría las constituciones de otras normas escritas.

Además, en el mismo sentido que la “escrituralidad” no es suficiente para identificar a la Constitución, tampoco es necesaria. Aunque sería poco práctico para cualquier a sociedad de tamaño considerable, o cualquier sistema jurídico que intente permanencia por muchos años, no existe ninguna

³ Véase, para un análisis, S.E. Finer, V. Bognador, y, B. Rudden, *Comparing Constitutions*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

imposibilidad lógica en que todas las leyes, incluyendo la Constitución, sean no escritas. Registrar las reglas por escrito es enormemente útil, por supuesto, porque evita controversias acerca de cuáles reglas fueron establecidas. Sin embargo, sería un error ver la “escrituralidad” como un atributo necesario del Derecho o las constituciones.

Quizá la forma más promisorio de distinguir las constituciones de las reglas meta-constitucionales y del Derecho ordinario es por referencia a los grados de atrincheramiento. Se podría argüir que las constituciones son reglas más atrincheradas frente al cambio de las leyes ordinarias. Así, en los Estados Unidos, la Constitución puede ser cambiada sólo por los requisitos supermayoritarios establecidos en el artículo V —y la regla que otorga “sufragio igual” a los estados en el Senado no puede ser cambiada en absoluto*—mientras que la legislación y sus derogatorias se puede realizar con los votos mayoritarios en el Congreso.

Sin embargo, la historia del atrincheramiento relativo es más complicada. Considérese, primero, que la misma existencia de la Constitución de los Estados Unidos depende de la aceptación pública hoy y a cada momento de la autoridad del documento redactado en Filadelfia en 1787 y ratificado acuerdo con los términos allí establecidos. Esta aceptación (la meta-Constitución) nunca es atrincherada, ni lo puede ser. Incluso la parte más atrincherada de la Constitución, la regla de sufragio igual, es autoritativa solamente porque es aceptada como tal en un momento dado. (Este punto refleja la paradoja de las reglas autoritativas: las aceptamos como un medio para solucionar los desacuerdos acerca de lo que debe hacerse; pero dado que, efecto de tales acuerdos, ellas deben ser determinadas y así deben divergir en una variedad de casos de lo que es moralmente óptimo, por lo que tenemos por igual razones para apartarnos de ellas y razones para aceptarlas, y esas razones rivales no pueden ser sopesadas o balanceadas porque son aspectos de las mismas razones que operan a niveles diferentes).

* *N. de T.* El Artículo V de la Constitución de los Estados Unidos describe el proceso a través del cual la Constitución puede ser modificada por el Congreso de los Estados Unidos o por una convención nacional que está juntado a solicitud de las legislaturas de, por lo menos, dos terceras de los varios estados. El procedimiento es bastante exigente, e incluye ratificación por las Asambleas Legislativas Estatales. Además, el artículo prohíbe enmiendas del “sufragio igual” de los estados (a la cual hace referencia el autor). La importancia de esta última regla es conservar a los estados de la Unión como actores políticos del Senado, sin importar su extensión o población. De este modo, un estado pequeño como Rhode Island o poco poblado como Wyoming, tienen la misma representación que un estado extenso como Alaska o uno mucho más poblado como California, y esta regla no puede ser modificada.

Al decir que incluso las reglas más atrincheradas dependen de su aceptación de momento de momento a momento, no estoy ignorando la posibilidad de que en su implantación, esas reglas eran acordadas por toda la comunidad. Se deben decir tres cosas sobre tales acuerdos constitucionales. Primero, es difícil pensar en un régimen constitucional real que hubiera sido fundado sobre acuerdo universal. Con certeza, la Constitución de los Estados Unidos no lo fue. No sólo había muchas personas privadas del derecho al voto, sino muchos que votaron en contra de su ratificación.

Segundo, por la misma razón que una promesa de cometer a un ilícito no es moralmente vinculante, un acuerdo de someterse a reglas obligatorias no es moralmente vinculante cuando luego se concluye que las reglas son moralmente perversas.

Tercero, a pesar de los fundadores (redactores de la Constitución) acordaron las reglas constitucionales, y cualquiera fuera la fuerza vinculante de tal acuerdo para ellos, las generaciones posteriores no están vinculados en virtud del acuerdo original de los fundadores. Las reglas de los fundadores son autoritativas para las generaciones siguientes sólo mediante la aceptación de esta autoridad por parte de los sucesores. Por supuesto, esto no significa que si ellos no aceptan las reglas, es erróneo para aquellos quienes las aceptan imponerlas a los disidentes. Sin embargo, cuando el nivel de aceptación declina suficientemente, las reglas serán inefectivas para resolver los desacuerdos de la comunidad sobre lo que se debe hacer, lo que significa que aquellos quienes aceptaron las reglas ahora no tienen razón para ello. La comunidad necesitará coordinarse alrededor de un nuevo conjunto de reglas para resolver las controversias.

El punto aquí es que incluso las reglas más atrincheradas (una regla como la de “sufragio igual”, que no puede ser enmendada en absoluto) en últimas depende de la aceptación de su atrincheramiento. Por otro lado, incluso la regla menos atrincherada (por ejemplo, una regla que puede ser derogada en cualquier momento por una mayoría) debe ser atrincherada por algún periodo de tiempo que sea efectiva regla. Considérese una regla que pueda ser reconsiderada continuamente en cualquier momento, y que sea alternativamente promulgada y derogada con efecto retroactivo una y otra vez en un mismo día. Tal regla es, durante sus varias promulgaciones, demasiado “des-atrincherada” como para realizar su función.

Este ejemplo es, en cuanto al atrincheramiento, el polo opuesto a la regla totalmente atrincherada “del sufragio igual”. Pero entre los dos polos, existen varios niveles de atrincheramiento. Por ejemplo, típicamente distinguimos las disposiciones de la Constitución de Estados Unidos que pueden ser derogadas solamente mediante un proceso supermayoritario del Artícu-

lo V, de las leyes promulgadas por el Congreso, las cuales pueden derogadas por leyes ordinarias subsecuentes. Las últimas las consideramos Derecho ordinario, mientras que las primeras las consideramos Derecho constitucional. Y es cierto que las disposiciones constitucionales son más atrincheradas que las leyes ordinarias. Pero nótese que para promulgar o derogar una norma legislativa, ella debe recibir un voto mayoritario en las dos cámaras del Congreso y luego ser ratificada por el Presidente. Si el Presidente se niega a ratificarlas, la ley o la derogación requieren dos tercios del voto de ambas cámaras. Seguramente, entonces, el *statu quo* de “leyes ordinarias” en los Estados Unidos es mucho más atrincherado de lo que sería si las leyes fueran aprobadas y derogadas solamente por el voto mayoritario en una legislatura unicameral o en un plebiscito.

Además de los requisitos concurrencia de las dos cámaras y la concurrencia presidencial, existen varias reglas adicionales en la Constitución de los Estados Unidos y en otros países que atrincheran reglas ordinarias en grados variados. Existen usualmente numerosas reglas procedimentales acerca de cuándo y cómo ciertos asuntos pueden ser tratados de formal tal que atrincheren el *status quo*, y así evitan los problemas de los ciclos que el Teorema de Arrow podría predecir cuándo hay mayoritarismo simple y las reglas no atrincheradas. Como John McGinnis y Michael Rappaport ilustran en su estudio exhaustivo del tema, la Constitución de los Estados Unidos tiene varias reglas que atrincheran la legislación ordinaria frente al cambio, tales como los dos tercios de los votos en el Senado que son requeridos para aprobar un tratado o para formalizar un procedimiento penal contra algún funcionario público (*impeachment*)⁴.

Así, aunque las constituciones pueden ser distinguidas por el grado en el cual sus reglas están atrincheradas, el Derecho ordinario no constitucional siempre está atrincherado en alguna medida. Y en las Constituciones como la de los Estados Unidos, muchas leyes ordinarias están altamente atrincheradas debido al bicameralismo, el requisito de concurrencia presidencial y las específicas reglas supermayoritarias de la Constitución misma.

Muchos lectores pueden creer que he omitido la forma más obvia de distinguir las constituciones del Derecho ordinario, la cual es no relativa a los grados de atrincheramiento sino a su ubicación en la *jerarquía de la validez jurídica*. Desde una perspectiva, las leyes ordinarias son válidas si ellas son consistentes con la Constitución. La validez de la Constitución, sin embar-

⁴ John McGinnis y Michael Rappaport, “Our Supermajoritarian Constitution”, *Texas Law Review*, vol. 80, 2002, pp. 703-806.

go, no debe de su consistencia con ningún Derecho mayor sino que se basa en su aceptación.

Además, en esta perspectiva, las leyes ordinarias pueden ser *más* atrincheradas que la Constitución. Así, mientras que una Constitución puede disponer su enmienda por un voto mayoritario; una disposición constitucional puede autorizar el atrincheramiento de las normas ordinarias, de forma tal que la legislatura puede promulgar leyes que sólo pueden ser derogadas por mayorías supermayoritarias. Por lo tanto, de acuerdo a esta perspectiva, el nivel de atrincheramiento no puede ser el criterio que distingue las Constituciones del Derecho ordinario.

Quiero ahora conceder que una Constitución puede disponer el atrincheramiento de las leyes ordinarias. Y la Constitución misma puede ser reformable por una mayoría simple. Tal estado de las cosas es posible, aunque obviamente sería un arreglo bastante frágil. Si una mayoría deseara derogar legislación que ha sido atrincherado solamente frente a la derogatoria mayoritaria simple, seguramente estaría tentada a enmendar la Constitución para poder hacer eso, dado que ellos pueden enmendar la Constitución mediante un voto mayoritario. En realidad, podrían enmendar la Constitución, derogar la ley, y entonces volver a cambiar la Constitución para permitir atrincheramientos de la legislación ordinaria. Por supuesto, ellos pueden ejercer extremado auto-control y abstenerse tomar este curso de acción. Pero no existen razones obvias por las cuales el atrincheramiento no sea autorizado por disposiciones no atrincheradas.

Habiendo concedido la posibilidad de que una “Constitución” puede ser menos atrincherada que el “Derecho no constitucional”, ¿por qué no distinguir las constituciones del Derecho ordinario en términos qué valida qué? El problema de usar la ubicación en las relaciones de validez jurídica que marca las constituciones es la siguiente: Lo que normalmente consideramos como constituciones unitarias están conformadas por partes que están ubicadas en puntos diferentes de la jerarquía de validez jurídica.

Considérese la Constitución de los Estados Unidos. Se puede decir que su artículo VII, el cual describe los requisitos de ratificación de la Constitución misma, es la disposición más fundamental de la Constitución, pues es la disposición que valida a todas las demás. Esta disposición sería lo que fue aceptado como la “regla de reconocimiento”, así que incluso aquellos que votaron contra la ratificación aceptarían la Constitución si fuera ratificada de acuerdo con los términos del artículo VII.⁵

⁵ Michael Green, “Legal revolutions: Six mistakes about discontinuity in the legal order”, *North Carolina Law Review*, vol. 83, 2004, pp. 331-409.

Si el artículo VII está en la cúspide la jerarquía de validez, el artículo V, la disposición de reforma, está un paso más abajo. Y eso significa que las enmiendas hechas en cumplimiento del artículo V están dos pasos más abajo del artículo VII. Si, por lo tanto, la ubicación en la cadena de validez fuera el criterio con el cuál distinguimos las constituciones del Derecho ordinario, y no el atrincheramiento relativo, la Catorceava Enmienda de la Constitución sería Derecho ordinario, no parte de lo que adecuadamente denominaríamos Constitución. En realidad, también ocurriría lo mismo con los artículos del I al VI.

Sugiero que la ubicación en la cadena de validez no es un método descriptivamente conveniente para identificar lo que normalmente denominamos constituciones. Reconozco, sin embargo, que es posible que todo aquello que normalmente denominamos constituciones esté menos atrincherado que lo que normalmente denominamos Derecho ordinario. Creo que el grado de atrincheramiento normalmente marcará mejor lo que distinguimos como Constitución que las relaciones de validez, pero los dos criterios muy frecuentemente deberán actuar juntos. Y, por supuesto, el edificio completo se basa en la aceptación.

II. ¿QUÉ FUNCIONES CUMPLEN LAS CONSTITUCIONES?

Si las Constituciones son normas más atrincheradas que las normas ordinarias (teniendo en cuenta que el atrincheramiento a menudo es una cuestión de grado, e incluso las normas más atrincheradas en últimas se basan en la aceptación momento a momento), ¿qué funciones cumplen las constituciones? Teóricamente, una Constitución podría atrincherar un código completo de un área del Derecho, sin ningún mecanismo para cambiar tal código diferente de la enmienda constitucional o la revolución. Sin embargo, en las sociedades modernas, tal sistema jurídico estático sería altamente disfuncional. Por lo tanto, de forma realista, como mínimo, las constituciones deben atrincherar las normas para crear y modificar el Derecho ordinario (no constitucional). Esas reglas pueden no hacer más que establecer una democracia parlamentaria simple unicameral. Incluso tal sistema constitucional simple probablemente tendría reglas sobre la elección del parlamento, quienes son los votantes electores, y similares, aunque es posible que estas reglas no estén atrincheradas y el parlamento mismo pueda alterarse su capacidad legislativa ordinaria. Si los atrincheramientos constitucionales no son absolutos, entonces la Constitución normalmente contendrá reglas atrincheradas acerca de cómo la Constitución misma puede ser alterada.

La mayoría de las constituciones van más allá de atrincherar una democracia parlamentaria simple y los procedimientos de enmienda constitucional. Ellas pueden atrincherar reglas que establecen un procedimiento de creación legislativa más complejo (por ejemplo, con los requisitos de concurrencia bicameral y presidencial de la Constitución de los Estados Unidos). Ellas pueden atrincherar reglas que establecen los departamentos ejecutivos y judiciales y que especifiquen sus poderes, procedimientos y criterios de membresía. Ellas pueden establecer un sistema federal de creación legislativa dividida y limitada. Y por supuesto, ellas pueden atrincherar ciertos derechos de los individuos frente al gobierno y los demás individuos.

¿Por qué atrincherar reglas frente a la derogación o enmienda por las mayorías actuales? Después de todo, sin importar cuán sabios o virtuosos sean, los constituyentes originales saben que ellos son falibles en cuestiones morales y prudenciales. ¿Qué los motiva entonces a atrincherar reglas que pueden no ser las óptimas, e incluso pueden resultar perversas?

Existen varias razones que pueden justificar este atrincheramiento. Una es la razón que yace detrás de todos los intentos de guiar la conducta a través de reglas determinadas, a saber, la solución de las controversias sobre lo que debe hacerse. Tales controversias producen costos morales y prudenciales en términos de toma de decisiones y uso de los recursos, el fracaso para coordinar decisiones, y la inhabilidad para hacer uso óptimo del conocimiento experto. Las reglas determinadas simplifican la toma de decisiones, hacen la coordinación posible y, si son promulgadas por las autoridades seleccionadas por su conocimiento experto o su habilidad para utilizar tal conocimiento, es más probable que sean óptimas (o cercanas al óptimo), en términos morales y prudenciales, que las decisiones aleatorias.

Las reglas determinadas producen estos beneficios de solución de conflictos en una medida mayor en tanto estén atrincheradas frente a la derogación. Si tales reglas están sujetas a la derogación en cualquier momento por un cambio menor en el sentimiento de la mayoría, ellas son menos confiables para propósitos de coordinación, y más recursos deben ser utilizados en intentar derogarlas (y en oponerse a esos intentos). Así que aunque existe un peligro en atrincherar reglas (las reglas pueden ser imprudentes o perversas), existen beneficios en la solución de controversias que se derivan de los atrincheramientos.

Además, existen clases particulares de casos que los constituyentes originales pudieron pensar que son particularmente aptos para el atrincheramiento. Algunas reglas atrincheradas protegen frente casos previsibles de falta de visión legislativa. Por ejemplo, la “cláusula de los contratos” del Artículo I, sección 10 de la Constitución de los Estados Unidos, la cual prohíbe

a los estados limitar las obligaciones de los contratos*, fue atrincherada porque en momentos de recesión, cuando los deudores superan grandemente en número a los acreedores, pueden tener algún interés en que el legislativo pase leyes para que les libre de sus deudas. Tales leyes benefician a los deudores actuales, pero debido a que hacen riesgoso el otorgamiento de crédito, ellas aumentan las tasas de interés que los deudores futuros deben pagar y son en último desastrosas en términos económicos. No se puede contar con que las mayorías legislativas protejan las generaciones futuras de deudores, quienes, por supuesto, no pueden votar actualmente.

El escenario que yace detrás de las cláusula de los contratos es un ejemplo típico de la clase de interés que los teóricos de la elección pública consideran cuando las mayorías legislativas predeciblemente serán poco confiables y cuando una regla atrincherada será beneficiosa. Otros ejemplos de reglas en este sentido son las reglas que John Ely ha denominado “de reforzamiento representativo”⁶. Así, las reglas que definen quién es elegible para votar para el legislativo pueden ser atrincheradas de forma tal que una mayoría momentánea no pueda congelar tales reglas que favorecen la oposición, ni eliminarlas de representación política. De forma similar, las reglas que garantizan la libertad de expresión pueden ser atrincheradas para prevenir que las mayorías momentáneas silencien a sus críticos.

Otras clases de reglas que parecen ser apropiadas para atrincheramiento son aquellas que Adrian Vermule denomina las “reglas del velo de ignorancia”, las “reglas de elegibilidad” y las “reglas de recusación”, todas cuales tienen expresión en disposiciones de la Constitución de Estados Unidos⁷. Las reglas del velo de ignorancia son reglas que requieren que las normas sean generales y prospectivas, y que evitan los abusos predecibles del legislativo que ocurren cuando los legisladores están conscientes de las personas particulares a quienes sus leyes pueden beneficiar y perjudicar. Las reglas de elegibilidad y recusación previenen la ocurrencia de conflictos de interés predecibles. La razón para atrincherar este tipo de reglas, cuando ello se hace, se deriva de que el peligro derivado de que el interés propio limite el juicio gubernamental es mucho mayor que cualquiera de los peligros generados por el atrincheramiento mismo.

Por supuesto, las reglas cuyo atrincheramiento en constituciones es a menudo más controversial son las reglas que establecen ciertos derechos.

* *N. de. T.* El texto es el siguiente: “Ningún estado ... podrá promulgar... leyes ex post facto o leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos”.

⁶ John Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

⁷ Adam Vermule, “Veil of ignorance rules in constitutional law”, *Yale Law Journal*, vol. 111, 2001, pp. 399-442.

Una fuente de controversia es sobre si tales derechos constitucionales deben ser restringidos a los derechos frente a la acción gubernamental (derechos a que el gobierno no infrinja ciertas libertades, como que el gobierno no tome o regule excesivamente la propiedad, o de que el gobierno no discrimine según varios criterios, tales como raza, sexo, religión o nacionalidad), o a si los derechos constitucionales deben incluir derechos prestacionales a ciertas acciones gubernamentales, tales como los derechos al empleo o cierto nivel de ingreso, la seguridad social y similares, o deben incluir también derechos frente a otros particulares e instituciones además de los derechos frente al gobierno. Los derechos de protección negativa a la libertad y a la propiedad tiene la ventaja de ser más fácilmente aplicables judicialmente que los derechos afirmativos al empleo, la seguridad social y el ingreso, particularmente porque ellos son frecuentemente vistos como asuntos menos sensibles al contexto, aunque esto en sí mismo no constituye a los últimos en material inapropiado para atrincheramiento constitucional. La existencia pre-jurídica (moral) de tales derechos negativos es también menos controversial que la existencia de los afirmativos.

La controversia más importante relacionada con la constitucionalización de los derechos es si existe suficiente justificación para atrincherar derechos contra la revisión democrática. En una perspectiva, los derechos son particularmente aptos para las constituciones democráticas porque ellas representan límites a lo que las mayorías están legitimadas a hacer, y debido a que no se puede confiar en la mayoría como el guardián de los derechos cuando estos derechos amenazan sus ambiciones. En la perspectiva opuesta, los derechos deben ser dejados a la determinación de la mayoría porque el contenido de los derechos es frecuentemente controversial, y ninguna determinación del contenido tomada en el pasado debería limitar a la mayoría actual sobre ellos. No trataré esta controversia aquí, pues ella será elaborada mejor en otros lugares.*

* *N. de. T.* La segunda parte de este volumen contiene una discusión de estos problemas.

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 una 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 atrinchera, 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.

CAPÍTULO IV

LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Kenneth Einar HIMMA*

SUMARIO: I. *Fundamentos conceptuales del positivismo jurídico.* II. *La relación lógica entre los criterios de validez y la regla social de reconocimiento.* III. *Identificación de los criterios de validez y la regla de reconocimiento. La restricción modeladora.* IV. *La Corte Suprema de los Estados Unidos y la naturaleza de la autoridad definitiva.* V. *La regla de reconocimiento y la Constitución.*

Los teóricos jurídicos que se especializan en teoría constitucional tienden a considerar irrelevantes al positivismo jurídico y a otras teorías conceptuales del Derecho. Sostienen que una teoría del concepto de Derecho no puede decir nada que ayude a resolver los problemas substantivos de la teoría constitucional.

Existe algo de validez en este reclamo. Una teoría del concepto de Derecho simplemente desarrolla las implicaciones metafísicas de los compromisos

* Estoy agradecido con los participantes en el seminario sobre la regla de reconocimiento celebrado en la Escuela de derecho de la Universidad de Pennsylvania. Tengo deudas especiales con los comentarios de Larry Alexander, Matt Adler, Wil Waluchow, Jeremy Waldron, Michael Dorf, Kent Greenawalt, Mitch Berman, Stephen Perry, Michael Green, y Richard Fallon. Este trabajo desarrolla un argumento adelantado en dos escritos anteriores: Kenneth Einar Himma, “Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005, pp. 1-50 (publicado en español como el capítulo 7 de mi *Derecho y Moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*, Universidad Externado de Colombia, pp. 377-479) y “Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States,” *Journal of Law and Society*, vol. 4, p. 149-70 (2003). Este artículo fue publicado en inglés como “Understanding the Relationship between the U.S. Constitution and the Conventional Rule of Recognition”, en *The rule of recognition and the United States Constitution*, Matthew D. Adler y Kenneth Einar Himma (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 96-122. © Oxford University Press Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

sociales que gobiernan el uso del concepto-término “Derecho” y nos dice cómo distinguir algo que es Derecho de algo que no lo es. Sin embargo, saber hacer esto no parece ayudar a responder las preguntas normativas que típicamente se realizan los teóricos del Derecho constitucional; eso no ayuda en nada a responder la pregunta de cómo interpretar apropiadamente la Constitución o a la pregunta de qué institución debería decidir el significado de la misma¹. Más que nada, un análisis de un concepto nos puede decir cómo identificar las cosas a las cuales este concepto se aplica, pero nuestra comprensión pre-teórica del mismo es, por sí misma, suficiente para hacer tal cosa. Los jueces y abogados lo hacen todo el tiempo, aún sin tener una teoría conceptual del Derecho desarrollada.

Aún así, hay aquí al menos una cuestión no normativa a la cual vale la pena dedicarse —y esa es la tarea que asumo aquí. En particular, intento determinar, mediante el examen de las prácticas de los funcionarios jurídicos, cómo se relacionan la Constitución y la regla de reconocimiento. Esto no resolverá ningún problema interesante de teoría constitucional, pero conlleva un interesante resultado conceptual: la supremacía judicial se extiende mucho más allá de lo que se asume comúnmente, haciendo aún más difíciles los problemas moralmente normativos asociados con esta práctica en un sistema democrático de gobierno.

I. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

1. *El concepto de criterio de validez*

La tesis metafísica de que en cualquier sistema jurídico posible existen determinadas propiedades que *constituyen* a una norma en Derecho (exactamente en la misma forma en que la instanciación de la condición de no haberse casado, constituye a un hombre en soltero) es fundamental al análisis conceptual del Derecho. Cualquier norma que instancie las propiedades adecuadas

¹ Por supuesto, hay algunas cuestiones substantivas no-normativas que el análisis conceptual puede ayudar a resolver. Por ejemplo, los teóricos jurídicos discrepan en si los argumentos para los principios interpretativos son de naturaleza moral o jurídica. El análisis conceptual puede colaborar en la resolución de este desacuerdo; quizá los teóricos estén confundidos sobre dónde se encuentra ubicada la línea entre la moralidad y la validez. Pero, entonces, responder las cuestiones substantivas-normativas que realmente importan —por ejemplo, como deberíamos interpretar la Constitución— tendría que tomar parte apropiadamente el análisis normativo.

es, por tal razón, Derecho en ese sistema jurídico; cualquier norma que no instancie las propiedades adecuadas no es, por tal razón, Derecho en tal sistema.

Una consecuencia de esta idea es que en todo sistema jurídico conceptualmente posible existen condiciones necesarias y suficientes para que una norma cuente como Derecho. Si S es un sistema jurídico y P es un enunciado que describe las propiedades que convierten a una norma putativa en Derecho², entonces P establece los criterios necesarios y suficientes de “validez jurídica” en S en el siguiente sentido:

La Tesis de la Diferenciación: En todo sistema jurídico conceptualmente posible S , existe un conjunto de CdV (por “criterios de validez”) tales que, para toda norma n , n es Derecho en S en el momento t si y solo si n satisface los criterios de CdV en t .

Vale la pena hacer aquí un par de observaciones acerca de la Tesis de la Diferenciación. En primer lugar, la Tesis de la Diferenciación es una tesis metafísica y no una tesis epistemológica. La Tesis de la Diferenciación no presupone ni implica ninguna afirmación acerca del grado en el que los criterios de validez de un sistema jurídico puedan ser identificados. En segundo lugar, la Tesis de la Diferenciación no implica nada acerca las relaciones conceptuales entre el Derecho y la moral. El contenido jurídicamente vinculante puede –o no puede– estar necesariamente restringido por principios morales o por el carácter inherente interpretativo del Derecho. Hasta hoy, todo teórico conceptual ha asumido la Tesis de la Diferenciación.

2. *Tesis de la Separabilidad*

La Tesis de la Separabilidad, según la entiendo, niega la afirmación agustiniana de que las normas injustas no pueden ser Derecho. Mientras San Agustín creía que el Derecho debía estar conforme con los principios morales, la Tesis de la Separabilidad afirma que pueden existir sistemas jurídicos con criterios de validez que no incluyan la conformidad con los principios morales. En otras palabras, *pueden* existir sistemas jurídicos perversos y leyes perversas –como la Alemania Nazi, el apartheid en Suráfrica y el Derecho *antebellum* en los Estados Unidos.

² P , claro está, puede expresar una lista complicada de propiedades que incluya conjunciones y disyunciones.

Así interpretada, la Tesis de la Separabilidad no niega las relaciones necesarias entre el Derecho y la moralidad; simplemente excluye una relación necesaria particular entre ellos, es decir, una conexión necesaria entre los criterios para determinar qué cuenta como Derecho y los principios morales. Los positivistas frecuentemente han reconocido otras relaciones necesarias entre el Derecho y la moral. H. L. A Hart afirmaba que el Derecho debía incluir “el contenido mínimo de Derecho natural [moral]” para realizar su propósito conceptual de guiar la conducta. Joseph Raz arguye que el Derecho hace posible formas de cooperación social que no serían posibles de otra manera entre seres que no son ángeles y, por ello, desarrolla una tarea distintivamente moral.

3. *La Tesis de los Hechos Sociales*

La Tesis de los Hechos Sociales afirma que, en esencia, lo que distingue a las normas jurídicas de las no jurídicas es que las primeras instancian una propiedad que hace referencia a algún hecho social. El hecho social relevante es, entonces, lo que explica en últimas la existencia del sistema jurídico y lo que lo constituye en un artefacto social.

Desde la visión de Hart, un sistema jurídico surge a la vida por la existencia de una regla de reconocimiento que especifica recetas para hacer, ejecutar, cambiar, establecer y adjudicar el Derecho que producen normas que regulan de manera efectiva la conducta de los ciudadanos. Y, para Hart, existe un sistema jurídico en S cuando (1) los funcionarios en S practican la regla de reconocimiento que define los criterios de validez señalados por esta norma secundaria, y (2), los ciudadanos en S cumplen generalmente con las reglas primarias validadas por estos criterios. Las propiedades (1) y (2) son hechos sociales que dan lugar al Derecho y por ello convierten al Derecho en un artefacto.

4. *La Tesis de la Convencionalidad*

La Tesis de la Convencionalidad explica el contenido y autoridad de los criterios de validez en todos los sistemas jurídicos conceptualmente posibles en términos de una convención social practicada por las personas que funcionan como funcionarios. Como funciona aquí, el término “convención” señala lo que Hart llamó una “regla social”, y no se refiere a una convención de coordinación como David Lewis usa el término. Las reglas sociales tienen

un “aspecto externo” y un “aspecto interno”. El aspecto externo consiste en la convergencia de la conducta de los miembros en una regla –de tal forma que se puede describir lo que ellos están haciendo “*como una regla*”³. El aspecto interno consiste en que los miembros del grupo convergen en una actitud crítica reflexiva que convierte en *normativa* a la regla social, en el sentido de que las desviaciones de esta regla son adecuadamente censuradas.

Desde la visión de Hart, las reglas sociales pueden, pero no requieren, establecer deberes. Las reglas o convenciones que definen deberes tienen, de acuerdo con Hart, las siguientes características: (1) las personas en el grupo social relevante hacen convergir su conducta en las acciones requeridas por la regla, (2) las personas en el grupo relevante manifiestan una actitud reflexiva interna mediante la censura de las desviaciones de la regla, y (3) se aplica una presión social relevante a las personas para que acaten las reglas y eviten desviaciones inexcusadas o injustificadas.

De acuerdo con la Tesis de la Convencionalidad, el Derecho existe cuando existe una regla social de reconocimiento que resulta en una regulación eficaz de la conducta de los ciudadanos. Como Hart introduce el punto, “aquellas reglas que son válidas de acuerdo con los criterios finales de validez del sistema jurídico deben ser generalmente obedecidas, y... sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica y sus reglas de cambio y adjudicación deben ser efectivamente aceptadas como estándares de conducta oficial por sus funcionarios”⁴.

Aunque algunos positivistas pueden pensar que las reglas de reconocimiento no es más que una costumbre *judicial*. Esta afirmación es errada. El alcance de la autoridad de una corte está limitado, por ejemplo, por la aceptación de aquellos funcionarios que tienen la autoridad de hacer cumplir el Derecho. Si los funcionarios del poder ejecutivo y de policía del Estado se rehúsan a hacer cumplir una línea de decisiones de la Corte, entonces estas decisiones carecen de las consecuencias normativas que esas normas, como cuestión conceptual, deben tener para contar como Derecho en el sentido positivista de la palabra. Dado que la autoridad jurídica de las cortes está restringida por la aceptación de otros funcionarios, la existencia y contenido de la regla de reconocimiento depende de las prácticas conjuntas tanto de los jueces y de otros funcionarios.

³ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2da Edición, editada por Penelope Bulloch & Joseph Raz, Oxford University Press, 1994, p. 55.

⁴ *Id.*, p. 113.

II. LA RELACIÓN LÓGICA ENTRE LOS CRITERIOS DE VALIDEZ Y LA REGLA SOCIAL DE RECONOCIMIENTO

Los términos “criterios de validez” y “regla de reconocimiento” no son sinónimos. Mientras que la regla social de reconocimiento es al menos parcialmente normativa, como se puede esperar de las reglas, los criterios de validez son de naturaleza puramente descriptiva. En realidad, los criterios de validez —es decir, los criterios que distinguen el Derecho de lo que no es Derecho en sistema jurídico— son comúnmente expresados en condicionales sin ningún lenguaje normativo:

Esquema de Criterios de Validez: X es Derecho en S si y solo si X está conforme con las condiciones establecidas por la proposición P

Un juicio con esta forma no es una norma ni tiene los recursos para proporcionar razones para la acción, porque carece del lenguaje deóntico capaz de proporcionar tales razones.

En contraste, la regla de reconocimiento está expresada en términos deónticos que describen o definen obligaciones. Así, las normas de reconocimiento (una denominación alternativa a las “reglas de reconocimiento”), tienen la siguiente forma:

Esquema de la Regla de Reconocimiento: Un presidente/legislador/juez tiene un deber (o debe) realizar X en ejecución de su función como presidente/legislador/juez.

El Esquema de la Regla de Reconocimiento, al contrario del Esquema de Criterios de Validez, contiene recursos lógicos —i.e., nociones deónticas— para definir y expresar deberes.

Los criterios *puramente descriptivos* de validez son extrapolados de un estudio de las reglas de reconocimiento *normativas*, particularmente de aquellas que requieren determinados actos como una precondition para crear el Derecho. Claramente, las normas de reconocimiento que definen directamente los deberes con relación al reconocimiento, creación y adjudicación del Derecho, al igual que aquellas que confieren el poder para hacer eso, determinarán las propiedades que una norma debe tener para poseer el estatus de Derecho.

Aunque “regla de reconocimiento” y “criterios de validez” están bastante relacionados, es importante distinguirlos, porque, como veremos más adelante, existen algunas normas de reconocimiento que definen deberes

relacionados sobre cómo la Corte interpreta la Constitución que no son, estrictamente, parte de los criterios de validez. Los términos están relacionados, sin ser equivalentes

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALIDEZ Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO. LA RESTRICCIÓN MODELADORA

La concepción de Hart de que la existencia y contenido de la regla de reconocimiento está determinada por la práctica oficial implica que lo que los funcionarios autoconscientemente asuman como criterios de validez *sean* los criterios de validez. Aunque los funcionarios individuales —incluyendo los jueces— presumiblemente puedan tener creencias erradas acerca de los criterios de validez, simplemente no es posible, bajo la Tesis de la Convencionalidad, estar *generalmente* errados acerca algún criterio *social* de validez. Si los funcionarios autoconscientemente reconocen y tratan a las normas que satisfacen *N* como Derecho válido y la autoridad de *N* yace en la aceptación, entonces *N* determina un criterio de validez en *S*. Lo que los funcionarios colectivamente consideran como las propiedades que constituyen a las normas en jurídicamente válidas *son*, como cuestión conceptual, las propiedades que son incorporadas en la regla social de reconocimiento que define los criterios de validez jurídica.

Cada característica que constituye una regla social es observable empíricamente. En primer lugar, podemos establecer empíricamente la convergencia en la conducta. En segundo lugar, podemos establecer empíricamente que la conformidad con la regla es promovida y que las desviaciones son censuradas. En tercer lugar, podemos establecer empíricamente que se aplica la presión social requerida sobre los participantes del grupo para que actúen de acuerdo con la regla. Aunque es posible esconder estas características, los sistemas jurídicos, tales como el de Estados Unidos, característicamente no tratan de hacer eso.

En consecuencia, si la Tesis de la Convencionalidad de Hart es cierta, entonces el proyecto de identificar los criterios de validez es empírico. La única forma para identificar el contenido de la regla social de reconocimiento y los criterios de validez es por medios empíricos. Para identificar el contenido de los criterios de validez en cualquier sociedad determinada, se deben emplear aproximadamente las mismas herramientas empíricas que son comúnmente utilizadas por los sociólogos para estudiar la conducta de los funcionarios. Así, de acuerdo con lo que llamaré la Restricción Modeladora, una descripción correcta de los criterios de validez en un sistema

jurídico *S* debe expresar aquellas propiedades que, como cuestión empírica observable, los funcionarios colectivamente reconocen que dan lugar a normas jurídicamente válidas que están obligados a ejecutar.

IV. LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA NATURALEZA DE LA AUTORIDAD DEFINITIVA

Existen una cantidad de asuntos controversiales acerca de la autoridad que tiene la Corte Suprema de los Estados Unidos para decidir asuntos constitucionales. Algunos teóricos, por ejemplo, discrepan de si las cortes en una sociedad democrática *deberían*, como cuestión de moralidad política, tener la autoridad definitiva para declarar inconstitucional una ley debidamente promulgada.⁵ Otros teóricos de forma similar discrepan de si, como cuestión descriptiva acerca del Derecho, la Constitución de los Estados Unidos concede a la Corte la autoridad definitiva sobre una clase particular de asuntos.

Ante todo, sin embargo, es importante señalar que una cuestión está clara: La Corte Suprema actualmente tiene la autoridad definitiva para decidir al menos algunos problemas constitucionales. En realidad, no sería posible negar, por ejemplo, que la Corte Suprema tiene autoridad definitiva en una variedad de asuntos, incluyendo la prohibición de la oración en las escuelas públicas, la constitucionalidad de la pena de muerte, la constitucionalidad de las restricciones al aborto y otras.⁶

Claro está, tal autoridad es limitada. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos carece de autoridad para invalidar un *impeachment* (moción de censura) sobre los funcionarios del gobierno, anular enmiendas constitucionales, o decidir “cuestiones políticas”. Pero la tesis no es que la autoridad de la Corte sea ilimitada, sino más bien que, como mínimo, la Corte tiene la autoridad definitiva para decidir la constitucionalidad de las promulgaciones del Congreso.

No es necesario que las Cortes tengan autoridad definitiva o que el alcance de esta autoridad sobre una clase de asuntos relevantes sea ilimitado. Puede ocurrir que tal autoridad esté distribuida sobre diferentes departamentos del Estado, o puede ocurrir, incluso, que el pueblo tenga la autoridad definitiva. De forma similar, puede ocurrir que existan algunos asuntos sobre los cuales nadie tenga autoridad definitiva. Nada en ninguna teoría

⁵ Véase la sección segunda de este libro.

⁶ Como veremos, incluso Ronald Dworkin acepta esto. Véase, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 2.

conceptual del Derecho requiere que nadie en particular tenga la última palabra.

1. *La capacidad de crear obligaciones jurídicas que vinculen a otros funcionarios en el sistema*

Una Corte tiene *autoridad* para decidir un asunto jurídico sustantivo solamente si sus decisiones crean *obligaciones* presuntivas por parte de otros funcionarios de aceptar sus decisiones como Derecho. Tener autoridad es ser capaz de promulgar directivas que sean autoritativas sobre alguna clase relevante de individuos, y una directiva es autoritativa en virtud de su obligatoriedad sobre la clase relevante de individuos.

La autoridad de la Corte para decidir un asunto sustantivo de Derecho es *definitiva* si, y sólo si, no existe entidad *oficial* con la autoridad de anular la decisión de la Corte. Como Dworkin señala, este punto que no suscita mayor controversia: “un funcionario tiene autoridad definitiva para tomar una decisión cuando su decisión no puede ser revisada o revocada por ningún otro funcionario⁷”. De acuerdo con esto, si una Corte tiene la autoridad definitiva sobre una decisión, entonces su decisión crea una obligación que vincula a los funcionarios en la jurisdicción. Y dado que no existe posibilidad de revocación, la obligación es definitiva.

Claro está, se puede decir que en una democracia el pueblo es quién tiene una autoridad definitiva, en el sentido de que puede iniciar enmiendas con el efecto de anular un pronunciamiento oficial y puede elegir a los funcionarios que designan a los jueces. Aunque esto proporciona a los ciudadanos alguna autoridad sobre la que tendría que reflexionarse para hacer dar una explicación completa sobre los criterios de validez, los funcionarios practican una regla que confiere alguna autoridad a las entidades oficiales tales como cortes y poderes legislativos, y es el contenido de esta autoridad de la que me ocupo aquí.

Las obligaciones creadas por las decisiones de una Corte con autoridad definitiva son jurídicas, aunque no por ello *moralmente legítimas*. Esto crea una consecuencia muy importante: *en la medida en que una Corte tenga la autoridad para decidir un asunto sustantivo de Derecho, hace vinculante para los funcionarios de su jurisdicción, caeteris paribus, alguna de las dos decisiones posibles para el caso en cuestión*. Por ejemplo, si una Corte tiene autoridad definitiva para decidir si

⁷ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 32.

los derechos de aborto pueden ser restringidos por la legislación, entonces su decisión crea obligaciones que son vinculantes para otros funcionarios sin considerar cuál sea la decisión que expida –en tanto la Corte expida su decisión de una forma aceptable. Así, la Corte Suprema puede obligar a los funcionarios a cumplir una decisión que sea errada bajo una teoría “correcta” de la interpretación (si tal cosa existe).

2. *Autoridad Definitiva y la Discreción del Tanteador*

En la revisión de un famoso artículo⁸, Kent Greenawalt señala que en el béisbol existe una regla según la cual el bateador está “out” después de tres “strikes”; sin embargo, es el juez quién de forma definitiva toma la decisión. En su opinión, sería un error pensar que existe una regla disyuntiva en el béisbol (una que establece que usted está “out” después de tres “strikes” o después de que el juez declara el “out”), o que lo que existe es una clase de norma de reconocimiento que autoriza al juez a aplicar la regla de los tres “strikes”. De forma similar, Greenawalt sostiene que sería un error caracterizar una norma de reconocimiento como si confiriera una autoridad definitiva a la Corte.

Esto parece ser erróneo. Las *reglas del béisbol* son distintas de, y no incluyen, a las reglas de reconocimiento que otorgan a los jueces la autoridad para la toma de decisiones, pero es necesaria alguna regla de reconocimiento acerca de quién toma la decisión. Esto es claro en el contexto del béisbol profesional, el cual contiene un conjunto de reglas de reconocimiento que complementan a las reglas del béisbol: las reglas del béisbol son *fundamentales para el juego*, pero las reglas de reconocimiento son fundamentales para aquellas normas que gobiernan al béisbol profesional –y ellas incluyen tanto las reglas del béisbol, como las reglas que conceden al umpire la autoridad de aplicar las reglas del béisbol.

Existe otra diferencia entre las decisiones del umpire y las decisiones donde la Corte considera la constitucionalidad de alguna norma. Un umpire puede erróneamente llamar “ball” al tercer “strike”, pero su decisión no involucra una derogatoria de la regla que declara que un bateador está “out” después de tres “strikes”. Cuando la Corte de forma incorrecta dero-

⁸ Véase, Kent Greenawalt, ‘How to understand the Rule of recognition and the American Constitution’, en Matthew D. Adler, & Kenneth E. Himma, (Eds.) *The Rule Of Recognition And The U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, donde revisita a Kent Greenawalt, ‘The Rule of Recognition and the Constitution’, *Michigal Law Review*, vol. 85, 1987 (también publicado como capítulo 1, en la compilación de Himma y Adler).

ga una regla oficial, no obstante, afecta el estatus de la regla de una manera que el error del umpire no lo hace –aunque el carácter de este efecto no es aún claro–.

3. *Autoridad definitiva y criterio de validez*

Aunque es natural pensar que los pronunciamientos de una Corte con autoridad definitiva son jurídicamente vinculantes porque establecen el contenido del Derecho, ello no es necesariamente cierto. Es lógica y causalmente posible para los funcionarios estar jurídicamente obligados a cumplir el contenido de una norma que carece del estatus de Derecho –algo que frecuentemente sucede en las disputas que implican el Derecho de otra nación (el ejemplo más claro es el Derecho internacional privado), estado o jurisdicción–.

Pero así no es como los funcionarios en los Estados Unidos comprenden los pronunciamientos de su Corte Suprema. Aunque los funcionarios y ciudadanos pueden estar en desacuerdo con un pronunciamiento de una Corte y pensar que es una interpretación errónea del Derecho; sin embargo, este pronunciamiento es tratado y caracterizado como Derecho. Incluso cuando un pronunciamiento es tenido como erróneo, el Estado hace cumplir lo hace con los mismos mecanismos coercitivos que se aplicarían a cualquier otra norma. El pronunciamiento de una Corte establece el contenido del Derecho en el ámbito constitucional.

Lo anterior no implica que un pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos que declara inconstitucional una ley la invalida absolutamente, en el sentido de remover la ley de los libros, o prohibir al poder legislativo volver a promulgar la misma ley para obligar a la Corte a retratarse de sus fallos (lo cual ocurre de una forma bastante frecuente con *Roe v. Wade*)⁹. En los Estados Unidos, se requiere una revocación expresa del poder legislativo para remover una ley de los libros, pero hay poca razón para que ese organismo gaste energía después de que una ley haya sido declarada inconstitucional. El efecto jurídico de la declaración de inconstitucionalidad y el de una revocatoria legislativa es el mismo: la ley en cuestión no crea derechos o deberes coercibles. Y lo mismo ocurre cuando se vuelve a promulgar

⁹ Véase, *e.g.*, Matthew D. Adler & Michael C. Dorf, “Constitutional Existence Conditions and Judicial Review”, *Virginia Law Review*, vol. 89, 2003. (N. del T. El lector colombiano debe notar que el alcance de la cosa juzgada constitucional en los Estados Unidos es muy diferente al señalado por el artículo 243 de la Constitución Política Colombiana y su desarrollo jurisprudencial).

la norma, a menos que la Corte se retracte de su posición en un nuevo juicio constitucional.

Los funcionarios y los teóricos constitucionales discrepan sobre cómo caracterizar los efectos de una declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos. Algunos teóricos y jueces arguyen que el efecto de una declaración de inconstitucionalidad es la anulación de la ley. En realidad, en *Norton v. Shelby County*¹⁰, la Corte declaró que, “un acto inconstitucional no es una ley, no confiere ningún derecho, no impone ningún deber; es, desde la perspectiva jurídica, tan inoperante como si nunca hubiera ocurrido”. De forma similar, en *U.S. v. Dickerson*, la Corte declaró, “(...) El Congreso no puede sustituir nuestras decisiones cuando interpretan y aplican la Constitución¹¹”. *Dickerson* invitó al “Congreso y a los estados (...) a buscar (...) otros procedimientos que sean al menos tan efectivos para informar a las personas arrestadas de sus [derechos]”¹², pero esta fue una invitación a cooperar con funcionarios de otros cuerpos hecha a por discreción de la Corte —y nada en la noción de autoridad definitiva prohíbe esto¹³.

Otros sostienen que la declaración de inconstitucionalidad prohíbe que el Estado haga cumplir coercitivamente la norma a las partes de la decisión, pero la misma no genera más que ese efecto *inter partes*. Hay dos argumentos diferentes aquí. En primer lugar, tales decisiones no “anulan” la ley, porque la ley tendría vigencia sin necesidad de actuación el poder legislativo si la Corte decidiera revocar su fallo de inconstitucionalidad. Los teóricos que sostienen este punto de vista frecuentemente arguyen que los funcionarios del Estado, que no son partes de la decisión, deben actuar conforme a las decisiones de inconstitucionalidad hasta el punto de incluso abstenerse de

¹⁰ 118 U.S. 425 (1886). Para una defensa de esta visión, véase Alexander, Larry & Schauer, Frederick. “On Extrajudicial Interpretation”, *Harvard Law Review*, vol. 110, 1997. Por su parte, la Corte no siempre ha adherido esta visión. Véase *U.S. v. U.S. Coin and Currency*, 401 U.S. 715 (1971), 741.

¹¹ 120 S. Ct. 2326 (2000) p. 2332.

¹² El caso se refiere a las advertencias *Miranda*. (N. de. T. Para un comentario sobre *Dickerson* y la materia objeto de este fallo, véase el capítulo de Mitchell Berman en este libro).

¹³ Véase Michael C. Dorf, & Barry Friedman, “Shared Constitutional Interpretation”, *Supreme Court Law Review*, 2000. Aunque Dorf y Friedman definen la afirmación normativa de que se le debe dar un papel a los otros actores políticos en la interpretación constitucional, ellos afirman que se le debe dar la última palabra a la Corte. En realidad, ellos señalan que “está fuera de duda que el papel primario en la determinación el alcance de los derechos constitucional está asignado en la Corte”, y así parece respaldar la visión “máxima” de la autoridad de la Corte defendida por Alexander & Schauer, nota al pie 12.

hacer cumplir normas que probablemente serían declaradas inconstitucionales, según las opiniones establecidas por la Corte para la materia¹⁴.

Nada de esto hace mucha diferencia porque la declaración de una norma como inconstitucional claramente la convierte en inejecutable y por ello carente de la fuerza que parcialmente constituye a una ley promulgada en Derecho; es decir, no se puede caracterizar correctamente como “Derecho” —o como normas válidas— a las normas de un sistema jurídico que no se pueden hacer cumplir coercitivamente. Las normas jurídicas están respaldadas por el poder ejecutivo y de policía del Estado. Una vez se remueva esta última característica de estar respaldadas coercitivamente, su estatus como “Derecho”, en lo que concierne al positivismo, ha sido removido para todos los propósitos prácticos independientemente de que tales normas permanezcan en los libros—.

En segundo lugar, las decisiones de la Corte crean obligaciones jurídicas vinculantes para las partes del caso, pero no generan obligaciones de abstenerse de hacer cumplir las leyes declaradas inconstitucionales por la Corte¹⁵. Sin embargo, como cuestión de práctica jurídica, los demás funcionarios ejecutivos siguen el pronunciamiento de la Corte y se abstienen de hacer cumplir las normas que han sido declaradas inconstitucionales, o leyes cuyo contenido es tan cercano a la ley declarada inconstitucional que existe la fuerte probabilidad de que también sean así sean declaradas. Esta práctica incluye al Presidente.

Aunque existen algunos teóricos constitucionalistas que creen que no existe ningún deber jurídico entre los funcionarios ejecutivos de abstenerse de hacer cumplir tales leyes y afirman que quienes presumiblemente adopten esta práctica solamente lo hacen como una clase de cortesía o por una preocupación prudencial de mantener sus empleos, estos académicos están preocupados con un problema diferente al del positivismo. Ellos están discutiendo sobre el problema normativo relacionado con interpretación de la Constitución —es decir, el problema de si bajo la interpretación correcta de la Constitución y la historia asociada, se *debe* entender a la Corte Suprema

¹⁴ Edwin Meese defiende esta perspectiva. Véase, por ejemplo, Edwin Meese “The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution”, *Southern Texas Law Review*, vol. 27, 1986. Larry Kramer arguye en *The People Themselves* que esta clase de “compartimentación” estuvo implicada en *Madison v. Marbury* y que la moralidad política requiere regresar a esta comprensión del papel de la Corte en la interpretación y aplicación de la Constitución relativa a otros actores políticos.

¹⁵ Véase Richard Fallon, “As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing”, *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000, pp. 1339 y siguientes. Para una visión en contrario, véase Alexander & Schauer, *supra* nota 12.

como una creadora de obligaciones generales—. Este es un problema *normativo* diferente del asunto puramente *descriptivo* del cual se ocupan los positivistas —es decir, el problema si hay una convergencia de la conducta de los funcionarios ejecutivos en una norma social que requiere abstenerse de hacer cumplir leyes declaradas inconstitucionales por la Corte—. Si, como parece claro, la respuesta es “sí”, entonces los funcionarios están asumiendo el punto de vista interno frente a la norma de reconocimiento que crea una obligación de abstenerse de hacer cumplir tales leyes¹⁶. Esta práctica puede cambiar siempre y cuando los teóricos constitucionales que defienden la posición normativa alcancen un consenso general de que no existe tal deber bajo la interpretación adecuada de la Constitución. Pero, hasta que la práctica jurídica cambie, los funcionarios están tratando los pronunciamientos de la Corte como jurídicamente vinculantes —especialmente si ellos criticarían, como parece razonable hipotetizar, incidentes donde otros funcionarios completamente ignoren un pronunciamiento y hagan cumplir una ley idéntica a una declarada inconstitucional por la Corte—. Los teóricos constitucionalistas se ocupan del contenido de la interpretación adecuada de la Constitución y no del contenido de la regla de reconocimiento, las cuales son reglas distintas pero relacionadas.

Desde el punto de vista de la teoría general del derecho, los pronunciamientos inconstitucionales no pueden ser caracterizados como “Derecho,” porque, como práctica entre los funcionarios, no son de cumplimiento forzado y por ello no dan pie a deberes u obligaciones jurídicas coactivas. Esto, en cualquier consideración, es la forma en la cual los términos “Derecho” y “validez jurídica” deben ser entendidos aquí.

En realidad, los abogados están entrenados para considerar los pronunciamientos de la Corte con autoridad definitiva como pronunciamientos que establecen el contenido del Derecho. Todo libro de casos de Derecho constitucional de los Estados Unidos contiene apartes de casos controvertidos de la Corte Suprema que son ampliamente considerados erróneos. Por ejemplo, no existe un libro de casos o tratados exhaustivo de Derecho constitucional en los Estados Unidos que no contenga un extracto o dis-

¹⁶ Véase Larry Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2005. Kramer arguye que la Corte Suprema ha usurpado la autoridad definitiva, la cual debe ser retomada por el pueblo. La afirmación descriptiva, fundamentada en un análisis histórico comprensivo, confirma que la práctica oficial hoy le confiere la autoridad definitiva sobre la Constitución a la Corte Suprema; la afirmación normativa es que ello es ilegítimo. Pero el problema normativo no es relevante para el análisis positivista del contenido de la regla de reconocimiento, aunque es innegablemente importante.

cusión del caso *Roe*. Se da por sentado entre los practicantes, estudiantes y funcionarios del sistema jurídico que, para bien o para mal, la decisión de la Corte en *Roe* estableció el contenido del “Derecho” (en el sentido explicado anteriormente) sobre el aborto en los Estados Unidos.

Los funcionarios de los Estados Unidos, entonces, están practicando una norma de reconocimiento que les requiere tratar a los pronunciamientos de la Corte con autoridad definitiva como pronunciamientos que establecen el contenido del Derecho en determinados problemas relacionados con la Constitución, aunque esta autoridad está, como veremos, limitada de varias formas. No es solamente que los funcionarios parezcan comportarse de esta manera. La mayoría, pero no todos, aceptan y practican esta regla, porque creen que los principios fundamentales que gobiernan la estructura del sistema jurídico les requiere hacer ello por. Pero algunos también pueden aceptar la regla por razones puramente prudenciales (es decir, para tener éxito profesional) y pueden incluso creer que tal regla no es interpretación de tales principio fundamentales.

4. *La Autoridad Definitiva y el Desacuerdo de los Funcionarios*

Que los funcionarios estén obligados a cumplir los pronunciamientos no implica que ellos tengan que estar de acuerdo con ellos, simplemente implica que ellos deben cumplirlos respecto con los actos dentro de su competencia. Por ejemplo, como Greenawalt señala, un Senador puede estar en desacuerdo con un pronunciamiento según el cual un acto del legislativo es constitucional, y votar en contra de éste por creerlo inconstitucional cuando venga para una nueva votación. No existe nada en la afirmación de que la Corte tiene autoridad definitiva para decidir los asuntos constitucionales que implique que todo funcionario obligado por un pronunciamiento deba *creer* que es correcto.

Claro está, algunos funcionarios algunas veces han negado públicamente la autoridad definitiva de la Corte. Recientemente, John Ashcroft hizo eso. El Presidente Jefferson amenazó con desobedecer el pronunciamiento de la Corte en *Madbury v. Madison* si iba de la forma contraria. Quizá el ejemplo más relevante involucra a *Brown v. Board of Education*. La Corte sostuvo que las escuelas públicas deberían abolir la segregación “en el menor tiempo posible” (*with ‘all the deliberate speed’*) para señalar a los estados sureños que la Corte no harían cumplir la decisión inmediatamente, y como una forma de prevenir la rebelión de los funcionarios del sur que habrían causado la crisis más grave en los Estados Unidos desde la Guerra Civil.

Varias observaciones deben hacerse aquí. Primero, estas situaciones son muy pocas y lejanas para justificar la duda sobre la autoridad definitiva de la Corte para decidir la constitucionalidad de una ley. La situación sobre *Brown* podía, sin embargo, conducir finalmente a una rebelión y, dada la resistencia de los funcionarios sureños, pudo haber producido un período en el cual la práctica social de investir a la Corte con la autoridad definitiva se descompuso. Dado que la Corte no hizo cumplir su pronunciamiento con órdenes obligatorias de suspensión de la discriminación, hasta que la cultura del sur cambió de forma significativa, nunca podremos saber cuál fue exactamente la práctica social durante ese período.

En segundo lugar, es probable que la mayoría de los funcionarios que sugirieron que desobedecerían el pronunciamiento, hubieran obedecido si hubieran sido presionados a ello. Una cosa es que un funcionario exprese esta inclinación y una bastante diferente *actúe* según ella. Las consecuencias de romper una práctica social afianzada respecto a la Constitución son suficientemente graves como para disuadir a los funcionarios que crean que la Corte carece de tal autoridad de actuar conforme a tales convicciones. Del dicho al hecho hay mucho trecho.

Tercero, incluso si algunos funcionarios ocasionalmente actúan de acuerdo con tales creencias, esto no afecta el análisis. Un positivista no podría sostener que es una condición necesaria para la existencia de un sistema jurídico que *todos* los funcionarios *siempre* converjan en la conducta y la actitud sobre el contenido específico. Si el positivismo sostuviera esa posición, la negación John Ashcroft de la autoridad final de la Corte sería, por sí misma, suficiente para mostrar que los Estados Unidos no tienen un sistema jurídico —y esto es una *reductio* de cualquier afirmación con este resultado—. Lo máximo que un positivista puede afirmar, en este sentido, es que suficientes funcionarios convergen con suficiente frecuencia sobre el contenido de una norma de reconocimiento para que ellos puedan regular efectivamente la conducta de los ciudadanos.

En realidad, no existe nada en la idea de que la Corte tiene la autoridad definitiva que implique que un Juez que disiente de un pronunciamiento deba abandonar su posición disidente la siguiente vez que el problema aparezca. Sobre el tema del aborto, el Juez Scalia ha indicado que él “continuará disintiendo sobre la empresa [de la Corte] de concebir un Código de Aborto, y sobre la ilusión de que [la Corte tiene] autoridad para hacer eso¹⁷”. Esto no es sólo consistente con el análisis ofrecido anteriormente,

¹⁷ Hodgson v. Minnesota, 497 U.S. 417 (1990), 480 (Opinión Disidente).

sino que, como veremos, dada las posturas de Scalia sobre la mejor interpretación constitucional, eso es lo que se requiere según la norma de reconocimiento que los Jueces practican.

La práctica general es ésta: un funcionario que se niegue a hacer cumplir algún pronunciamiento de la Corte con autoridad definitiva, creyendo que es erróneo y por ello que no es Derecho, induciría una cascada de críticas y una orden de la Corte a hacer cumplir el pronunciamiento. En la medida que estas expectativas sean institucionales y normativas, los funcionarios están practicando una norma de reconocimiento que convierte a ciertos pronunciamientos de la Corte en los determinantes del *contenido del Derecho*, es decir, hechos que determinan el contenido de los criterios de validez.

Pero en la medida en que los funcionarios estén practicando una regla que restringe a los jueces a decidir problemas sustantivos del Derecho de acuerdo con *N*, ellos no harán cumplir una decisión que no esté putativamente fundamentada en un intento de satisfacer *N*. Este es un incentivo considerable para los demás funcionarios de hacer cumplir los pronunciamientos de la Corte con autoridad definitiva; en nuestro mundo peligroso, cualquier señal de ruptura entre las varias ramas del poder puede tener graves consecuencias para la seguridad nacional. Incluso así, existen probablemente límites a la cooperación de los otros funcionarios en el reconocimiento de la normas que practican¹⁸. Por esta razón, la autoridad de la corte de establecer el contenido jurídico usualmente estará circunscrita por los requerimientos de segundo orden —un requerimiento que también encontrará expresión en una descripción puramente descriptiva de los criterios de validez—.

Una decisión judicial es suficiente, pero no necesaria, para la validez, dado que los funcionarios pueden tratar como Derecho a una norma adecuadamente promulgada por un período extendido sin desafío judicial. Si los ciudadanos diligentemente se adecúan a la norma, entonces la norma puede ser adecuadamente caracterizada como “Derecho,” incluso sin una afirmación oficial de la Corte con autoridad definitiva. Esta característica de la práctica jurídica complica la tarea de resumir las condiciones suficientes y necesarias para la existencia del Derecho —y el lector deberá entender, desde el principio, que no he de resolver tales problemas—.

¹⁸ Por ejemplo, creería que una decisión de la Corte que fuera explícitamente fundamentada en el lanzamiento de una moneda, precipitaría una ruptura entre la Corte y otros funcionarios.

5. *La Autoridad definitiva y la declaración de que una ley es constitucional*

Hasta aquí, me he enfocado en los pronunciamientos de la Corte de que una ley es inconstitucional. Sin embargo, existen problemas adicionales por los pronunciamientos de la Corte de que una norma es constitucional. He sostenido que los funcionarios están practicando una norma que crea una obligación jurídica de reconocer una decisión de la Corte (dentro del alcance limitado de su autoridad) como un pronunciamiento que determina el contenido del Derecho –sin considerar si ellos piensan que la decisión es errónea o no–. Esto es precisamente la razón por la cual se considera que la Corte, desde el punto de vista de la identificación del contenido de la regla de reconocimiento, tiene autoridad definitiva.

Pero es importante tener cuidado aquí. Así como una decisión de la Corte que un Juez crea que está equivocada no le impide a él disentir la próxima vez que el problema surja ni le exige que cambie su voto, tampoco se requiere que ningún funcionario haga cumplir una norma si él cree, en contra del pronunciamiento de la Corte Suprema, que es inconstitucional. Como Frank Easterbook señala, existe una antigua práctica entre los presidentes de negarse a hacer cumplir las leyes que ellos consideran inconstitucionales;¹⁹ bien podría existir una práctica entre los funcionarios, incluyendo los presidentes, de no hacer cumplir leyes que ellos creen que la Corte erróneamente ha declarado constitucionales.

Esto no es inconsistente con lo que se ha dicho hasta aquí. Está bien establecido que los funcionarios responsables por el cumplimiento de lo que cuenta como Derecho tienen considerable discreción con respecto a si tienen que hacer cumplir o no algo que formalmente tiene el estatus de “Derecho”. Existe en los libros una gran cantidad de legislación cuyo cumplimiento no ha sido forzado en años, debido a que se cree que sería inapropiado hacerlo, pero eso cuenta formalmente como Derecho, porque podría exigirse su cumplimiento en ausencia de algún pronunciamiento de la Corte en contrario. Si la Corte Suprema declara que una ley es constitucional y el presidente cree que ello es errado, el presidente tiene discreción jurídica para no hacer cumplir esta norma, basándose en su creencia que es inconstitucional²⁰. Pero el sentido general de la práctica de los funcionarios es que

¹⁹ Al respecto, véase Frank Easterbrook, “Presidential Review”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 40, p. 905, y, Michael Stokes Paulsen, “The Most Dangerous Branch”, *Georgetown Law Review*, vol. 83, 1994, p. 267 y ss.

²⁰ En realidad, algunos teóricos creen que la Constitución, adecuadamente entendida, define un deber jurídico de parte del Presidente de no hacer cumplir tales leyes. Véase,

se *puede* hacer cumplir la ley, y por consiguiente cuenta como Derecho –incluso si algún funcionario ejerce discreción de no hacer ello. En este análisis de la autoridad definitiva, las decisiones de la Corte no obligan jurídicamente a los funcionarios a aplicar las normas que declara constitucionales.

V. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO Y LA CONSTITUCIÓN

Como es evidente de la sección precedente, no existe una relación directa entre las reglas de reconocimiento y las constituciones escritas. En primer lugar, un sistema jurídico puede no tener una Constitución escrita. En segundo lugar, incluso si la tiene, los funcionarios pueden no verla como vinculante e ignorarla. En tercer lugar, el texto de una Constitución debe ser interpretado, y existen diferentes teorías de la interpretación constitucional. Para determinar el papel que una Constitución escrita juega en determinar qué cuenta como Derecho, tenemos que observar todas las prácticas relevantes de los funcionarios en el sistema.

1. *La Restricción Modeladora y la Formulación de la Incorporación Directa*

Muchos positivistas han asumido que la Constitución de los Estados Unidos define directamente los criterios de validez. Hart, por ejemplo, argüía que “los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento (...) pueden (...) ser restricciones substantivas al contenido de la legislación tales como las Enmiendas Sexta o Novena de la Constitución de los Estados Unidos²¹”. De forma similar, Brian Leiter declara que “una regla es válida bajo el Derecho de los Estados Unidos si ha sido adecuadamente promulgada por una poder legislativo federal o estatal y no es inconsistente con la Constitución federal²²”. Desde esta visión, en los Estados Unidos se utiliza la siguiente como una formulación de los criterios de validez:

Paulsen, *supra* nota 19. Pero, de nuevo, este es un problema diferente del que me ocupo aquí como un positivista. Paulsen se ocupa del asunto normativo de lo que la Constitución, adecuadamente interpretada, implica respecto a las obligaciones jurídicas del Presidente. Yo me ocupo del asunto normativo de identificar el contenido de la regla de reconocimiento que está siendo practicada por los funcionarios. Resultaría mucha confusión del fracaso en distinguir ambos problemas.

²¹ Hart, *supra* nota 3, p. 250.

²² Brian Leiter, “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered,” *Ethics*, vol. 111, 2001, pp. 278–301.

La Formulación de la Incorporación Directa (*FID*): Una norma adecuadamente promulgada es jurídicamente válida si y solo si está conforme con las normas de la Constitución.

FID afirma que, por ejemplo, las normas adecuadamente promulgadas que objetivamente violan la Primera Enmienda son, por esta razón, jurídicamente inválidas.

Al evaluar *FID*, es útil recordar que los funcionarios frecuentemente consideran las decisiones de constitucionalidad de la Corte Suprema como objetivamente erradas. Por ejemplo, el pronunciamiento de la Corte en *Roe v. Wade* continúa siendo controvertido treinta y cinco años después que fue decidido. Muchos siguen considerando que la decisión de *Roe* fue *incorrecta* como una cuestión de Derecho e interpretación constitucional. Mientras algunos creen que *Roe* es inconsistente con la protección de la Constitución del derecho a la vida, otros creen que creó ilegítimamente un nuevo derecho constitucional. Y tales críticos incluyen representantes en el Congreso, fiscales generales de varios presidentes recientes y jueces de la Corte Suprema —los mismos funcionarios cuyas prácticas determinan el criterio de validez—.

El problema con *FID* es que los funcionarios característicamente tratan tales decisiones como los pronunciamientos que determinan lo que es jurídicamente válido; “jurídicamente válido” y “Derecho” aquí se deben interpretar en el sentido de que expresan la idea de que estas decisiones tienen el efecto de crear, sostener o extinguir obligaciones y derechos ejecutables. Incluso cuando existe un amplio desacuerdo entre los funcionarios acerca de si una decisión es “correcta” como cuestión de Derecho constitucional, los funcionarios tratan *como* Derecho a la decisión. Las entidades competentes no hacen cumplir una ley que la Corte ha declarado inconstitucional, incluso si piensan que la decisión es errónea. Los cuerpos legislativos relevantes pueden volver a promulgar la ley, pero ello no tiene efecto jurídico. Otras Cortes rechazan como cuestión de Derecho cualquier acción fundamentada en una legislación declarada inconstitucional por la Corte.

A pesar de la interminable controversia sobre *Roe*, por ejemplo, los funcionarios asumen que es Derecho. Todas las entidades competentes federales y estatales hacen cumplir *Roe* con los mismos mecanismos coercitivos que usan para hacer cumplir cualquier otra ley. Los funcionarios pueden, algunas veces, intentar promulgar reglas que restrinjan el aborto de alguna forma, pero ellos de forma indefectible obedecen a la Corte Suprema cuando deroga esas reglas por inconstitucionales. Los funcionarios generalmente aceptan, a veces a regañadientes, que se encuentran obligados incluso a cumplir decisiones de la Corte que ellos creen que son erróneas y, por ello,

asumen que *Roe* es Derecho, sin considerar su opinión personal sobre si ella ha sido correcta o incorrectamente decidida.

Esto no es una casualidad. Como cuestión de práctica jurídica, los funcionarios generalmente consideran a otros bajo el deber institucional de deferir a las decisiones de la Corte sobre la validez que caen dentro de la competencia de la autoridad de la Corte comúnmente aceptada. En *Arizona v. Evans*, por ejemplo, la Corte declaró que “las Cortes estatales, en los casos adecuados, no son simplemente libres de –sino que están obligadas a– interpretar la Constitución de los Estados Unidos (...) [pero] ellas *no* escapan a de la autoridad definitiva de esta Corte²³”. Aunque la Corte ha encontrado otras ocasiones para afirmar su autoridad sobre otros funcionarios, tales recordatorios son rara vez necesarios, porque los funcionarios siempre convergen en esperar, unos de otros, la aceptación de las decisiones de la Corte como pronunciamientos que establecen el contenido del Derecho.

Esto tiene una consecuencia importante: tal conducta indica que los funcionarios practican, de forma consciente, una norma de reconocimiento que confiere a las Cortes la autoridad definitiva de decidir si una norma adecuadamente promulgada está conforme con las normas substantivas de la Constitución. En la medida en que la mayoría de los funcionarios se consideran a sí mismos como obligados incluso por las decisiones erróneas de la Corte, esto es porque convergen en practicar una norma de reconocimiento que les impone el deber secundario de tratar a las decisiones de la Corte, como pronunciamientos que determinan del contenido del Derecho (como el positivismo entiende este término).

Los positivistas y antipositivistas están de acuerdo en esto. Como Hart señala, “[C]uando el [Tribunal Supremo] ha dicho [lo que es el Derecho], la afirmación de que la Corte se ‘equivocó’ no tiene consecuencias dentro del sistema: no son alterados, de ese modo, ni los derechos, ni los deberes de ninguna persona.”²⁴ Como Dworkin lo señalaba, la Corte “tiene el poder de derogar incluso las decisiones más deliberadas y populares de otros departamentos del gobierno, si cree que son contrarias a la Constitución y, por tanto, tiene la última palabra sobre si y cómo los Estados pueden ejecutar asesinatos, o prohibir abortos, o obligar oraciones en las escuelas públicas, o si el Congreso puede reclutar soldados para luchar en una Guerra, o forzar al presidente a hacer públicos los secretos de su oficina.”²⁵

²³ *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995), p. 8 y 9.

²⁴ Hart, *supra* nota 3, p. 141.

²⁵ Dworkin, *supra* nota 7, p. 2. Claro está, muchos teóricos creen que, como cuestión de moralidad política, la Corte no debería tener esta autoridad. Véase, Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*. New York, Oxford University Press, 1999 y su contribución a este libro.

Pero esto significa que la *FID* es incorrecta como una descripción empírica de los criterios de validez en los Estados Unidos. Mientras que la *FID* pretende validar todas y solo las normas adecuadamente promulgadas que están conformes a las garantías substantivas de la Constitución, los funcionarios característicamente reconocen y tratan como Derecho incluso a aquellas decisiones de constitucionalidad de la Corte Suprema que ellos creen que han sido decididas erróneamente como *cuestión de Derecho constitucional*. Dado que los funcionarios en definitiva ven a las decisiones de la Corte, y no a las garantías substantivas en sí mismas, como las que establecen si una norma adecuadamente promulgada es jurídicamente válida, *FID* es inconsistente con la conducta empírica de los funcionarios y viola la Restricción Modeladora.

Se podría refutar que lo que el Derecho *es* en los Estados Unidos y lo que los funcionarios *hacen cumplir* como Derecho son dos cuestiones totalmente diferente en los casos en los que la Corte comete un error en una decisión sobre la validez, pero este movimiento no es permitido a un positivista. Si los criterios de validez están determinados por las prácticas empíricas de los funcionarios, aquellas normas que los funcionarios colectivamente reconocen como jurídicamente válidas bajo una regla de reconocimiento secundaria *son* las jurídicamente válidas. Entonces, *FID* no puede ser reconciliada con las prácticas de los funcionarios, como la Tesis Positivista de la Convencionalidad requiere.

2. *El Realismo Jurídico y la Autoridad Definitiva de la Corte Suprema*

Otra visión natural va demasiado lejos en la otra dirección. John Chipman Gray, por ejemplo, arguye que el Derecho es, como cuestión conceptual, lo que la Corte más alta diga que es: “Para citar (...) a Bishop Hoadly (...): ‘No, quienquiera tenga una autoridad absoluta para interpretar cualquier ley escrita u oral, es Él quién es realmente el Legislador de todas las intenciones o propósitos, y no la persona que primero la escribió o emitió²⁶’. Desde esta visión, la autoridad definitiva para decidir cuál es el Derecho lógicamente implica “autoridad absoluta”, que no pueda ser restringida de ninguna forma.

En consecuencia, Gray infiere la famosa afirmación de que el Derecho en los Estados Unidos es lo que la Corte Suprema diga, de la afirmación de

²⁶ John Chipman Gray, *The Nature and Source of Law*. New York, Columbia University Press, 1924, p. 125.

que la Corte tiene la autoridad definitiva para decidir la constitucionalidad (validez) de las normas correctamente promulgadas.²⁷ Dado que, desde esta línea de análisis, la Corte tiene autoridad ilimitada para dar forma al contenido constitucional, los criterios de validez en los Estados Unidos pueden ser formulados de la siguiente forma:

Formula de la Discreción Ilimitada (*FDI*): Una norma adecuadamente promulgada es válida (constitucional) si y solo si está conforme con cualquier cosa que la Corte Suprema decida es el significado de las garantías substantivas contenidas en la Constitución.

FDI convierte a la Corte en el estándar y niega que la Constitución pueda genuinamente restringir a la Corte de alguna forma.

Hart explícitamente rechaza la visión de Gray aplicada a la Constitución de los Estados Unidos, bajo el fundamento de que la autoridad de la Corte sobre las decisiones de constitucionalidad siempre está restringida por el significado determinado que tiene la Constitución: “En cualquier momento dado, los jueces, incluso aquellos que son miembros de una Corte Suprema, son parte de un sistema cuyas reglas son suficientemente determinadas, en el centro, para proporcionar estándares de una decisión judicial correcta (...)”²⁸ Desde la visión de Hart, entonces, *FDI* pasa por alto el hecho de que la Corte está jurídicamente obligada a justificar sus decisiones de constitucionalidad en el lenguaje de la Constitución y, por lo tanto, está legalmente restringida a *interpretar* la Constitución.

Hart está en lo cierto en que existen límites al rango de interpretaciones constitucionales que los funcionarios están preparados para aceptar como jurídicamente válidas en un sistema jurídico. Por ejemplo, una decisión de la Corte que invalide los límites de velocidad de conducción en carretera, sobre el fundamento de que viola el derecho de la Segunda Enmienda a portar armas, provocaría probamente una crisis constitucional sin precedente en la historia de los Estados Unidos. Además, una decisión de la Corte invalidando el papel moneda desde una teoría originalista sería probablemente ignorada en la práctica y brutalmente criticada.

²⁷ *N. de. T.* Nótese que esta formulación es muy parecida a la que alguna vez manifestó la Corte Constitucional de Colombia: “En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel.” Véase, Sentencia C-113/93 M.P. Jorge Arango Mejía.

²⁸ Hart, *supra* nota 3, p. 145.

Tomando en cuenta el anterior comentario de Hart, parece ser que, como cuestión empírica, los funcionarios aceptan al menos la siguiente norma como restricción de la discreción de la Corte.

La Restricción de Aceptabilidad: La Corte Suprema tiene un deber de fundamentar sus decisiones sobre la constitucionalidad (validez) las normas en una interpretación de la Constitución que (1) puede se fundamente racionalmente en el texto y (2) que sea pragmáticamente aceptable.

Parece claro que Hart está en lo cierto al pensar que los Jueces están limitados por el lenguaje de la Constitución y determinadas consideraciones pragmáticas (difíciles de especificar).

Estamos ahora en posición de fundamentar en una estructura positivista lo que es, entre la corriente dominante de los teóricos jurídicos, una conclusión incontrovertida acerca de *FDI*. En la medida en que el rango de posibles interpretaciones define una restricción convencional en la discreción de la Corte para tomar decisiones sobre la validez, los funcionarios estadounidenses están, como cuestión empírica, practicando una regla de reconocimiento que incorpora la Restricción de Aceptabilidad en la discreción de la Corte para tomar decisiones sobre la constitucionalidad de las normas. Dado que la Restricción de Aceptabilidad es una norma jurídica, ella restringe la toma de decisiones de la Corte mediante la imposición a los jueces de un *deber jurídico* de fundamentar en el texto de la Constitución sus decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes. Aunque los Jueces presumiblemente aceptan esta norma, los otros funcionarios del sistema pueden ligeramente pensar que les imponen un deber desde afuera; así, me referiré a esto como una restricción externa.

En este punto, entonces, podemos identificar los comienzos de una regla de reconocimiento (y por ello de una norma jurídica) que define los deberes de los funcionarios de acatar las decisiones de la Corte Suprema que satisfagan determinadas restricciones, y que es inconsistente con *FDI*:

Autoridad Definitiva (*AutDef*): Los funcionarios de los Estados Unidos tienen (1) un deber jurídico de tratar como jurídicamente obligatorias a las normas legislativas correctamente promulgadas, que sean confirmadas por la Corte como ajustadas a una interpretación de la Constitución que satisfaga la Restricción de Aceptabilidad y la Restricción- Λ , y (2) un deber de tratar como no jurídicamente válidas a las normas derogadas por la Corte que no están ajustadas a una interpretación que satisfaga la Restricción de Aceptabilidad y la Restricción- Λ .

La locución “Restricción-A” sirve como una variable para los límites empíricos adicionales, si existieran algunos, que los funcionarios aceptan sobre la discreción de la Corte. *AutDef* es así un esquema cuyos detalles deben completarse.

En cualquier evento, el hecho de que *AutDef* incluya la Restricción de Aceptabilidad sobre la discreción de la Corte, por sí mismo, muestra que *FDI* viola la Restricción Modeladora. Aunque la Restricción de Aceptabilidad define una restricción extremadamente modesta de la discreción de la Corte, la existencia de *cualquier* restricción jurídica es inconsistente con cualquier formulación de los criterios de validez que afirme que no existe ninguno. Así, *FDI* viola la Restricción Modeladora.

3. Otras Restricciones Externas en la discreción de la Corte

Es razonable pensar que existen otros límites interpretativos a la discreción de la Corte diferentes de la Restricción de Aceptabilidad. Aunque no podemos comenzar a entender la Constitución sin comprender el significado ordinario de sus términos, estos significados ordinarios no pueden dictar una consecuencia particular en ningún caso de constitucionalidad que deba ser resuelto por la Corte. Y esto significa que la Restricción de Aceptabilidad siempre deja a la Corte la libertad de elegir entre la constitucionalidad e inconstitucionalidad de una norma.

Consideremos si una Corte debe considerar constitucional una legislación adecuadamente promulgada que prohíbe la pornografía infantil virtual —la creación de hologramas o animaciones que muestren a niños realizando actos sexuales—. Es cierto que la Corte no puede interpretar la Primera Enmienda (que contiene la libertad de expresión) sin comprender el significado ordinario de términos tales como “coartar” y “expresión”, pero esto aporta mucho para obligar a la Corte a llegar a un determinado resultado —porque la simple compilación del significado ordinario de “Congreso”, “no”, “debe”, “coartar”, “derecho”, “libertad”, “de”, y “expresión”, no nos dice casi nada acerca de si la Primera Enmienda prohíbe la pornografía infantil virtual. Dado que los significados de la Primera Enmienda son indeterminados con respecto a la permisibilidad de una prohibición de la pornografía infantil virtual, la Restricción de Aceptabilidad deja a la Corte la *completa* libertad de mantener o derogar la legislación según considere.

Aunque la Restricción de Aceptabilidad define suficientemente bien un límite de la discreción de la Corte para refutar la idea de que *FDI* es un criterio de validez, este límite realmente no aporta mucho para determinar la

consecuencia de los casos de validez —i.e. la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma. Siempre hay dos consecuencias jurídicamente posibles en cualquier caso de constitucionalidad: la Corte puede o mantener la norma o derogarla. Aunque la Restricción de Aceptabilidad prohíbe un gran número de interpretaciones irracionales del texto constitucional, deja en todos los casos “difíciles” una interpretación racional que justificaría la constitucionalidad de la norma, y una interpretación racional que justificaría su inconstitucionalidad, porque por definición, un caso es “difícil” cuando el Derecho existente falla en dictar una consecuencia única. Dado que probablemente cualquier caso de constitucionalidad que llegue a la Corte Suprema es difícil en este sentido, de ello se deriva que la Restricción de Aceptabilidad nunca eliminará un conjunto suficientemente grande de interpretaciones para establecer, como cuestión lógica, una de las dos decisiones en conflicto. En esencia, entonces, la Restricción de Aceptabilidad solo puede restringir a la Corte en la *justificación* de las decisiones en los casos de validez difíciles, pero no opera para limitar los *resultados* disponibles para la Corte.

La práctica jurídica existente es difícil de reconciliar con la idea de que el único límite de la discreción de la Corte es un deber de fundamentar racionalmente sus decisiones en alguna interpretación plausible de la Constitución. La validez de las decisiones de la Corte está siempre basada en estándares interpretativos que demandan algo considerablemente mayor que simplemente una conexión mínimamente racional con el significado ordinario del texto constitucional. Cada una de las aproximaciones prevalentes de la interpretación constitucional, tales como el evolucionismo, el originalismo y el textualismo, pretende identificar la mejor interpretación del texto y, por ello, una que sea superior a cualquier interpretación que tenga sólo una conexión mínima con el significado ordinario del texto.

Esto sugiere que una formulación más adecuada de los criterios de validez también debe tener en cuenta el papel que estos estándares interpretativos juegan en la restricción de la determinación judicial de lo que cuenta como Derecho. Como Kent Greenawalt señala:

Que todo estándar de interpretación que restrinja a los jueces deba ser caracterizado como un estándar “jurídico” es dudoso. Algunos estándares de interpretación, tales como que el significado ordinario de las palabras debe estar acorde con su significado natural en ausencia de alguna razón para no hacer eso, son generales y fundamentales a todo lenguaje; pero otros estándares son claramente jurídicos. El que un estándar sea claramente jurídico o no depende de *la medida en que los jueces estén obligados a seguirlos al momento de decidir*

*qué significa la Constitución, el estándar necesita ser ubicado en algún lugar entre los criterios finales o derivados para determinar el Derecho*²⁹.

Greenawalt cree que la regla de reconocimiento y los criterios de validez deben reconocer el papel que los principios jurídicos de interpretación, como los estándares originalistas y textualistas, juegan en determinar qué cuenta como Derecho en los Estados Unidos.

De forma no sorpresiva, la descripción de Greenawalt de los criterios de validez otorga un lugar prominente a los estándares interpretativos “prevalentes” en la determinación de lo que cuenta como Derecho en los Estados Unidos. Él señala esta cuestión en su propia descripción de la regla de reconocimiento de los Estados Unidos: “Sobre cuestiones no claras del texto, los estándares prevalentes de interpretación usados por la Corte Suprema determinan qué significa la Constitución”³⁰.

Claro está, si la interpretación incorrecta de la Corte es obligante, los estándares prevalentes por sí mismos no pueden determinar totalmente el resultado. Sin embargo, Greenawalt explícitamente reconoce esto: “los funcionarios generalmente asumen que la Constitución dice lo que los jueces más altos dicen que dice”³¹. De acuerdo con lo anterior, Greenawalt debe ser interpretado en el siguiente sentido:

Formulación de los Estándares Prevalentes (*FEP*). Una norma adecuadamente promulgada es jurídicamente válida si y solo si está conforme, en cuestiones no claras del texto, a lo que la Corte Suprema decidida que es el significado de la Constitución de acuerdo a los estándares prevalentes de interpretación.

Aunque es un paso en dirección de la captura adecuada de la autoridad de la Corte con respecto a la decisión de los problemas de constitucionalidad, *FEP* riñe con las prácticas empíricas de otros funcionarios. Como el mismo Greenawalt señala:

“Decir que cualesquiera que sean los estándares ahora prevalentes (...) son parte de la regla definitiva de reconocimiento (...) puede ser erróneo. (...) [T]odos los jueces creen que es algunas veces adecuado cambiar los estándares de interpretación previamente prevalentes”³².

²⁹ Kent Greenawalt, “The Rule of Recognition and the Constitution”, *supra* nota 8, p. 655–56.

³⁰ *Id.* at 659.

³¹ *Id.* p. 653.

³² *Id.* pp. 656–57.

No es solamente que los jueces algunas veces *crean* que es apropiado alterar estos estándares. Más bien, el punto es que la Corte *tiene la autoridad* para alterar los estándares interpretativos al tomar las decisiones de constitucionalidad; si la Corte debiera decidir interpretar la Constitución basada en la comprensión popular, yo supondría que otros funcionarios aceptarían esos pronunciamientos y los harían cumplir. Pero si la Corte no está jurídicamente obligada por los estándares “prevalentes”, entonces de ello se deriva que la Corte, como cuestión empírica, tiene la autoridad jurídica para apartarse de estos estándares.

Esto, sin embargo, establece una dificultad en *FEP*. Si, como cuestión empírica, la Corte tiene la autoridad para vincular a los funcionarios con decisiones de constitucionalidad que explícitamente se apartan de los estándares prevalentes, es porque los funcionarios están practicando una norma que les requiere tratar tales decisiones como las que establecen lo que es jurídicamente válido. Pero dado que, de acuerdo con el positivismo, lo que los funcionarios colectivamente reconocen como jurídicamente válido basados en que satisface un criterio general *es* jurídicamente válido, se deduce que las desviaciones de la Corte de los estándares prevalentes al tomar las decisiones de validez (constitucionalidad) establecen lo que es jurídicamente válido. Dado que *FEP* sostiene que solamente aquellas decisiones que están fundamentadas en las estrategias interpretativas prevalentes establecen lo que es jurídicamente válido, *FEP* viola la Restricción Modeladora y, por lo tanto, fracasa como una descripción positivista de un criterio de validez en los Estados Unidos.

En este momento, el lector debe haber notado un problema general al formular límites *externos* sobre la discreción de la Corte. Aunque las características conspicuas de nuestra práctica jurídica sugieren que existen límites más estrictos en la discreción de la Corte diferentes de la Restricción de Aceptabilidad, se debe esperar que sea muy difícil identificar otros límites externos (es decir, límites primariamente definidos por la cooperación de los funcionarios por fuera de la Corte). Después de todo, los límites de la cooperación oficial han sido raramente, si alguna vez, violados por una decisión de la Corte Suprema sobre la validez. En su conjunto, los funcionarios casi siempre tratan a las decisiones de constitucionalidad de la Corte como pronunciamientos que determinan lo que es válido.

Es fácil conjeturar por qué ocurre esto. Como se señaló brevemente arriba, una negatoria a tratar como vinculante a una decisión de la Corte de parte de los otros funcionarios sería probablemente una señal de una ruptura entre las varias ramas del Gobierno que tendría profundas consecuencias para los componentes económico, psicológico y militar del bienes-

tar nacional³³. Una decisión que viola la Tesis de Aceptabilidad, claro está, crea graves riesgos por sí misma, dado que sugiere una mala fe de la Corte, lo cual puede ser sintomático de una crisis política, por lo que es razonable pensar que otros funcionarios obstaculizarían el cumplimiento de tales decisiones. Los riesgos asociados con una ruptura entre la Corte y los demás funcionarios crean un incentivo fuerte para que estos asuman como vinculantes las decisiones de buena fe de la Corte (es decir, aquellas que satisfacen la restricción de aceptabilidad), sin importar cuán profundamente erradas puedan ser.

4. El papel de las consideraciones morales en la restricción de la Corte

En este punto, es útil intentar determinar el límite que los mismos jueces de la Corte Suprema establecen con respecto a los que *ellos* están preparados para hacer. Dado que son las obligaciones de la Corte de lo que nos ocupamos, podemos progresar más intentando identificar los límites impuestos por los estándares que los mismos jueces aceptan como restricciones a la discreción de la Corte en los casos constitucionales. Llamaré a tales límites “internos”, dado que los Jueces parecen imponerse estos límites a sí mismos.

El análisis de Greenawalt, aunque problemático, indica una dirección natural para el proyecto de identificar los límites internos de la discreción de la Corte y las normas de reconocimiento que expresan esos límites. Los jueces claramente utilizan un número de estándares interpretativos que restringen la discreción de la Corte más allá de los límites definidos por la Restricción de Aceptabilidad. Un juez que acepta uno de estos estándares, entonces, se considerará a sí mismo obligado a decidir los casos de constitucionalidad de acuerdo con las interpretaciones constitucionales que satisfacen el estándar.

No obstante, la tarea de identificar la norma de reconocimiento relevante es complicada por el hecho de que los Jueces frecuentemente están en desacuerdo acerca de cuáles estándares interpretativos son apropiados. Si, en contraste, cada juez considerara al originalismo como el único estándar legítimo para la interpretación constitucional, los jueces estarían practicando una norma que les requeriría decidir los casos de constitucionalidad

³³ Esto puede no haber sido siempre y así posiblemente no sea siempre así; quizá, no debería ser así. Pero como cuestión empírica, es generalmente entendido dentro y fuera de los Estados Unidos, por amigos y enemigos, que las decisiones de la Corte Suprema de forma característica vinculan a otros funcionarios.

desde una comprensión originalista. Pero esto, desde luego, no ocurre así: Mientras unos Jueces están a favor de una aproximación originalista, otros favorecen una explicación que mire la Constitución como un “documento viviente”, y otros favorecen una visión pragmática, adoptando elementos de diferentes estrategias según las circunstancias. En la medida en que los jueces consideren a las decisiones de la Corte como vinculantes para los otros funcionarios, sin considerar cuáles de esos principios favorecidos finalmente proporcionan la justificación, una descripción de la regla relevante de reconocimiento no debería favorecer uno de los principios interpretativos.

Vale la pena notar que los jueces rutinariamente se critican unos a otros por su elección de las estrategias interpretativas prevalentes. Los originalistas, por ejemplo, frecuentemente critican a los jueces que consideran a la Constitución como un documento viviente por leer de forma inadecuada sus preferencias políticas dentro de la Constitución; mientras los jueces que ven a la Constitución como un documento viviente critican a los originalistas por adherirse a una comprensión del texto constitucional que carece de relevancia contemporánea. En tales casos, sin embargo, la crítica es que cada interpretación particular, incluso si está plausiblemente fundamentada en algún estándar preestablecido, no está fundamentada en lo que —en algún sentido— sea la *mejor* interpretación de la Constitución.

Esta clase de críticas sugiere que los jueces están practicado una norma de reconocimiento que requiere que la Corte fundamente sus decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes en la mejor interpretación de la Constitución. La explicación más coherente para el hecho de que los jueces se critiquen unos a otros por no producir la mejor interpretación de la Constitución, es que ellos consideran que están obligados a la mejor interpretación en la toma de decisiones y están practicando una norma que establece este estándar.

Claro está, debe decirse algo adicional acerca del sentido relevante de “la mejor”. Lo “mejor” puede, por ejemplo, estar determinado desde un punto de vista político, o puede estar determinado desde el punto de vista de la ambición personal. Así, aunque la afirmación de que los jueces se consideran bajo el deber de fundamentar sus decisiones de constitucionalidad en la mejor teoría de la interpretación constitucional parece eminentemente plausible, no podemos comprender exactamente qué implica esto, sin una explicación de lo que significa “la mejor”.

De forma algo sorprendente, podemos encontrar en el trabajo del crítico más influyente del positivismo una explicación teóricamente viable del sentido que “lo mejor” es empleado en la práctica de la Corte. Dworkin hace varias afirmaciones empíricas acerca de lo que los jueces hacen “ca-

racterísticamente” al decidir los casos difíciles. Él observa que los jueces, como cuestión general, se sienten restringidos por consideraciones morales normativas de legitimidad política³⁴. Los casos difíciles de cualquier clase, desde esta visión, son típicamente decididos por la fuerza de las consideraciones morales —y no por la clase de consideraciones políticas que gobiernan las decisiones legislativas—. Los jueces, en este sistema jurídico, asumen una actitud interpretativa hacia el Derecho que les requiere interpretarlo en una forma que lo muestre en la mejor luz moral.

Estas afirmaciones empíricas son bastante plausibles. Las decisiones de la Corte Suprema y los disensos (salvamentos de voto) “característicamente” sugieren que los Jueces están tratando de interpretar la Constitución en una forma que legitime el sistema jurídico y su monopolio oficial del poder político y coercitivo. Estas decisiones y disensos frecuentemente desafían los argumentos y los principios interpretativos de los demás jueces, fundamentándose en la moralidad política.

El rango de estrategias interpretativas que pueden caer bajo la rúbrica “lo mejor moralmente hablando” es bastante amplia. Por ejemplo, esta rúbrica podría incluir una teoría puramente orientada al resultado, que simplemente intenta alcanzar el mejor resultado moral, sin tener en cuenta otras consideraciones —incluyendo consideraciones de legitimidad relacionadas con la democracia—. También incluiría la propia lectura moral de la Constitución de Dworkin, la cual requiere que los términos putativamente morales de la Constitución sean interpretados de forma que incorporen las normas morales correspondientes. Pero también puede implicar abrazar teorías puramente históricas, como el originalismo, las cuales *prohiben recurrir a la moralidad objetiva* al decidir un caso en favor de una interpretación basada en la comprensión histórica de los términos. Los Originalistas como Scalia típicamente creen que el originalismo se justifica en consideraciones de legitimidad moral. En realidad, la rúbrica de “lo mejor moralmente hablando” envolvería interpretaciones consecuencialistas —o, en este sentido, cualquier método híbrido que agrupe varias de estas piezas—. En últimas, parece razonable pensar que todos los jueces están preocupados en fundamentar sus decisiones en la mejor interpretación moral de la Constitución (entendiendo que “la mejor” incorpora todas las estrategias y las teorías de la interpretación anteriores³⁵) —y existen diferentes visiones sobre cómo hacer esto—.

³⁴ Aquí es importante recordar que la noción de legitimidad es una noción moral que se ocupa del alcance en el cual el Estado está moralmente justificado en el uso de su fuerza coercitiva.

³⁵ Se podría pensar que la noción de moralidad está estirada más allá de lo que puede reconocerse, como Greenawalt sugiere en *supra* nota 8. Esto es falso. Existe un amplio rango

En *Planned Parenthood v. Casey*,³⁶ por ejemplo, la Corte argumentó estas consideraciones de legitimidad necesarias para reafirmar *Roe*:

La legitimidad de la Corte depende de tomar decisiones fundamentadas en principios jurídicos bajo circunstancias en las cuales la fundamentación sea suficientemente plausible para que sea aceptada por la Nación. (...) Existe (...) un punto más allá del cual la modificación frecuente pondría a prueba la creencia del país en la buena fe de la Corte (...) La legitimidad de la Corte se debilitaría con la frecuencia de esta vacilación³⁷.

En respuesta, el Juez Scalia objeta que la afirmación de la mayoría de que “la Corte debe adherirse a una decisión hasta tanto la decisión enfrente ‘gran oposición’ y la Corte esté ‘bajo fuego’ adquiere un talante casi de arrogancia zarista³⁸”.

No es accidental que los jueces de la mayoría y los jueces disidentes se critiquen los unos a otros en términos de lo que es legítimo. En un nivel más profundo, las visiones de los jueces sobre la interpretación constitucional están comúnmente basadas en visiones normativas acerca de la legitimidad moral. Los proponentes de las aproximaciones más conservadoras textualistas y originalistas típicamente rechazan las teorías más liberales de la interpretación constitucional, como teorías inconsistentes con los principios morales que enfatizan la legitimidad del mecanismo mayoritario de toma de decisiones. Las objeciones de Scalia frente a la teoría de la Constitución viviente es, sin lugar a duda, de carácter moral:

Esto no equivale a decir que me opongo a [la afirmación] que el problema de la reescritura judicial de textos democráticamente adoptados está ‘profundamente enraizada en nuestra historia’ y que ‘los jueces han ejercitado esta clase de *autoridad presumiblemente no democrática* desde el mismo comienzo’. Reconocer esto es simplemente reconocer que siempre ha existido, como sin lugar a dudas siempre será, jueces *malintencionados* que tuercen el Derecho según sus deseos. Pero reconocer el *mal* es una cosa, acogerlo es una cosa diferente³⁹.

de teorías moralmente normativas de la interpretación constitucional, algunas de las cuales permiten recurrir a las normas morales para interpretar la Constitución, otras de las cuales lo prohíben por ser inconsistente con las consideraciones democráticas legítimas.

³⁶ 505 U.S. 833.

³⁷ *Id* p. 866.

³⁸ *Id*, p. 999.

³⁹ Scalia, Antonin. *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 131 (énfasis añadido).

Es claro que Scalia cree que las decisiones de la Corte que modifican la Constitución violan los ideales democráticos de legitimidad: permiten a los jueces ejercer una “autoridad no democrática”, que es un “mal” que amenaza la “existencia del gobierno democrático”.

Los teóricos liberales no son menos propensos a fundamentar sus concepciones sobre lo que la Corte está jurídicamente obligada a hacer en consideraciones substantivas de moralidad política. William Brennan rechazó el originalismo como “arrogancia con un manto de humildad” y arguyó a favor de una norma interpretativa que proteja los derechos individuales que la dignidad humana genera:

En general, los problemas de las relaciones de los ciudadanos con el Gobierno se han multiplicado y así han engendrado algunos de los problemas constitucionales más importantes del día. Como el Gobierno actúa cada vez más profundamente en esas áreas de nuestras vidas, alguna vez marcadas como “privadas”, existe una necesidad cada vez mayor de ver que los derechos individuales no sean reducidos o rebajados a los intereses de lo que podría parecer temporalmente es el “bien común”.⁴⁰

Mientras que la visión de Scalia de la legitimidad enfatiza la relevancia del mecanismo mayoritario de toma de decisiones y así requiere una interpretación no moral y puramente histórica de la Constitución, la visión de Brennan enfatiza la relevancia de respetar los derechos individuales. Como Scalia, Brennan formula el deber jurídico de la Corte en términos de proteger determinados ideales substantivos de moralidad política, y rechaza interpretar la Constitución a la luz de estándares morales evolutivos.

Tales observaciones empíricas sugieren que los jueces están practicando la siguiente norma secundaria de reconocimiento:

Deber de Encontrar el Mejor Estándar de Interpretación (*DebMej*): Los Jueces de la Corte Suprema están jurídicamente obligados a decidir la constitucionalidad de las leyes apropiadamente promulgadas de acuerdo con la que sea, como cuestión objetiva, la mejor interpretación moral de la Constitución.

Como sus escritos indican, los Jueces intentan (1) conformar su conducta a una norma que los obliga a decidir los casos de acuerdo con la mejor interpretación moral de la Constitución, y (2) tomar el punto de vista interno frente a los estándares que gobiernan su conducta como funcionarios.

⁴⁰ Discurso del Juez William J. Brennan, Brennan, reimpresso en *The Great Debate: Interpreting Our Written Constitution* (Federalist Soc’y eds., 1986).

Los otros funcionarios también parecen tomar el punto de vista interno frente a *DebMej* –aunque, hablando estrictamente, los únicos deberes definidos por *DebMej* son los que tiene la Corte Suprema. Al igual que los Jueces de la Corte Suprema, los otros funcionarios del sistema jurídico tienden a fundamentar sus visiones acerca de cómo la Corte debe decidir los casos en estándares de interpretación constitucional que están basados en visiones más generales acerca del papel moralmente legítimo de la Corte en una sociedad democrática. Aunque los otros funcionarios critiquen las decisiones erróneas de la Corte, tal crítica está inmediatamente fundada en estas visiones acerca de cómo interpretar la Constitución, y en últimas están fundadas en las visiones morales subyacentes acerca del alcance de la autoridad legítima de la Corte bajo ideales democráticos. De acuerdo con esto, la actitud y conducta tanto de la Corte y de los otros funcionarios parece converger en *DebMej*.

Debido a la fortaleza de tales consideraciones, entonces, podemos pensar que las mejores interpretaciones objetivas de las normas constitucionales definen directamente los criterios de validez. Desde esta línea de análisis, el siguiente es un criterio de validez en los Estados Unidos:

Formulación de la Mejor Interpretación Objetiva (*FMIO*): Una norma debidamente promulgada es válida (constitucional) si y solo si está conforme con lo que es, como cuestión objetiva, la mejor interpretación moralmente hablando de las normas substantivas de la Constitución.

Si los funcionarios en los Estados Unidos aceptan *DebMej* como la definición de los deberes de la Corte al tomar las decisiones de constitucionalidad, entonces *DebMej* debe directamente generar un criterio de validez.

FMIO viola la Restricción Modeladora al entender que la autoridad de la Corte obliga a los otros funcionarios a cumplir sus decisiones. Aunque los otros funcionarios criticarían a la Corte por no producir la mejor interpretación objetiva, estos funcionarios, sin embargo, continuarán tratando a las decisiones erróneas como Derecho vinculante. Dado que la Corte por ello tiene la autoridad característica de vincular a otros funcionarios a alguna de las dos interpretaciones en conflicto de las disposiciones relevantes, una norma puede ser jurídicamente válida incluso si su contenido es, como cuestión de hecho, inconsistente con la mejor interpretación objetiva de la Constitución. Entonces, de ello se deriva que las interpretaciones objetivamente mejores de las disposiciones substantivas de la Constitución, si tal cosa existe, no determinan directamente lo que cuenta como Derecho en los Estados Unidos –aunque es cierto que ellas funcionan como una restricción

a la autoridad de la Corte en la toma de decisiones en los casos de constitucionalidad—.

5. *La mejor interpretación de la Corte del Criterio Relevante de Validez*

Dado que los funcionarios aceptarán *cualquier* decisión de la Corte Suprema que satisfaga la Restricción de Aceptabilidad y que esté fundamentada en lo que la mayoría de los jueces asuman deba ser la mejor interpretación moral de la Constitución, parece ser que las normas relevantes de reconocimiento son las Restricciones de Aceptabilidad y *DebMej*, y, por lo tanto, que la norma relevante de reconocimiento que define los deberes de los funcionarios en los Estados Unidos debe estar formulada para cumplir la Restricción-A, de la siguiente forma:

Autoridad Definitiva (*AutDef*): Los funcionarios en los Estados Unidos tienen (1) un deber de tratar como Derecho a las normas adecuadamente promulgadas hasta que sean derogadas por la Corte por no estar acorde con los que los jueces colectivamente han decidido que es, como cuestión objetiva, la mejor interpretación moral de la Constitución que satisface la Restricción de Aceptabilidad; y, (2) un deber de no tratar como Derecho a aquellas normas adecuadamente promulgadas que sean derogadas por la Corte por no estar conforme con lo que ellos colectivamente asumen es, como cuestión objetiva, la mejor interpretación moral de la Constitución que satisface la Restricción de Aceptabilidad.

AutDef es más coherente con la práctica jurídica empírica porque reconoce que los funcionarios aceptarán las decisiones de la Corte acerca de lo que es la mejor interpretación moral de la Constitución.

En consecuencia, una formulación más precisa del criterio final de validez será similar a lo siguiente:

Formulación de la Mejor Interpretación de la Corte (*FMIC*): Una norma adecuadamente promulgada es jurídicamente válida, a menos que sea declarada inconstitucional de acuerdo a lo que la mayoría de los Jueces decidan que es, como cuestión objetiva, la mejor interpretación moral de las normas sustantivas de la Constitución.

De nuevo, debe enfatizarse que existen muchos asuntos a los que no se extiende la autoridad de la Corte, tales como asuntos que involucran preguntas políticas —pero la Corte tiene la autoridad definitiva para decidir si

determinada cuestión es una pregunta política o no—. Si, por un lado, la Corte se abstiene de considerar un problema bajo el fundamento de que se trata de una pregunta política, esto es consistente con *FMIC*. Si, por otro lado, erróneamente decide un caso que presenta una pregunta política, entonces los funcionarios están obligados por este pronunciamiento —lo cual también es consistente con *FMIC*—.

Aunque reconocemos que son vagas, *FMIC* y *AutDef* modelan mejor las prácticas de la Corte al decidir la validez de las normas que cualquiera de las otras formulaciones que hemos considerado. Como *FID* y *FDI*, pero al contrario de las otras formulaciones propuestas, *FMIC* y *AutDef* son más coherentes con el hecho empírico de que los jueces y otros funcionarios aceptan que *DebMej* define un deber secundario de parte de la Corte de decidir la constitucionalidad de las normas de acuerdo con la mejor interpretación moral de la Constitución.

Aunque es seguramente posible mejorar esta formulación, cualquier formulación mínimamente adecuada se parecerá más a *FMIC* y *AutDef* que a cualquier otra que hemos considerado, incluyendo *FID*. Primero, dado que (1) lo que los funcionarios reconocen como Derecho *constituye* el Derecho, y (2) los funcionarios en Estados Unidos característicamente tratan como Derecho inclusive a las decisiones erróneas de la Corte sobre el contenido de las normas substantivas de la Constitución, los criterios de validez en los Estados Unidos deben reflejar la autoridad discrecional de la Corte para dar forma al contenido de estas normas. Segundo, dado que (1) la autoridad jurídica de la Corte está restringida por los estándares que los funcionarios han aceptado conjuntamente como limitantes de lo que la Corte puede hacer en los casos de constitucionalidad, y (2) los funcionarios de Estados Unidos aceptan que determinados estándares limitan la autoridad de la Corte para interpretar la Constitución, los criterios de validez en los Estados Unidos deben reconocer que existen límites sobre la autoridad discrecional de la Corte en los casos de constitucionalidad. Así, si el positivismo es la teoría conceptual correcta, entonces una descripción correcta de los criterios relevantes de validez debe reconocer tanto el hecho de que la Corte tiene alguna autoridad discrecional para formar el contenido de la Constitución y el hecho de que existen límites a esta autoridad.

CAPÍTULO V

CONSTITUCIÓN SUPRANACIONAL: LA DISTINCIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN FORMAL Y LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

Neil MACCORMICK*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Constitución funcional y Constitución formal*. III. *Vicios y virtudes de las Constituciones formales*.

I. INTRODUCCIÓN

¿Es aceptable la idea de una Constitución supranacional? ¿O esta idea significaría el debilitamiento, o incluso, la muerte repentina de la independencia y la democracia de los estados que la componen? Muchas voces se alzaron en los parlamentos y los partidos políticos prediciendo tal muerte en el fallido proceso constitucional de Europa. Ellos se opusieron a una posible Constitución para Europa, no en el nivel de detalle o el balance interno, sino por el mero hecho de pretender ser una “Constitución”. Ello genera una pregunta urgente, que concierne no sólo a la posibilidad del proceso constitucional europeo, sino a la cuestión más amplia de la posibilidad de un constitucionalismo supranacional.

La considerable preocupación pública acerca de la idea de una Constitución supranacional europea surgió en el Reino Unido y contagió otros países como Polonia, Dinamarca y Suecia. Estos países vieron con preocu-

* Este capítulo fue publicado originalmente en *Who's Afraid of a European Constitution?*, Exeter: Imprint Academic, 2005, pp. 29-36. Agradecemos la autorización de Imprint Academic y Graham Horswell para esta traducción y las modificaciones que se hicieron. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

pación la gran bestia constitucional que se incubaba en Roma. Ellos encontraban profundamente problemática la idea de una “Constitución de Europa”. La preocupación era que una Unión con una Constitución debe inevitablemente convertirse en un súper-Estado que cancela la independencia e integridad de los Estados miembros como entidades soberanas. Los Estados han sido el hogar natural para la democracia, para que los ciudadanos se identifiquen con su Estado y se comprometan en sus asuntos. ¿Cómo puede transferirse esa lealtad a un ente supranacional vasto e impersonal? Ellos temían que reemplazar a los Estados sería abandonar la base de la democracia.

Entiendo esta preocupación y acepto algunas de sus premisas, pero no concuerdo con la conclusión del argumento. Creo que Unión ya tiene una Constitución de la clase de Constitución que los ciudadanos preocupados y alarmistas de la prensa euro-escéptica se opuso. Esta no es una Constitución formal “escrita”. Es una Constitución en substancia, no en forma -lo que llamo una “Constitución funcional”. Este es el punto que quiero explicar en este texto.

II. CONSTITUCIÓN FUNCIONAL Y CONSTITUCIÓN FORMAL

Para entender en qué sentido la Unión tiene una Constitución, se debe entender esta distinción vital: la distinción entre una “Constitución en un sentido funcional” y una “Constitución en un sentido formal”. Esta es una distinción conceptual básica. Permítaseme explicar, comenzando con el sentido funcional, el cuál debe ser fácil de entender, dado que es la única clase de Constitución que tiene el Reino Unido.

Una Constitución existe en el sentido funcional en cualquier lugar que un orden jurídico auto-referencial exista. La idea es prestada con una disculpa y una adaptación del trabajo de dos brillantes académicos alemanes, Niklas Luhmann y Günther Teubner.¹ La idea de ordenamiento jurídico no es una idea problemática en sí misma. Existe en cualquier lugar donde exista un conjunto de reglas institucionales que, en una medida razonable, guíen la conducta de una comunidad de personas y que ellos consideren como cierta unidad. La auto-referencialidad es más complicada. Un orden se convierte en auto-referencial a través de la práctica de sus instituciones y de aquellas personas que ven a las instituciones como las creadoras de

¹ Sobre la idea de auto-referencialidad, véase, Günter Teubner, *Law as an Autopoietic System* (traducido por A. Bankowska y R. Adler, editado por Z. Bankowski), Oxford, Blackwell, 1993, pp. 19-24

reglas y decisiones que guían su conducta. Esta práctica puede alcanzar un punto tal donde las preguntas sobre la existencia de reglas válidas que guían la conducta de las personas vienen a ser consideradas como preguntas totalmente internas a un orden jurídico determinado. Tomemos la pregunta de si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea actualmente tiene poder para decir sobre el carácter vinculante del Derecho Comunitario frente los Estados y ciudadanos.* La respuesta oficial actual es “Sí”. La alternativa sería que el Tribunal sólo pudiera ver los Tratados como la regulación de los derechos y obligaciones entre los diferentes estados de Europa. Esto dejaría a los tribunales y a los legisladores de cada Estado con capacidad para determinar si los derechos y obligaciones de sus ciudadanos están conforme con lo que es requerido bajo el Derecho Comunitario.

En este asunto, en la vida temprana de la Comunidad, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró que la interpretación correcta de los tratados necesariamente implica que ella tenía del poder en cuestión. Al sostener esto, sostuvo que el Derecho Comunitario tiene efecto directo sobre los ciudadanos, incluso contra el propio Estado. En el curso también sostuvo que el Derecho Comunitario contenido en los Tratados tiene primacía sobre el derecho de cada Estado en caso de que entraran en conflicto. La misma primacía fue atribuida incluso a las reglas y regulaciones (directivas y regulaciones, para ser más precisos) elaboradas por aquellos quienes podían ejercer la competencia legislativa señalada en el Tratado.

Una pregunta vitalmente interesante que se deriva es la siguiente: ¿qué hizo competente al Tribunal para tomar esas decisiones? Según el Tribunal, el Tratado mismo lo hizo competente. Pero, ¿realmente es así? Ello requiere interpretación del texto del Tratado para entender las consecuencias necesarias que de él se derivan. El Tribunal mismo fue quién interpretó el Tratado para resolver este punto. Haciendo eso dijo que el Derecho de la Unión tenía primacía, y que él necesariamente tenía competencia para interpretar el Tratado y aclarar este punto. De forma tal que la interpretación que el Tribunal hizo del Tratado es el fundamento mismo de su competencia. Ninguna otra autoridad judicial existente podría corregir esta interpretación en el marco del Derecho Comunitario (aunque desde el punto de vista de las Constituciones nacionales, fue desafiada de forma más expresa por la Corte Constitucional de Alemania). Así que la fuente más autoritativa a favor de la proposición de que el Tribunal tiene el poder que reclama es su propia decisión al respecto.

* N. de. T. Para mayor claridad, nótese que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la denominación que tomó después 2009, con la ratificación del Tratado de Lisboa. Anteriormente, se conocía como “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” (desde 1957).

Este es un ejemplo claro y clásico de la auto-referencialidad en el Derecho de la Unión. El hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea decide sobre lo que cuenta como Derecho de la Unión, y cómo se aplica sobre la cabeza de las normas nacionales de los Estados miembros. El Tribunal puede hacer esto porque él mismo ha interpretado los tratados como la autorización para hacerlo. Pero, por puesto, no es toda la historia. Durante muchos años hasta el día presente, todos los Estados miembros han seguido esta interpretación. Países como el Reino Unido que se unieron a la Comunidad cuando ya estaba establecida y funcionando, se unieron a una Comunidad en la cuál ya se había establecido esto como parte de su Derecho. En el orden jurídico que se ha formado en Unión Europea, los poderes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se basan únicamente en la auto-afirmación judicial. Las otras entidades e instituciones relevantes han aceptado esas decisiones y han actuado bajo el espíritu de ellas. Ellas no han las han denunciado o revocado en ninguna las reformas a las que el Tratado ha sido sometido. El carácter del orden jurídico de la Unión ha venido a ser establecido a través de la costumbre y el uso de aquellos que se encargan de sus asuntos, y a través de al menos la aquiescencia y afirmación activas (como en el Tratado de Lisboa), de la mayor parte de los ciudadanos la mayoría del tiempo.

Es una cuestión jurídica preguntarse quién y cómo puede crear el Derecho, así como lo es la pregunta de quién decide sobre la validez y la aplicación de las normas que se crean. La respuesta a esta pregunta puede depender o no de la autoridad conferida internamente a ese mismo orden jurídico. En el caso anterior, la auto-referencialidad surge -como ocurre en Europa.

Dentro del orden jurídico de la Unión Europea, las reglas han sido establecidas principalmente en tratados, pero se encuentran suplementadas por precedentes y por algunos instrumentos jurídicos secundarios que establecen las varias instituciones de la Unión. La Comisión y el Consejo de Jefes de Gobierno (y su Presidente) como fue establecido por esas normas ejercita el poder ejecutivo de la Unión. La Comisión tiene el derecho de iniciativa legislativa, y el deber de actuar como guardián de los Tratados y como supervisor de su implementación fiel por los Estados miembros. El poder legislativo de la Unión fue otorgado originalmente en el Consejo, pero vino a ser compartido con el Parlamento Europeo directamente elegido en todas las áreas donde la co-decisión es necesaria (en otros casos, los tratados requieren otros procedimientos como la consulta, la cooperación, o el asentimiento). La co-decisión hoy cubre un ámbito muy considerable, por ejemplo, la mayor parte de la regulación del mercado.

El poder judicial de la Unión está investido principalmente en el Tribunal de Justicia. A través de los procedimientos de referencia de las cues-

ciones de Derecho de la Unión de las cortes estatales al Tribunal, existe una dualidad de responsabilidad sobre la implementación judicial del Derecho en casi todos los Estados miembros. Así hoy existen normas que establecen y empoderan instituciones para llevar a cabo las funciones esenciales del gobierno que son típicamente asignadas al trío ejecutivo, legislativo y judicial. En ejercicio de esas funciones, las instituciones apropiadas crean otras normas que directa o indirectamente imponen obligaciones o confieren derechos a los sujetos de derecho dentro del sistema. El Tribunal de Justicia ha creado un sistema *sui generis*, que no es ni Derecho internacional ni el Derecho municipal de un Estado.

Si se puede afirmar (como yo lo sostengo) que el Reino Unido tiene una Constitución, sería bajo el fundamento de que existe un conjunto reconocido de normas que cumplen una distribución de poderes de una clase esencialmente similar dentro de un orden jurídico auto-referencial. Las normas en cuestión son de origen variado, pero incluyen los Tratados de Unión entre Escocia e Inglaterra y entre la Gran Bretaña e Irlanda (hoy solamente con Irlanda del Norte), la legislación que implementa esos tratados, otra legislación y un buen número de precedentes judiciales y convenciones constitucionales. Todos estos compendiosamente equivalen a “el Derecho y costumbre de la Constitución,” según una acertada frase antigua.

La idea de una “Constitución en el sentido funcional” no es nada diferente de un conjunto de reglas que, tomadas todas juntas como una unidad dinámica, establecen y regulan el auto-gobierno de una unidad política. Esto aplica ya sea que se tenga en mente una entidad como un Estado-nación, un Estado-unión, una federación, una confederación o cualquier otra clase de mancomunidad humana. Las normas en cuestión establecen quién ejerce cuáles poderes, mediante cuáles actos formales e informales, y sujetos a qué límites. Es característico del proceso de implementación e interpretación de una Constitución en este sentido que, en el tiempo, ellas evolucionen en un cuerpo cada vez más denso de Derecho constitucional. Este consiste en los precedentes establecidos por las cortes y otras instituciones, y las doctrinas y principios desarrollados parcialmente a través del discurso judicial, y parcialmente a través del trabajo de los comentarios académicos, periodistas serios, políticos, estadistas y otros.

El Tribunal de Justicia más de una vez se ha referido a los Tratados Fundacionales como una “carta constitucional” de la Unión Europea. Los académicos han escrito que esas decisiones del Tribunal como si ellas hubieran alcanzado la “constitucionalización de los tratados”. Es principalmente debido a estas decisiones que las disposiciones centrales de los tratados que tratan de la distribución y limitaciones de las competencias se han converti-

do en una clase de Constitución funcional informal². Esto explica el punto que quiero señalar cuando hablo de una Constitución en el “sentido funcional”. La idea clave es observar que la Constitución en este sentido funcional es una *Constitución en práctica*.

Usando esta terminología y reconociendo los puntos conceptuales que he hecho aquí, es fácil aceptar este punto. Hechos similares a los que nos permiten decir que el Reino Unido tiene una Constitución en el sentido funcional, también nos permiten llegar a la conclusión de que el sentido funcional, ya existe una Constitución de la Unión Europea.

Sin embargo, en Europa no existe una Constitución en el sentido formal. Permítaseme definir este sentido. Como en el sentido funcional, una Constitución se ocupa del gobierno y regulación de un grupo, asociación o comunidad política. Como una Constitución, tiene que establecer las instituciones apropiadas de gobierno, y establecer los poderes, las “competencias”, que se les confieren a ellas. Tiene que declarar los límites de esos poderes, y establecer alguna forma de solucionar las disputas fronterizas sobre esos límites de los poderes y su ejercicio legítimo. Esta Constitución se logra “formalmente” cuando un documento *jurídico y político* apropiado se promulga después de una deliberación para tal fin. Tal texto debe entonces ser solemnemente adoptado mediante un acto formal de tal clase que sea ideológicamente apropiado para la clase de comunidad o asociación política que se intenta. Una Constitución formal tiene que ser adoptada mediante un hecho apropiado, por ejemplo, mediante un referendo en una comunidad democrática, o mediante ratificación del tratado constitucional por los actos constitucionales de los Estados, los cuales a su vez pueden incluir recurso a un referendo. Esta es la culminación de un proceso que busca asegurar reconocimiento del texto adoptado como ley fundamental, o carta fundacional, de la comunidad política de la cual pretende ser una Constitución.

Bajo tal definición, podemos dar por sentada una segunda tesis: La Unión Europea no tiene actualmente una Constitución formal. Este es el resultado del fracaso del proceso constitucional que terminó en 2006.

III. VICIOS Y VIRTUDES DE LAS CONSTITUCIONES FORMALES

La distinción entre constituciones en el sentido funcional y en el sentido formal es real e importante. Podemos, por ejemplo, recordar que muchos

² J.H.H Weiler, *The Constitution of Europe*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999, y, Seonaidh Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union*. London, Longman, 2009.

Estados y uniones, como la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, se investían a sí mismas con constituciones en el sentido formal. Ellas respondían totalmente con las ideas democráticas sobre la separación de poderes y participación igualitaria de todos los ciudadanos en el proceso político, y similares. Pero la vida política real y el funcionamiento del Estado o unión en cuestión no estaba regulado por la Constitución formal. Por tanto, tampoco era explicable en los términos de las disposiciones formales de la Constitución. La Constitución funcional divergía en un grado substancial del texto formal.

Los escritores constitucionalistas del Reino Unido, especialmente de finales del siglo XIX, eran críticos vigorosos de lo que ellos denominaban “constituciones escritas”. Ellos veían que a través del mundo de su época existían muchas de tales constituciones de las que llamamos “en el sentido formal”. Estas solemnemente pronunciaban la separación de poderes, declaraciones de derechos y similares, pero en práctica no concedían ninguna protección contra procesos de gobierno despóticos o anómicos. A.V. Dicey, en particular, defendió la tesis de que una Constitución similar a la Constitución Británica como él la conceptualizaba (consistente en las prácticas de la Corona, el Parlamento y las Cortes, apuntaladas por una tradición del *common law* genuinamente efectiva) funcionaba de forma más satisfactoria para el fin de proporcionar una libertad ordenada, que cualquiera de las constituciones formales³.

En las circunstancias del tiempo en el que él estaba escribiendo, Dicey estaba en lo correcto acerca de la prevalencia de la libertad bajo una Constitución satisfactoria en el sentido funcional (utilizando mis términos) y acerca del lúgubre registro de muchas, aunque de ninguna manera todas, las constituciones formales. La tradición constitucional inglesa a la cuál él contribuyó de forma masiva ha proyectado una gran sombra sobre las actitudes del Reino Unido frente a las políticas constitucionales. Ello continúa hasta los días actuales, dando lugar a una nerviosismo inglés (mucho más inglés que británico) frente a la idea de adoptar una Constitución Europea.

En cualquier caso, un punto de peso incontestable sobrevive de las reflexiones de Dicey. Poniéndolo en los términos de la distinción entre la Constitución formal y material, el punto es el siguiente: una Constitución satisfactoria funcional, incluso sin ningún texto formalmente adoptado, es preferible a una constitucional formal disfuncional. Esto es especialmente importante cuando la existencia de una Constitución formal actúa como

³ A.V Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th edn., E.C.S. Wade (ed.). London, Macmillan and Co, 1961.

una cubierta ideológica para la actividad gubernamental despótica o indeseable.

Eso no significa que las constituciones formales sean indeseables o peligrosas. Por el contrario, donde existe una Constitución formal con unas disposiciones satisfactoriamente liberales y democráticas para la comunidad política en cuestión, y donde la práctica de aquellos a cargo de las diferentes ramas del gobierno está de conformidad con los ideales de la Constitución y con las restricciones que establece sobre el ejercicio del poder, existe tanto una Constitución en el sentido formal y como una Constitución en el sentido material correspondiente. Esto es altamente deseable, porque en tal caso, existe un grado mayor de transparencia sobre la conducta del gobierno.

El funcionario que desea saber como el poder político se regula a sí mismo puede leer la Constitución e ilustrarse con ella, especialmente a la luz de los comentarios adicionales sobre la práctica constitucional y sus usos. Esta tiende a ser la situación en cualquiera lugar donde que la Constitución formal es completamente observada como el fundamento funcional del ordenamiento jurídico y político. Quizá el crecimiento de las convenciones y partes del Derecho constitucional dependientes del precedente pueda hacer que la Constitución funcional sea de alguna forma más extensa en alcance que el texto de la Constitución formal sugeriría. Pero ello no afectaría mucho y de hecho replicaría la experiencia común. Entre tanto, es importante tener en cuenta que es mucho más inteligible para la persona ordinaria lo que establece un texto constitucional de forma corta y directa, que entender los complicados textos de un conjunto de tratados y precedentes.

Entonces, hoy existe una Constitución funcional de la Unión, y sus disposiciones pueden ser entendidas dentro de los tratados completados con las interpretaciones judiciales de ellos*. Sin embargo, entre 2002 y 2003, una convención establecida por el Consejo Europeo bajo su declaración de Laeken, después de consultas intensivas y estudios redactó un “Tratado Estableciendo la Constitución para Europa”. Este tratado fue enmendado durante la Conferencia Intergubernamental intermitentemente entre en 2003 y 2003, y los Jefes de Estado y Gobierno adoptaron una versión final del Tratado, firmándolo en octubre 29 de 2004. Para tener validez, requería la ratificación de todos los estados miembros, incluyendo los diez nuevos estados que accedieron a la Unión en mayo 1 de 2004. Por decisiones de mayorías substanciales de Francia en mayo de 2005 y de Holanda junio del mismo año, el proceso de ratificación del Tratado y subsecuente adopción

* De aquí en adelante, corresponde al texto de *Institutions of Law*, p. 49. Se incluye con autorización del editor y Oxford University Press.

de la Constitución fue descarrilado por el momento, y quizá para siempre. Hubiera sido una oportunidad para substituir con una Constitución formal la Constitución formal existente contenida en los Tratados, pero no hubo suficiente entusiasmo para transformar esta posibilidad en una realización, y entre tanto la vieja Constitución continúa en operación⁴.

Para concluir: la institucionalización de un orden jurídico en un Estado o unidad política depende de la evolución o adopción de una Constitución que establezca las instituciones esenciales del gobierno y les asigne sus poderes. Todas las constituciones tienen que ser entendidas funcionalmente, pero usualmente también tienen un texto formal y definitivo adoptado mediante un acto constitutivo. La Constitución formal también tiene que ser una constitucional funcional –y estar funcionando– para que el Estado adquiera o sostenga el carácter de Estado de Derecho. Una norma fundamental consuetudinaria o convencional es necesariamente el fundamento normativo de toda la estructura.

⁴ Para una explicación personal de estos eventos, y una evaluación de las consecuencias, véase, MacCormick, *Who is afraid of a European Constitution?*, y, de forma más objetiva, compárese con P. Norman, *The Accidental Constitution: The Story of the European Constitutional Convention*, Brussels, EuroComment, 2003; y A. Lamassoure, *Histoire secrète de la constitution européenne*, Paris, Editions Albin Michel SA for Fondation Robert Schuman, 2004.

CAPÍTULO VI

LOS MÉRITOS DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Anne PETERS*

SUMARIO: I. *Introducción: El significado del constitucionalismo global.* II. *¿Un tigre de papel?* III. *¿Desempacar el constitucionalismo global?* IV. *Pluralismo constitucional.* V. *Constitucionalismo compensatorio.* VI. *Constitucionalismo global como un mecanismo hermenéutico.* VII. *El problema y la promesa de la política.* VIII. *En lugar de una conclusión: el potencial crítico del constitucionalismo global.*

I. INTRODUCCIÓN: EL SIGNIFICADO DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

El constitucionalismo global es una agenda política y académica que identifica y defiende la aplicación de los principios constitucionalistas en la esfera internacional, en aras de mejorar la efectividad y la justicia del orden jurídico internacional.¹ La constitucionalización global se refiere al proceso continuo, pero no lineal, de la emergencia gradual y de la creación deliberada de elementos constitucionales en el orden jurídico internacional por los actores jurídicos y políticos, respaldada por un discurso académico, en el cual se identifican y desarrollan estos elementos.

* Este capítulo fue publicado originalmente como “The Merits of Global Constitutionalism” en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, no. 2, 2009, pp. pp. 397-411. Se agradece la autorización de Anne Peters e Indiana University Press para esta publicación. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

¹ Véase, Anne Peters y Klaus Armingeon, “Introduction—Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, 2009, pp. 385, donde se discuten los términos “Constitución”, “constitucionalismo” y “constitucionalización”.

El discurso constitucionalista global ha desafiado la visión tradicional de que la esfera internacional es “una clase de basurero constitucional o un distrito vacío”.² La mayor parte del tratamiento del constitucionalismo global trata sobre aspectos como los poderes constitucionales para la resolución de conflictos de valores y la ponderación como una técnica constitucional.³ Ellos examinan las funciones constitucionales del Derecho de la responsabilidad internacional, al igual que las constituciones sectoriales en campos especiales del Derecho internacional. Ellos también discuten las oportunidades y exigencias de una Constitución democrática global, la forma en la cual el constitucionalismo global impacta los individuos aglomerados en estados-naciones y los estándares empíricos que pueden ser utilizados para evaluar el constitucionalismo global.

Hay cuatro elementos importantes de la constitucionalización que no son analizados en profundidad en los siguientes artículos⁴ y sobre los cuales quisiera referirme aquí.⁵ Primero, el principio de soberanía está siendo desplazado de su posición como el *Letztbegründung* (primer principio) del Derecho internacional. El estatus normativo de la soberanía se deriva de la humanidad, es decir, del principio jurídico según el cual los derechos, intereses, necesidades y la seguridad humana deben ser protegidos y promovidos. Este estatus normativo también es el *telos* del sistema jurídico internacional⁶. La humanidad es fundacional en un sentido normativo porque los Estados no son fines en sí mismos, sino que son entidades compuestas cuya justificación yace en el cumplimiento de las funciones públicas necesarias para que los seres humanos vivan juntos en paz y seguridad⁷. La soberanía estatal es fundamental para el Derecho internacional solo en un sentido ontológico, dado que el respeto a la soberanía de los otros constituye el sistema “horizontal” de actores yuxtapuestos y gobierna la actividad de creación del Derecho

² Philip Allott, “Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism”, en Jean-Marc Coicaud y Veijo Heiskanen (eds.) *The Legitimacy of International Organizations*. Tokyo, United Nations University Press, 2001, p. 92.

³ Véase, por ejemplo, el simposio, “Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, 2009.

⁴ *N. del T.* La autora se refiere a los artículos que acompañan al presente escrito en la edición publicada por el *Indiana Journal of Global Legal Studies*.

⁵ Véase, de forma más general, Anne Peters, “Conclusions”, en Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein., *The constitutionalization of international Law*. Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁶ Véase Anne Peters, “Humanity as the Λ and Ω of Sovereignty”, *The European Journal of International Law* vol. 20, no. 3, 2009, pp. 513–544.

⁷ Esta justificación es aceptada por teorías del Estado de todos los matices, incluso Hegel puede ser leído de esta forma.

internacional. Una soberanía estatal humanizada implica responsabilidad por la protección de los derechos humanos básicos y la responsabilidad del gobierno por sus acciones sobre los humanos. Cuando las necesidades humanas son tomadas como el punto de partida, el enfoque cambia de los derechos de los Estados a las obligaciones del Estado en relación con las personas naturales, un Estado que no cumple con esos deberes tiene su soberanía suspendida. La posibilidad de una suspensión de la soberanía conduce, en un sistema de gobierno multinivel bajo el principio de solidaridad, a una responsabilidad de respaldo de la comunidad internacional, actuando a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El proceso continuo de humanizar la soberanía es la piedra angular de la transformación actual del Derecho internacional en un sistema centrado en los individuos.

Segundo, el principio del consentimiento del Estado es parcialmente reemplazado por una toma de decisiones mayoritarias. Esto es apto para mejorar la efectividad del gobierno global, y contribuye en consecuencia a la legitimidad del sistema. Sin embargo, la igualdad, la inclusión y la representación de los Estados en las organizaciones internacionales están en tensión con la idea de igual representación de los ciudadanos del mundo, dado que los Estados contienen poblaciones de tamaños bastante diferentes. La igualdad de los Estados más poblados resulta en desigualdad y en la representación sesgada de los ciudadanos globales. Si se acepta la premisa de que el punto de referencia último de la democracia son las personas naturales, el mayoritarismo estatal es, desde la perspectiva democrática, ambiguo.⁸

Tercero, ciertos valores básicos, tales como la protección de los derechos humanos, la protección del clima e incluso el libre comercio, parecen haber adquirido aceptación universal, como se manifiesta en la ratificación universal de tratados multilaterales relevantes. Una advertencia importante es que este consenso interestatal es vago y general, mientras que los problemas reales yacen en los detalles. Otra preocupación es que la ratificación extendida no refleja necesariamente los compromisos genuinos, sino que a menudo es el resultado de desbalances de poder y maniobras estratégicas. La aceptación formal de tratados universales consagrando valores constitucionales no es el fin, sino más bien el comienzo de la constitucionalización del Derecho internacional.

⁸ Una visión interpersonal de la democracia debe tomar en cuenta la formación democrática de las preferencias colectivas entre los ciudadanos de los Estados-nación. Entonces, nos enfrentamos a una paradoja. En la perspectiva inter-estatal, parece ilegítimo y anti-democrático que en un sistema consensual una minoría (incluso un Estado) pueda bloquear un tratado. Por otro lado, tal poder de veto parece ser necesario para preservar la toma de decisiones interpersonales en un nivel “más bajo,” dentro de una comunidad más pequeña.

Cuarto, el arreglo de las disputas internacionales está siendo legalizado y juridificado de forma incremental mediante el establecimiento de cortes internacionales y tribunales con jurisdicción cuasi-compulsoria. Esta juridificación es en algunos aspectos una simple manifestación de la legalización de las relaciones internacionales. Sin embargo, el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*) también tiene aspectos constitucionalistas específicos que requieren clarificación adicional.

Un grupo importante de objeciones contra el constitucionalismo global ha surgido.⁹ Ellas se relacionan por igual con la adecuación jurídica de la reconstrucción y sus posibles efectivos políticos negativos. La crítica es así tanto epistémica como analítica, y política y normativa. Creo que, a pesar de los graves problemas asociados con el constitucionalismo global, los beneficios epistémicos y normativos prevalecen. El paradigma constitucionalista hace un trabajo analítico y genera ilustración a perspectivas adicionales¹⁰.

II. ¿UN TIGRE DE PAPEL?

La lectura constitucionalista del Derecho internacional puede generar expectativas peligrosamente altas.¹¹ El término “Constitución” puede ser un título no apropiado cuando se aplica a la esfera internacional. Por lo tanto, dice la crítica, los mismos términos sobre los cuales el debate de la constitucionalización toma lugar son erróneos. El vocabulario hace virtualmente imposible escapar de los supuestos que la acompañan. Y “se construye una legitimidad social a través del uso del lenguaje constitucional.”¹² Así, la reconstrucción constitucionalista puede crear fraudulentamente la ilusión de legitimidad del gobierno global. El lenguaje constitucionalista —en los ojos de la crítica— abusa del término “constitucionalismo”, que está altamente cargado de valor, para cosechar beneficios de sus connotaciones positivas y dignificar

⁹ Para una discusión de las objeciones, véase, Anne Peters, “Reconstruction Constitutionnaliste du Droit International: Arguments Pour et Contre” en Hélène Ruiz Fabri *et al* (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 361-377.

¹⁰ Véase también, Peters, “Conclusions”, *op. cit.*

¹¹ Véase, Ronald St. John MacDonald y Douglas M. Johnston, “Introduction”, *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Ronald St. John MacDonald y Douglas M. Johnston (eds.) Leiden - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. xvii

¹² Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 237.

el orden jurídico internacional. Sin embargo, el peligro que el constitucionalismo pueda ser visto como “un mecanismo que inmediatamente confiere legitimidad¹³”, desde mi punto de vista, no es serio. Los constitucionalistas e internacionalistas son suficientemente perspicaces como para darse cuenta que “constitucionalismo” no es una respuesta terminada, sino, por el contrario, una perspectiva que nos puede enfocar en cuestiones de equidad, justicia y efectividad.

Una objeción relacionada es que el Derecho internacional carece de la dimensión estética-simbólica inherente al Derecho nacional constitucional. De acuerdo con esta perspectiva, la función primaria de las constituciones es almacenar el significado de una comunidad política. Ellas representan ideas revolucionarias, no en una forma abstracta, sino mediante un sacrificio (físico). Consecuentemente, una Constitución es “apropiada” por un pueblo, principalmente porque su significado es transportado por el sacrificio hecho para alcanzarla.¹⁴ Pero, dado que el plano internacional carece de todo esto, la idea de Derecho internacional constitucional es, continúa el argumento, una farsa. Sin embargo, esta crítica le da un valor especial a las guerras sangrientas y a los riesgos, exagerando la importancia de los fundamentos irracionales y mitológicos del Derecho constitucional.

La teoría realista de las relaciones internacionales también genera otra objeción importante. El paradigma constitucional se volvió popular después de la caída del bloque soviético, en un período marcado por un exceso de optimismo.¹⁵ Los realistas señalan que el Derecho internacional debe contener más o menos una “constitucionalización simbólica”¹⁶ o que cualquier Constitución internacional es en cualquier caso una “nominal” en el sentido propuesto por Karl Loewenstein.¹⁷ El centro de la crítica es que la lectura constitucionalista del Derecho internacional no está basada o respaldada por una voluntad política común y las correspondientes estructuras de poder y sanciones al nivel internacional, las cuales permitirían que la Constitución internacional fuera aplicada. La lectura constitucionalista, continúa

¹³ Jan Klabbbers, “Constitutionalism Lite”, *International Organizations Law Review*, vol. 1, 2004, p. 48.

¹⁴ Véase, Ulrich Haltern, “Internationales Verfassungsrecht?”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 128, 2003, pp. 533–34. Véase, de forma más general, Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London, Verso, 1991.

¹⁵ Sandra Szurek, *La Charte des Nations Unies Constitution Mondiale?*, Jean-Pierre Cot et al. (eds.), *La Charte des Nations Unies: Commentaire Article Par Article* 29, 3ra ed. vol. 1, 2007, p. 32

¹⁶ Véase Marco Neves, *Symbolische Konstitutionalisierung*, Berlín, Dunker and Humboldt, 1998.

¹⁷ Véase Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr, Paul Siebeck, 1957.

el argumento, es demasiado idealista y no refleja adecuadamente la visión realista de los gobiernos. En el evento de un problema o conflicto, la crítica sugiere, debe renunciarse a cualquier actitud constitucionalista¹⁸. Por ejemplo, los gobiernos no defienden la protección universal de los derechos humanos porque ellos crean que es algo bueno, sino porque están presionados internamente por parte de sus electorados a observar los estándares de derechos humanos y simplemente quieren evitar que otros estados ganen una ventaja competitiva al abstenerse de ser restringidos por preocupaciones de derechos humanos. De forma similar, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales son, para la mayor parte de los Estados Miembros, solo un medio para la realización de sus intereses nacionales.¹⁹

Además, los agentes de la constitucionalización parecen ser principalmente académicos, no actores políticos. Los hallazgos empíricos no confirman una tendencia global y que abarque todos los aspectos de la constitucionalización. Por el contrario, la evidencia empírica señala un proceso desigual de constitucionalización en varias dimensiones y diferentes regiones del mundo²⁰. Todo esto sugiere que el constitucionalismo global puede ser un tigre de papel.

Esta observación es muy pertinente. Teóricamente, las reconstrucciones académicas no dependen de las actitudes morales de los gobiernos, y una buena idea no se vuelve mala simplemente porque los políticos no la acepten. Sin embargo, se supone que el derecho, los constructos jurídicos y los argumentos jurídicos tienen un impacto en el ejercicio del poder.

La especial función práctica del derecho en la organización de la sociedad y la estructura del gobierno ordena que las (re)construcciones de la academia jurídica sean aceptables para los actores políticos relevantes. Así, el constitucionalismo global como una agenda académica debería seguir un camino intermedio entre la simple dignificación del *status quo* y la abstracción en fantasías académicas. Para ganar aceptación en el ámbito político, los constitucionalistas globales pueden resaltar la situación actual de interdependencia global. Con tal Estado de cosas, los intereses públicos nacionales y globales tienden a converger más y, cada vez más, los intereses nacionales y el idealismo universal no están necesariamente en oposición. Por lo tanto, el constitucionalismo global, al menos a largo plazo, puede

¹⁸ Véase Walter Kälin, “Der Menschenrechtsschutz der UNO: Ein Beispiel für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts?”, *Recht Sonderheft*, 2005, pp. 42, 47, 49

¹⁹ *Idem*, p. 49.

²⁰ Véase generally Klaus Armingeon & Karolina Milewicz, “Compensatory Constitutionalisation: A Comparative Perspective”, *Global Society*, vol. 22, 2008, p. 179 (nota al pie omitida).

incluso promover los intereses políticos y económicos nacionales, aunque unos estados se puedan beneficiar más que otros. Además, la microconstitucionalización en realidad parece ser efectiva. En comparación con los muchos sistemas constitucionales nacionales a lo largo de la historia, los regímenes derivados de la Unión Europea (UE), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Organización Mundial del Comercio (OMC) pueden probablemente ser clasificados en el selecto grupo de los regímenes constitucionales.

Una línea similar de crítica insinúa que una función importante del constitucionalismo global es simbolizar un orden simplificado y compacto en un mundo que, en realidad, es complejo y amorfo. Desde esta perspectiva, el mito de la unidad de la Constitución debe ser rechazado. De acuerdo con esta crítica, en vez de ello, una auto-coordinación espontánea de intereses debe ser elegida como el punto de partida del análisis, anclada jurídicamente en las libertades individuales (derechos humanos) y el “capital social” cognitivo anclado dentro de la sociedad. “El concepto constitucional entonces permanece como un punto de referencia (imaginario) para un pasado como el del Estado nación...”, dice la crítica²¹. Sin embargo, el término “Constitución” nunca ha sido exclusivamente reservado para las constituciones estatales. Hoy, el vínculo conceptual entre la Constitución y el Estado ha sido suavizado en el lenguaje común y en el discurso jurídico, quizá con ello ampliando el significado de “Constitución”. No es por tanto imposible *per definitionem* conceptualizar el Derecho constitucional por fuera de la nación o el Estado. El constitucionalismo global tiende a defender el Derecho constitucional no-estatal, y tiende a desmitificar al Estado y la Constitución estatal.

III. ¿DESEMPACAR EL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL?

Otra preocupación es que el concepto de constitucionalismo global sufre de promoción excesiva y vaguedad. Se está mezclando (o confundiendo) Derecho internacional, política y economía. En realidad, existe un peligro de que la confianza en el constitucionalismo sea en realidad contra productiva porque puede posponer, en vez de promover, los debates concretos sobre problemas concretos, tales como los mecanismos de decisión de la OMC, la composición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o cómo

²¹ Thomas Vesting, “Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner”, Christian Joerges *et al.* (eds) *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing 2004, pp. 29 y 35.

vincular los parlamentos nacionales con las Naciones Unidas. En este asunto, Daniel Bodansky enfáticamente se pregunta si no sería mejor considerar las afirmaciones descriptivas y normativas asociadas con el constitucionalismo por sus méritos propios.²² Por ejemplo, el control judicial de constitucionalidad y un papel reducido del consentimiento estatal podrían ser analizados descriptivamente y propagados normativamente sin introducir el concepto de constitucionalismo. Dado que el significado de constitucionalismo es tan poco claro, podría ser un elemento más confuso que útil.

De hecho, sería dañino utilizar el vocabulario constitucional para describir los sistemas internacionales actuales de una forma inflacionaria. Si todo el derecho (internacional) se constitucionaliza de alguna forma, nada es constitucional. El poder explicativo del concepto sería reducido a cero.

Sin embargo, el valor del paradigma constitucionalista puede yacer en su naturaleza comprensiva. La afirmación normativa es que las diferentes características del constitucionalismo no son simplemente adiciones, sino que el todo es más que la suma de sus partes. Bodansky es escéptico de esta afirmación holística. Él prefiere “desempacar” el concepto de constitucionalismo en los elementos que lo componen y entonces considerar el papel adecuado de cada uno en el gobierno internacional²³. En contraste, yo sugiero que las varias características constitucionales, tales como un proceso de decisión más inclusivo y transparente, y el control judicial de constitucionalidad, deberían ir juntas, y que tienen una relevancia normativa especial cuando están combinadas. Si esto es cierto, la reconstrucción constitucionalista posee un valor explicativo y prescriptivo adicional. Nos recuerda el vínculo entre las varias características del constitucionalismo y exige complementar las características constitucionales existentes en el Derecho internacional (tales como el control judicial de constitucionalidad de los actos gubernamentales) con aquellas que faltan, tales como la democracia y el control judicial de constitucionalidad de los actos de las organizaciones internacionales. En cierta medida, existe en realidad una autosuficiencia constitucionalista.

IV. PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Otra preocupación es culturalista. La lectura constitucionalista del Derecho internacional puede ser genuinamente anti-pluralista. Puede tener un im-

²² Véase Daniel Bodansky, “Is There an International Environmental Constitution?” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, 2009.

²³ *Idem*.

plicado prejuicio uni-civilizacional, notablemente europeo. “[L]os intereses y tradiciones culturales distintivas de los países del Tercer Mundo... pueden ser erosionados por la evolución de tal sistema”²⁴. En respuesta, podemos señalar que en este momento se están trabajando con muchas historias constitucionales diferentes dentro de la academia jurídica internacional: una aproximación única, uniforme y consentida no existe. Aunque el pensamiento constitucionalista ha sido históricamente desarrollado en Europa, es una reacción a la experiencia universal de dominación de humanos sobre otros humanos. En la Europa de los siglos XVIII y XIX, el constitucionalismo fue afirmado contra la cultura dominante y el establecimiento. Una lectura “moderadamente” constitucionalista de ninguna forma implica una Constitución mundial uniforme y coherente, y ciertamente no implica un Estado mundial. La idea no es crear un gobierno central y globalizado, sino constitucionalizar el gobierno global, poliárquico y multinivel. Este proyecto debe en realidad tomar totalmente en cuenta las necesidades e intereses de los países en desarrollo y sus poblaciones.

Una preocupación relacionada es si los europeos “adquieren una ventaja desproporcionada en el funcionamiento de un sistema global más altamente ‘constitucionalizado’, el modelo constitucional del Derecho internacional probablemente no pueda obtener la lealtad de los Estados Unidos, especialmente si se promueve como la ética suprema de la comunidad global”²⁵. Sin embargo, el basarse en la especificidad cultural a menudo implica un riesgo de sobre simplificación. Incluso dentro de la academia jurídica europea, la aproximación constitucionalista es frecuentemente criticada, notablemente por académicos franceses y británicos. La crítica no está automáticamente alineada con una actitud política pro-Estados Unidos. La aproximación constitucionalista se dirige contra la indiferencia hacia el principio de legalidad internacional. Incluso si, en promedio, los académicos jurídicos europeos probablemente abrazan una posición más legalista que las contrapartes estadounidenses, la oposición entre el discurso académico de Europa y Estados Unidos parece una explicación simplista. Impulsos importantes frente al constitucionalismo global han venido de académicos de Estados Unidos, tales como Richard Falk, Thomas Franck, Fernando R. Tesón, Anne-Marie Slaughter y Joseph Nye.

²⁴ Carol Harlow, “Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values”, *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 189.

²⁵ Véase, Douglas M. Johnston, “World Constitutionalism in the Theory of International Law”, y *Towards*

World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community, op. cit., pp. 3 y 20.

V. CONSTITUCIONALISMO COMPENSATORIO

La reconstrucción constitucionalista del Derecho internacional puede ser una estrategia razonable para compensar la desconstitucionalización del nivel doméstico causada por la globalización y el gobierno global²⁶. La globalización pone al Estado y a las constituciones estatales bajo presión. Los problemas globales obligan a los estados a cooperar dentro de las organizaciones internacionales y a través de tratados bilaterales y multilaterales. Lo que de forma típica son funciones gubernamentales, tales como garantizar los derechos humanos, la libertad e igualdad, son en parte transferidas a niveles “superiores”. Sin embargo, actores no estatales, actuando dentro de los estados o incluso de forma transfronteriza, han sido confiados con el ejercicio de funciones estatales tradicionales, incluso con tareas centrales tales como las actividades militares y de policía.²⁷ Todo esto ha conducido a un “gobierno” que es ejercido más allá de los confines constitucionales de los estados. Esto significa que la Constitución estatal no puede regular más la totalidad del gobierno de una forma comprensiva. Así, la pretensión original de la Constitución estatal de formar un orden básico completo es derrotada. En otras palabras, las constituciones nacionales están siendo vaciadas y los principios constitucionales tradicionales se vuelven disfuncionales o vacíos. Esto no solo afecta al principio constitucional de democracia, sino que también afecta los principios de legalidad y de seguridad de la sociedad, y la organización del territorio.²⁸ Por lo tanto, si se desea preservar los principios básicos del constitucionalismo, debemos buscar constitucionalización compensatoria en el plano internacional.

VI. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL COMO UN MECANISMO HERMENÉUTICO

La lectura constitucionalista del Derecho internacional contribuye con argumentos frescos a una vieja controversia que ha surgido de nuevo, es decir, la

²⁶ Véase, Anne Peters, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, p. 579.

²⁷ En Irak ocupado por los Estados Unidos, empleados de contratistas y subcontratistas federales trabajaron como mercenarios, policías, guardias, funcionarios de prisión e interrogadores. Véase Cong. Budget Office, U.S. Cong., *Contractors’ Support of U.S. Operations in Iraq*, Publ’n No. 3053 (2008).

²⁸ Véase Anne Peters, “The Globalization of State Constitutions”, Janne Nijman & André Nollkaemper (eds.) *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 251, 270–77, 285–93.

controversia sobre si el Derecho internacional es “derecho real”. Los nuevos negacionistas del Derecho internacional justifican la naturaleza ostensiblemente no-jurídica del éste refiriéndose a la falta de mecanismos coercitivos y a los déficits democráticos prevalentes en él. La aproximación constitucionalista ayuda a superar este estrecho enfoque en las sanciones y la aplicación vertical. De forma típica, muchas disposiciones constitucionales no son justiciables en el sentido de ser directamente aplicables por las cortes. Esto es principalmente ocurre en los países que no tienen una corte constitucional, pero es generalmente cierto para las disposiciones constitucionales de un carácter programático y exhortativo. A pesar de esta característica, nadie niega el carácter jurídico del Derecho constitucional solamente por esta razón. Esta observación fundamenta la tesis de que el Derecho internacional, dado que se parece al Derecho constitucional en este aspecto, es en realidad derecho.

Además, la interpretación de normas y estructuras particulares como normas y estructuras constitucionales puede proporcionar una guía interpretativa. Por ejemplo, una aproximación constitucionalista a las reservas en los tratados de derechos humanos conduce a permitir tales reservas. Para dar otro ejemplo, un abogado internacionalista inclinado por el constitucionalismo determinaría la supremacía del Derecho internacional sobre el derecho doméstico interno de una forma no formalista.²⁹ Él prestaría menos atención a las fuentes formales del derecho, y más a la substancia de las reglas en cuestión. En una perspectiva constitucionalista, el escalafón de las normas en cuestión debe ser evaluado en una forma más sutil, de acuerdo con su peso y relevancia substantiva. Tal perspectiva no-formalista orientada a la substancia sugiere que las disposiciones en las constituciones estatales con menor relevancia tendrían que dar paso a normas internacionales importantes³⁰.

De forma inversa, las garantías de derechos fundamentales deberían prevalecer sobre normas menos importantes (independientemente de su ubicación y tipo de codificación)... Se puede decir que esta.... aproximación no ofrece una guía estricta, porque es discutible cuáles normas son “importantes” en términos de la substancia, y porque no resuelve los conflictos entre un derecho humano “doméstico”, por un lado, y el derecho “internacional”, por el otro. Sin embargo, la idea fundamental es que lo que cuenta es mirar a la substancia, no a la categoría formal de las normas en conflicto.³¹

²⁹ Ver *id.* pp. 306–07; ver también, André Nollkaemper, en Rüdiger Wolfrud (ed.) “Rethinking the Supremacy of International Law”, *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. 2, 2009.

³⁰ Peters, “The globalization of the state constitutions”, *op. cit.*, p. 306.

³¹ *Idem*

Tal aproximación flexible parece estar más acorde con el Estado actual de la integración global que la idea de una jerarquía estricta, particularmente en asuntos de derechos humanos.³²

VII. EL PROBLEMA Y LA PROMESA DE LA POLÍTICA

Otra objeción es que el constitucionalismo global conlleva una “falsa necesidad y una falsa rigidez”: es demasiado apolítico o pretende estar por encima de la política³³. Además, el “imperialismo constitucional” realizado por los participantes en el proceso jurídico y político reprimiría el proceso jurídico ordinario³⁴. En lo que respecta a los observadores académicos, la agenda constitucionalista puede ser un esfuerzo académico de canalizar o minimizar a la política. En resumen, el constitucionalismo puede ser criticado por conllevar una promesa no realista “del fin de la política³⁵”. Esto es lo que Jeffrey Dunoff ha denominado apropiadamente la “arrogancia constitucional³⁶”. Mi respuesta es que el derecho y la política no deben ser vistos como ámbitos distintos, sino más bien como sistemas acoplados estructuralmente³⁷. El derecho es por igual el producto de la actividad política y un organizador y limitante de la acción política. En particular, el Derecho constitucional es una rama del derecho que es muy cercana a la política. El Derecho constitucional y la política son mutuamente constitutivos. Consecuentemente, el constitucionalismo también es político, no simplemente un proyecto apolítico (aunque sugiere que existe una esfera “por encima” de la política diaria). Es paradójico, y en mi concepto laudable, que el reclamo por el constitucionalismo precisamente genere los debates y la política que se dice que reemplaza. Las dinámicas evolutivas del constitucionalismo conducen tanto a la legalización de los problemas políticos y a la politización más fuerte del Derecho³⁸. Incluso, si cualquier legalización de los problemas políticos (contando con la constitucionalización como un tipo especial de legalización) modifica el debate alrededor de ellos,

³² *Idem*, p. 307.

³³ Joel P. Trachtman, “The Constitutions of the WTO”, *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 623.

³⁴ Szurek, *op. cit.* p. 48.

³⁵ Klabbers, *op. cit.*, p. 47.

³⁶ Véase Jeffrey L. Dunoff, “Constitutional Conceits: The WTO’s ‘Constitution’ and the Discipline of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 672.

³⁷ Ver Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 407–39.

³⁸ Cf. Martin Loughlin, *Sword and Scales: An Examination of the Relationship Between Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 209.

al introducir una lógica jurídica diferente, los asuntos subyacentes no son totalmente despolitizados con ello, sino solo parcialmente. Tal despolitización relativa de las relaciones internacionales no es una desventaja, porque las relaciones internacionales están, como una cuestión general, demasiado politizadas. La introducción de principios jurídicos e incluso constitucionales contribuye a la estabilidad de las expectativas, a la certeza jurídica y al igual tratamiento de los actores relevantes.

Una objeción relacionada con la reconstrucción constitucionalista del Derecho internacional es que esta lectura permite una concepción empobrecida, legalista (de creación judicial) y apolítica de las constituciones. Esta objeción es presentada por aquellos que ponen un valor especial en la soberanía popular, la democracia y las instituciones directamente responsables frente al pueblo. Estos críticos claman por un “constitucionalismo democrático”³⁹ o por un constitucionalismo “más político”⁴⁰. El constitucionalismo político asume que las personas “razonablemente discrepan... sobre los resultados substantivos... por lo que el proceso democrático mismo es más legítimo y efectivo que el judicial”⁴¹, y por tanto, el proceso democrático, no los derechos, es el centro de la constitucionalización. En contraste, el constitucionalismo legalista asume que la sociedad puede llegar a un consenso racional que se expresa mejor en términos de unos derechos básicos que son protegidos por las cortes. El problema con el constitucionalismo global es que, a los ojos de los críticos, es demasiado legalista en ese sentido. Con la misma inspiración, se ha expresado la preocupación sobre una aristocracia judicial global. Se teme que algunos jueces internacionales no representativos sean puestos a resolver disputas sobre la interpretación del texto constitucional. Esta preocupación duplica la objeción británica tradicional a una Constitución escrita y “rígida”.

Se puede decir que la constitucionalización del Derecho internacional ha sido desbalanceada. El proceso hasta ahora ha sido más de decisión judicial que de deliberación. Esto es más visible en la OMC y en el debate relacionado a la microconstitucionalización. Lo que algunos académicos han identificado como la constitucionalización de la OMC se reduce a la legalización del mecanismo de solución de disputas, a los principios creados por los jueces, y a técnicas constitucionales aplicadas a los paneles y al Órgano de Apelación. La capacidad de la OMC para respuestas legislativas

³⁹ Véase Johnston, *op. cit.*, pp. 19–20.

⁴⁰ Véase Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

⁴¹ *Idem* p. 4.

está silenciada por el requisito de unanimidad. Tal preponderancia estructuralmente incrustada de la ingeniería judicial no se limita a la OMCs, sino que también afecta a la macroconstitucionalización del sistema jurídico internacional como un todo.

Sin embargo, esta crítica, aunque pueda ser formulada como una crítica al constitucionalismo global, de hecho no se ocupa de la lectura constitucionalista del Derecho internacional. Esta crítica es, más bien, que el gobierno global sufre de déficit democrático y (en alguna medida derivada) de cortes demasiado poderosas. Creo que el peligro de un gobierno global ha sido exagerado. Aunque la constitucionalización del Derecho internacional ha sido impulsada por las cortes, y a pesar de que el constitucionalismo global incluso reclama el fortalecimiento adicional del control judicial de constitucionalidad, el establecimiento de una Corte Constitucional Internacional con jurisdicción vinculante sobre asuntos constitucionales es improbable. Una Constitución internacional “imperfecta”, respaldada por algún control judicial puntual, construiría un progreso, no un peligro⁴².

Lo que es más importante, el constitucionalismo global revela precisamente aquellos déficits, mediante la introducción de un vocabulario constitucional. El paradigma constitucional también inspira y eventualmente evalúa la búsqueda de soluciones. En mi concepto, el remedio contra los procesos de constitucionalización demasiado “legalistas” o demasiado “judiciales” no está en detener el proceso, sino en democratizarlo.

Una aproximación constitucionalista al Derecho internacional previene la “desformalización” incontrolada del Derecho internacional⁴³. La desformalización es el recurso de aplicar argumentos “superiores” de legitimidad para oponerse y violar el Derecho internacional, como ocurrió en la crisis de Kosovo⁴⁴. Aunque el constitucionalismo es un concepto cargado de valores, es, sin embargo, una aproximación jurídica en la que la consideración por el principio de legalidad en sentido formal, la estabilidad y la predictibilidad, juegan una parte importante, y en la que se reconoce que la legalidad

⁴² Podría señalarse que mientras el Derecho internacional posea solo una débil e indirecta legitimidad democrática, la dificultad contra-mayoritaria del control constitucional es menor en el plano internacional que en el orden jurídico doméstico. Sin embargo, con un error no se subsana otro. El mejor camino a seguir es introducir mayor control constitucional judicial y mayores procesos democráticos de tomas de decisiones.

⁴³ Cf. Jürgen Habermas, *The Divided West*, Ciaran Cronin ed. & trad. Cambridge: Polity, 2006, p. 116.

⁴⁴ Indep. Int'l Comm'n on Kosovo, *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned* 185–98 (2000).

en sí misma puede poner en peligro a un tipo de legitimidad⁴⁵. Visto en esta luz, el constitucionalismo es una alternativa jurídica para moralizar por un lado, y para empoderar a la política por otro.

VIII. EN LUGAR DE UNA CONCLUSIÓN: EL POTENCIAL CRÍTICO DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

El reproche central de los nuevos críticos del Derecho internacional, la legitimidad y particularmente el déficit democrático deben ser tomados en serio. En ese sentido, el constitucionalismo global es útil, porque provoca la pregunta apremiante de la legitimidad del gobierno global. Sin embargo, el vínculo intrínseco entre constitucionalismo y legitimidad se interrumpe de diferentes formas. El constitucionalismo puede legitimar el sistema internacional, pero también puede desafiar su legitimidad. Por otro lado, el peligro es que “las cosas anteriormente llamadas institucionales están siendo legitimadas con un manto de constitucionalización⁴⁶”. Esto no es útil en términos analíticos y es peligroso desde una perspectiva normativa. Por otro lado, las ideas prestadas por el constitucionalismo global son utilizadas por algunos académicos con la intención opuesta, es decir, cuestionar el Derecho internacional como un todo, y pueden constituir un pretexto para el incumplimiento⁴⁷. De nuevo, el mejor camino parece ser una postura intermedia. El constitucionalismo global no debería ser utilizado para conferir falsa legitimidad al Derecho internacional, ni debería utilizarse la queja de que el Derecho internacional

⁴⁵ Cf. Rudolf von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 5ta ed., 1880, p. 471 : “Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, daß sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt sie nach innen, schützt sie nach außen. Feste Formen sind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit selber und eine Schutzwehr gegen äußere Angriffe – sie lassen sich nur brechen, nicht biegen . . .”.

⁴⁶ Cass, *op. cit.* p. 245 (discutiendo el debate de la constitucionalización de la OMC).

⁴⁷ Véase Mortimer Sellers, “Republican Principles in International Law”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 11, 1996, p. 403. Sellers argumenta “que supuestamente las leyes e instituciones internacionales obligan y deberían influir a los gobiernos republicanos solo en la medida en que ellas reflejen procedimientos republicanos de política y legislación. *Idem* p. 404. “Las instituciones internacionales merecen legitimidad política y obediencia sólo en la medida en que ellas se ajusten a los estándares republicanos de la soberanía popular y la búsqueda del bien común.” *Idem* p. 428. “Las repúblicas debidamente apoyan a la Secretaría de las Naciones Unidas sólo en la medida en que mantenga altos estándares... los gobiernos republicanos independientes tienen que decidir independientemente si este ocurre”. *Idem* p. 431.

carece de legitimidad para socavar su autoridad como tal. Más bien, la lectura internacionalista debería aclarar que la legitimidad de las normas y de un gobierno político no depende de estructuras de gobierno o gobernanzas que sean exactas a la del Estado. El constitucionalismo global debería y podría ayudar (y no ocultar) a revelar las deficiencias de legitimidad existentes en este cuerpo del derecho, sin tirar al niño con el agua de la tina*. Martti Koskeniemi ve la “virtud del constitucionalismo en el mundo internacional” en su “enfoque universalizante, el cual permite que la extrema [injusticia] en el mundo no solo sea vista, sino condenada”.⁴⁸

Algo parecido al vocabulario constitucional es necesario para articular el que [la extrema injusticia] sea un escándalo en la medida en que viola la igual dignidad y autonomía de los seres humanos... El uso del vocabulario constitucional... transforma el sufrimiento individual en un objetivo ilícito que no solo concierne a la víctima, sino a todos... En una sociedad secular, es el asunto político del constitucionalismo dotar tales eventos de sacralidad o con un significado simbólico que los eleve más allá de su individualidad.⁴⁹

De hecho, como Neil Walker lo expresó existe una “responsabilidad potencial en el discurso constitucional e imaginación en el desarrollo de sistema de gobierno⁵⁰”. Aquellos que desean, por cualquier motivo, hacer una defensa plausible de los elementos constitucionales en el Derecho internacional deben al menos tomar estos valores seriamente. Aunque el constitucionalismo puede ser invocado como una forma de cerrar el debate, en la práctica, tiene el efecto opuesto, abre un debate normativo más rico y productivo. La razón es que la “tradición del constitucionalismo sigue siendo la reserva mejor abastecida, de la que [la política responsable] puede extraerse

* Traduzco literalmente la expresión “throwing the baby out with the bathwater”, que corresponde a la expresión alemana *Das Kind nicht mit dem Bade ausschütten*. Otra traducción podría ser “tirar el grano con la paja” o “cortar el trigo con la cizaña”. Esta expresión es uno de los problemas clásicos de traducción. Véase para una discusión de Pollux Hernández en http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/100/pyc10025_es.htm (última consulta, marzo 20 de 2013).

⁴⁸ Martti Koskeniemi, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, 2007, p. 35.

⁴⁹ *Idem* pp. 35–36.

⁵⁰ Véase Neil Walker, “The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key”, Gráinne de Búrca & Joanne Scott (eds.) *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 53.

y el medio más persuasivo en el que ella puede ser articulada⁵¹. En efecto, el constitucionalismo global no despliega –y esto es lo que considero crucial– un potencial crítico obstructivo, sino constructivo.

⁵¹ *Idem*, p. 57.

CAPÍTULO VII

UN ALEGATO A FAVOR DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Jürgen HABERMAS*

SUMARIO: I. *Ni gobierno ni gobernanza*. II. *La tendencia hacia la tecnocracia y la falta de solidaridad*.

Nuestra sección se anuncia bajo el venerable título “Cosmopolitismo”.¹ Soy la última persona que se sentiría incómoda con este tema. No obstante, déjenme explicar por qué prefiero enfocarme en la perspectiva más específica y exigente de la constitucionalización del Derecho internacional. El concepto de “cosmopolitismo” nos conduce a continuar una línea de pensamiento que evita el problema mayor de cómo domesticar, canalizar y civilizar el poder político en términos jurídicos, aún más allá de las fronteras del Estado-nación. El cosmopolitismo continuará siendo una concepción de alguna forma imprecisa, a menos que se enfrente al tema de la transnacionalización de los logros del Estado constitucional. Para el proceso de expandir la democracia y el Estado de Derecho más allá de los límites nacionales, los juristas alemanes de derecho público han desarrollado el concepto de una “constitucionalización del Derecho internacional.” Primero, déjenme explicar este concepto (I) y luego, en una segunda parte, usar algunos aspectos de la actual crisis europea como un ejemplo para identificar un mayor obstáculo en la vía que eventualmente nos conducirá a una Constitución política de una sociedad global sin un gobierno global (II).

* Este texto una versión revisada de la ponencia principal presentada en el *23rd World Congress of Philosophy* en Atenas-Grecia, en agosto de 2013. Traducción de Andrés Molina Ochoa, revisada por Jorge Luis Fabra Zamora.

¹ El autor hace referencia a la sección del *23rd World Congress of Philosophy*.

I. NI GOBIERNO NI GOBERNANZA

Si consideramos al Estado constitucional desde una perspectiva histórica, lo que encontramos es que su mayor logro es la forma cómo contuvo al despotismo. Se pueden distinguir dos aspectos de ese proceso de domesticación de la violencia del poder político bruto—el logro en la civilización de la institucionalización jurídica de iguales libertades para cada ciudadano, por un lado, y el incremento de la efectividad de la administración moderna del Estado, por el otro. Propongo concebir ambos—el avance en la civilización producido por el Derecho y la racionalización organizacional del aparato estatal—en términos de una *transformación de la substancia del poder estatal, i.e. el modo de ejercitar la autoridad política*. Desde este punto de vista, la juridificación de las relaciones internacionales, la cual empezó luego del final de la Segunda Guerra Mundial con la transición de un Derecho internacional *coordinativo* a uno *cooperativo*, entonces también resultó ser una especie de continuación de este proceso. Desde la fundación de las Naciones Unidas, de las tres mayores organizaciones globales (Banco Mundial, FMI, OIT), y de los sistemas informales de negociación tales como el G8 y el G20, incluso los rudimentos de una *constitucionalización del Derecho internacional* han tomado forma.² Los cambios en el Derecho internacional corresponden a una transformación de las relaciones internacionales: la constitucionalización del Derecho internacional está ligada a la complementación de los poderes de los gobiernos nacionales por una creciente red de organizaciones internacionales que hacen posible la gobernanza más allá de los Estados-nación.

Lo que concibo como una *disolución de la substancia decisionista del poder envuelto en el ejercicio de la autoridad política* desde la perspectiva de la ciencia política, aparece desde la perspectiva de la teoría jurídica como una *transformación del medio del Derecho*. Por ahora, sin embargo, estas dos tendencias están asociadas con un déficit democrático que podría ser contrabalanceado sólo a través de una *transnacionalización de la democracia*. Antes de retomar este tema principal, quisiera primero decir algo sobre dos tendencias a largo plazo que descubrimos cuando hacemos una mirada selectiva sobre la historia moderna europea (1) La *Constelación del Derecho y del poder político* está cambiando en tándem con (2) el cambio en substancia del poder estatal.³

² Sobre esta esquematización de la evolución del Derecho internacional, ver: Anne Peters, *Völkerrecht*, Zurich, Schulthess, 2006, pp. 11 y ss.

³ Los planteamientos del pluralismo jurídico han analizado estos cambios en términos del desplazamiento en las relaciones de poder entre la autoridad pública del Estado y el poder económico privado de las corporaciones transnacionales, y hacen el apresurado

(1) El cambio en el *medio del Derecho* se refleja en un desplazamiento en los pesos relativos de dos componentes que constituyen al Derecho moderno. Para percibir este desplazamiento que ha ocurrido en el Derecho internacional, debemos recordar el concepto tradicional de Derecho estatal. El Estado constitucional que posee un monopolio en el uso legítimo de la fuerza dota a las normas jurídicas válidas, al mismo tiempo de un carácter legítimo y coercitivo; por ello, Kant habla en términos de “leyes coercitivas de libertad.” El Derecho, al tiempo legítimo y coercitivo, les presenta a los ciudadanos la elección entre seguir normas válidas, bien sea por interés propio en la expectativa de sanciones, o por respecto al Derecho, a la luz del proceso democrático de elaboración de normas.

Si uno continúa con la usual premisa de que un Estado mundial que posea el monopolio sobre el uso legítimo de la fuerza no es posible, ni deseable, una concepción dualista de un sistema jurídico internacional compuesto tanto del Derecho de los pueblos y del Derecho de los Estados parece inevitable. En esta concepción tradicional, el Derecho obligatorio de los Estados, el cual es implementado a través del poder sancionador del Estado y por cortes y administraciones, tiene una diferente validez y un más alto nivel de efectividad que el Derecho internacional, el cual carece del respaldo del poder sancionador del Estado. Por lo tanto, la concepción tradicional sostiene que el Derecho internacional sólo basa su autoridad en los usos, los tratados internacionales, y los principios jurídicos reconocidos universalmente; esto es, en el consenso no forzado entre los estados.

La conclusión es inevitable, por supuesto, sólo mientras asumamos que el reconocimiento de la legitimidad de un sistema jurídico no puede garantizar un nivel de obediencia promedio a las leyes a menos que sean respaldadas por la amenaza de la coerción por el Estado. Hoy, esta presunción ya no se mantiene de forma universal. El Derecho europeo existente provee el más avanzado ejemplo de desplazamiento en el balance entre los dos componentes de la exigibilidad del Derecho, por un lado, y el reconocimiento de su legitimidad y cumplimiento promedio con el Derecho, por el otro. En la Unión Europea, el Derecho supranacional, en la medida en que no

diagnóstico de que la autoridad del legislativo del Estado se ha vuelto difusa en tanto que la colaboración público-privado se ha incrementado. El efecto desilusionador de la crisis bancaria no fue el primer fenómeno que motivó una revaluación del rol de la “autoridad pública” en las relaciones internacionales en la discusión sobre el Derecho internacional. Ver Armin Von Bogdandy, Matthias Goldman, y Philipp Dann, “Developing the Publicness of Public International Law,” *German Law Journal*, vol. 9, no. 11, 2008, pp. 1375–1400. Sobre el “giro público” en general, véase Nico Kirsch, “Global Governance as Public Authority,” *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, no. 4, 2012, pp. 976–987.

sea rechazado por las cortes nacionales constitucionales en casos elegibles excepcionales, tiene prioridad sobre los Derechos nacionales de los Estados miembros, aun cuando los últimos continúen ejerciendo el monopolio sobre los medios legítimos del uso de la fuerza. Indudablemente, en el Derecho europeo, el cual se ha venido diferenciado como un nivel independiente de regulación, los pesos relativos se han desplazado entre los dos componentes del medio jurídico, en favor de un reconocimiento de la legitimidad de la autoridad supranacional (del Consejo y el Parlamento, la Corte Europea de Justicia, y la Comisión).

Desde la fundación de las Naciones Unidas, hemos observado el incremento en el número de las cortes internacionales, el fortalecimiento del Derecho penal internacional y, sobre todo, la rápida proliferación de organizaciones internacionales en casi todos los campos posibles de la política. También, estamos observando al menos débiles indicadores de un desplazamiento similar entre componentes sancionatorios y legitimadores en el Derecho internacional. Como resultado, la brecha entre el modelo respaldado-por-sanciones de validez del Derecho estatal y el modelo suave de validez del Derecho internacional está empezando a cerrarse. La realidad parece que se está acercando a la “concepción unitaria del Derecho internacional” de Kelsen, aunque a pasos de caracol. Esta tendencia se manifiesta, obviamente, sólo cuando reconocemos que no sólo los contenidos de los derechos jurídicos, sino también el medio del Derecho mismo, está cambiando. En consecuencia, una vez modificamos el rígido concepto del Derecho moderno, parece menos improbable que un día pudiera volverse un asunto rutinario el uso del monopolio estatal sobre la fuerza legítima para implementar las decisiones imparciales y jurídicamente susceptibles de ser supervisadas de un reformado Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

(2) Hoy, en el ámbito internacional, un cambio correspondiente en la substancia del poder estatal va mano a mano con este cambio en la composición del medio jurídico. El concepto de soberanía estatal en el Derecho internacional clásico todavía presupone un concepto “realista” de la autoridad estatal. El poder político supuestamente está exhibido en la racionalidad instrumental de un Estado que se asume actúa autónomamente. Según esta concepción tradicional, cada Estado soberano persigue sus intereses nacionales en la escena internacional de co-actores con intereses contrapuestos, sin tener espacio para la acción de algún modo normativamente restringida por deferencia a la comunidad internacional como un todo. Este modelo de política de salvaguardar y optimizar el poder nacional en el campo internacional encuentra su expresión jurídica en la famosa *jus ad be-*

llum, el derecho discrecional a hacer la guerra sin tener que justificarse uno mismo. Como Carl Schmit correctamente reconoció, la abolición de este derecho representó un cambio radical en la historia del Derecho internacional. El hecho de que la guerra, en nuestra era post-heroica, no fuera un medio ni jurídico, ni preferido para resolver los conflictos internacionales, sin embargo, es sólo el signo más visible de un cambio en el modo de ejercer la autoridad política.

La densa red de las organizaciones internacionales priva al Derecho internacional clásico de unos de sus supuestos fundamentos de poder. En una sociedad mundial altamente interdependiente, aun las superpotencias están perdiendo su autonomía operativa en importantes campos políticos. En vista del creciente número de problemas que pueden ser resueltos sólo a través de la acción política conjunta, todos los estados se encuentran cada vez más forzados a cooperar. Esto explica por qué el número de organizaciones internacionales con extensas competencias a nivel regional o aun global se están incrementando a un ritmo acelerado. La progresiva asimilación de la política exterior clásica en términos de política doméstica corresponde con lo anterior. Por tanto, el centro decisionista del poder político se está quebrando en el crisol de los caudales de comunicación de las negociaciones y discursos transnacionales. Los Estados no pueden más considerarse exclusivamente a sí mismos como sujetos contratantes soberanos. Hoy, ellos ya incluso operan en ocasiones como miembros de la comunidad internacional.

(3) No obstante, hay también un lado reverso a las dos tendencias mencionadas, y uno bastante oscuro—un creciente déficit democrático que se está incrementando en tándem con ellas.⁴ Los cambios en la composición del medio jurídico y del ejercicio del poder político pueden ser explicados en términos de la intrusión de elementos deliberativos en las relaciones internacionales manejadas por el poder de una sociedad mundial que está sufriendo una globalización económica y una integración sistémica en general. Aun así, la inclusión de los ciudadanos en el proceso de decisión supranacional no va al ritmo de la domesticación jurídica de la intensificada cooperación entre los estados. Por el contrario, en el presente, el precio de una gobernanza efectiva más allá del Estado nación es una no compensada erosión del proceso de legitimación en el ámbito del éste. La mejora en las funciones organizacionales que está empezando a lograrse en el ámbito su-

⁴ Con referencia a la jurisdicción internacional, ver, Armin Von Bogdandy y Ingo Venzke, “Zur Herrschaft Internationaler Gerichte,” *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, vol. 70, 2010, pp. 1–49.

pranacional a través de la cooperación entre los estados puede ser descrita como una tendencia hacia la *racionalización* del ejercicio del poder político en el campo internacional, pero no podemos cualificar esta tendencia como un *proceso civilizatorio* mientras las organizaciones internacionales solo ejerzan sus mandatos sobre la base de tratados internacionales, por tanto *en forma* de Derecho, pero no todavía *en conformidad con un* Derecho *democráticamente generado* —es decir, de forma legítima. *La gobernanza global* es un término eufemístico para el carácter no democrático de la institucionalización de las relaciones internacionales de la que hemos sido testigos hasta ahora.

Porque aun si todos los miembros de una organización internacional específica fueran democracias impecables, el tipo de legitimación que los individuales estados miembros traen consigo desde casa, por así decirlo, es cada vez más insuficiente para justificar decisiones de la organización como un todo—y menos aún la más cercana cooperación y el mayor grado de invasión y relevancia de las políticas *conjuntamente concertadas*. Desde la perspectiva de los ciudadanos de cada Estado nacional miembro, hay una asimetría entre la autorización limitada de sus propios delegados nacionales y el alcance de los compromisos llevados *por todos los delegados actuando de manera concertada*, porque esas decisiones conjuntas afectan a los ciudadanos de todos los miembros indiscriminadamente. A esto se añade otro déficit. En contraste con las decisiones de los gabinetes nacionales que cubren todos los campos políticos, la agenda de las organizaciones especializadas funcionalmente está limitada a áreas particulares de responsabilidad, de forma tal que este estrecho enfoque no permite que los efectos externos no deseables de las decisiones sean tomados en cuenta. Por estas dos razones, un cierto paternalismo se construye en la forma jurídica de este tipo de cooperación organizada, un paternalismo que no sería subsanado, aun si, como ha sido propuesto, las organizaciones internacionales pudieran estar obligadas a atenerse a ciertos estándares de derechos humanos.⁵

(4) Considero a la creación de sistemas internacionales de negociación sin poder tales como el G8 o el G20 como un síntoma de que la capacidad de conducción de las instituciones existentes está siendo sobrecargada por

⁵ Christina Lafont, “Alternative Visions of a New Global Order: What Should Cosmopolitans Hope For?,” *Ethics & Global Politics*, vol. 1, no. 1–2, 2008, pp. 1–20. Esta propuesta no provee un sustituto para el legislador democrático y las cortes locales, las cuales sólo pueden controlar y decidir sobre la aplicación apropiada y agotamiento de los estándares abstractos de derechos humanos. Contrátese con Klaus Günther, “Liberales Und Diskurstheoretische Deutung Der Menschenrechte,” en *Rechtsphilosophie Im 21. Jahrhundert*, W. Brunner, U. Neumann, y S. Kirste (eds.) Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2008, pp. 338–359.

los urgentes retos globales del cambio climático, las crisis económicas y desequilibrios globales, los riesgos internacionales de una tecnología a gran escala y así sucesivamente. Las restricciones sistémicas que están penetrando los límites nacionales (hoy, sobre todo, aquellas del desenfrenado sector bancario mundial) son fuerzas sociales y económicas cuasi-naturales que deben ser domesticadas. Una multiplicación del tipo familiar de organizaciones internacionales capaces de adaptarse a la creciente necesidad de regulación simplemente agravaría el déficit de legitimidad anteriormente mencionado. Los regímenes tecnocráticos continuarán proliferando bajo el inocente título de “gobernanza” en tanto los recursos de legitimación democrática no sean también aprovechados por las autoridades supranacionales. Una transnacionalización de la democracia está atrasada.

El proceso de legitimación democrática será capaz de extenderse a través de las fronteras nacionales a la comunidad política, más allá del Estado nación (tal como la Unión Europea, por ejemplo), sólo cuando se vuelva posible combinar de una forma diferente los tres bloques que son constitutivos de cada sistema democrático dentro de un sistema supranacional de múltiples niveles.⁶ Los tres bloques constitutivos en cuestión son la “pueblo” como titular de la formación de la voluntad política, el “Estado” como la organización que permite a los ciudadanos actuar colectivamente, y la “comunidad jurídicamente constituida de ciudadanos” como una asociación voluntaria de individuos libres e iguales. Sólo dentro del Estado nación están estos tres bloques constitutivos alineados en el espacio social. En otros sitios, he desarrollado la idea de que estos dos sujetos constitutivos-en-construcción podrían participar en igualdad para constituir una democracia supranacional, esto es, los ciudadanos en su papel de miembros de una futura unión y esos mismos ciudadanos en su papel de miembros de estados ya constituidos, de los cuales la Unión estaría compuesta. Esta idea provee el ímpetu para reflexionar sobre una variable geometría de los ya mencionados bloques constitutivos. Mientras entre la estructura de los estados federales, las unidades subnacionales (tales como estados, cantones, o “*Länder*”) aparecen sólo como los componentes *constituidos*, (constituidos, esto es, por una soberanía no dividida, la del pueblo) los estados miembros de una democracia supranacional harían el papel de un poder *constituyente* desde el principio (y como resultado retendrían comparativamente competencias más fuertes dentro de la comunidad política constituida).

⁶ Ver mis reflexiones en el ensayo, Jürgen Habermas y Ciaran Cronin, *The Crisis of the European Union: a Response*, Cambridge, UK: Polity, 2012.

II. LA TENDENCIA HACIA LA TECNOCRACIA Y LA FALTA DE SOLIDARIDAD

En lugar de difundir la idea de una Constitución política para una sociedad global sin un gobierno mundial,⁷ quisiera usar el ejemplo de la crisis de la Unión Europea para mostrar que tan difícil es el camino que conduce a dicha Constitución. Estoy interesado en el escollo puesto por la falta de solidaridad política, por tanto, el horizonte estrecho dentro del cual, por el presente, también se puede requerir a los ciudadanos tomar también en consideración las perspectivas de sus conciudadanos.

Permítanme proceder sin alguna otra explicación con la premisa de que los desequilibrios estructurales entre las economías nacionales de la zona euro están forzando a los miembros estatales de la Unión Monetaria Europea a tomar mayores pasos hacia una integración política. La crisis nos ha enseñado que la Unión Monetaria Europea no puede ser estabilizada en el plazo medio sin una política fiscal y económica conjunta que se extienda a otros campos de la política como la tributación y la política social. A largo plazo, no será suficiente proporcionar créditos a los sobre estados endeudados, para que cada uno de ellos pueda mejorar su competitividad por su cuenta. No obstante, una profundización de la cooperación institucionalizada demandaría mayor democracia en Europa y un correspondiente cambio en los Tratados. De hecho, estamos siendo testigos de un desarrollo que está alimentando los conflictos entre los pueblos. Europa está siendo succionada por una forma de tecnocracia que está atando a los estados miembros, sin la participación de su población, al formato de democracias “consolidadas”; esto es, de democracias ajustadas a los mercados no controlados.

Bajo el liderazgo del gobierno alemán, el Consejo Europeo está adhiriéndose a una agenda de la crisis que insiste en preferir que cada Estado por separado balancee su presupuesto nacional por su propia cuenta. En los países agobiados por la crisis, esta política está afectando adversamente los sistemas de seguridad social, los servicios públicos, y los bienes colectivos, lo que significa que esto está implementándose a expensas de los estratos de la población que en cualquier caso están en desventaja. Cambiar esto requiere romper con la política de la auto-interpretación de los estados nacionales, según la cual cada Estado miembro es formalmente soberano y toma decisiones en cuestiones de presupuesto, política social y economía, sin pres-

⁷ Jürgen Habermas, “A Political Constitution for the Pluralistic World Society,” en *Between Naturalism and Religion: Philosophical Essays*, Cambridge, Polity, 2008, pp. 312–352. Ver también, *Ibid.*, pp. 53–70.

tar atención a los efectos colaterales de otros estados miembros, por tanto, exclusivamente desde una perspectiva nacional. Con esta ficción de la soberanía nacional, los gobiernos de los así llamados países donantes están, sobre todo, evitando exigir a sus electorados que exhiban el grado requerido de solidaridad política. Un proyecto cooperativo llevado a cabo desde una perspectiva europea conjunta para promover el crecimiento y la competitividad en la zona Euro como un todo, requeriría que esos países aceptaran, en su propio interés a largo término, efectos redistributivos que serían en su propia desventaja a mediano y corto plazo. Los partidos políticos evitan el tema de la razonabilidad del requisito de la política social. Tomo esto como un signo de timidez política, sino de simple oportunismo, ante un reto de históricas dimensiones.

Tal vez incluso un árido análisis filosófico del concepto de solidaridad pueda contribuir en algo a clarificar lo que está en juego. Para exonerar a los llamados a la solidaridad de acusaciones de obstinación moral o buenas intenciones equivocadas, y de ser apolíticos—acusaciones que los “realistas” no desean que se hagan en contra de ellos—quisiera primero distinguir las obligaciones de mostrar solidaridad de los deberes morales y jurídicos. Mostrar solidaridad es un acto político que de ninguna forma reclama un tipo de altruismo moral que sería erróneo en los contextos políticos. Kostas Simitis, Primer Ministro de Grecia en el momento de su adhesión a la Unión Europea, escribió en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 28 de diciembre de 2012: “La solidaridad es un concepto con el que ciertos países de la Unión no se sienten cómodos.” Aunque Simitis está sentado en una casa de cristal,* su interpretación de la solidaridad puede, sin embargo, ser correcta. Por tanto, ¿Qué significa solidaridad?”

“Solidaridad” no es sinónimo de “justicia” ni en el sentido jurídico, ni en el moral del término. Llamamos a las normas jurídicas o morales “justas” cuando ellas regulan prácticas que son de igual interés para todos los afectados. Las normas justas aseguran iguales libertades para todos y un respeto igual para cada uno. Obviamente, hay también deberes especiales. Parientes, vecinos o colegas pueden en ciertas ocasiones esperar un tipo diferente o más ayuda entre ellos mismos que de los extraños. La extensión de estos deberes positivos es a menudo indeterminada, sin embargo, tal, ellos son estrictamente vinculantes: los padres violan su deber de cuidado,

* *N. de. T.* Habermas utiliza la expresión “sitting in a glass house,” refiriéndose al dicho, “People who live in glass houses should not throw stones.” En español, “Los que viven en casas de cristal, no deben tirar piedras”.

por ejemplo, cuando descuidan la salud de sus hijos. No obstante, compare esto con el caso de un pariente lejano que entra en contacto de nuevo con su primo después de décadas y lo confronta con una petición de una contribución financiera, porque está atravesando una situación de emergencia. Dificilmente, él puede apelar a una obligación “moral”, sino, a lo sumo, a un vínculo de algún tipo ético” fundado en las relaciones familiares (en la terminología de Hegel, uno arraigado en la *Sittlichkeit* o “vida ética”). Hay una característica especial por la cual tal obligación ética se distingue de una propiamente moral. Pertenecer a una extendida familia justifica una obligación, sólo si la relación real entre aquellos interesados genera la expectativa de que el primo pueda contar con el apoyo de su familiar en una situación similar. Es la confianza-fundante *Sittlichkeit* de las relaciones sociales informales, la que, *bajo la condición de una reciprocidad predecible*, requiere que un individuo “avale” a los otros.

Tales obligaciones “éticas” que se arraigan en vínculos de una comunidad *antecedentemente existente*, típicamente vínculos familiares, exhiben tres características. Ellas fundan peticiones rigurosas o supererogatorias que van más allá de lo que el destinatario estaría obligado a hacer bien sea por Derecho o moral. Por otro lado, cuando se refiere a la motivación requerida, este tipo de demanda ética es menos rigurosa que la fuerza categórica de un deber moral, tampoco coincide con el tipo de prudencia o respeto envuelto en el seguimiento del Derecho coercitivo. *Las órdenes morales* deberían ser obedecidas por el respeto a la norma subyacente misma, sin reparar en el cumplimiento de las otras personas, en tanto que la *obediencia al Derecho* de los ciudadanos es condicional al hecho de que el poder sancionador de los estados asegure un cumplimiento general. Cumplir con la *obligación ética*, por contraste, no puede ser exigido ni es requerido categóricamente. *Depende, en cambio, de las expectativas de la conducta recíproca—y en la confianza en la reciprocidad a lo largo del tiempo.* Sobre este tema, y esta es la característica importante, el compartimiento ético no ejecutable también coincide con sus propios intereses a largo y mediano plazo.

Es precisamente este aspecto que la *Sittlichkeit* comparte con la *solidaridad*, aunque la última no puede depender de las comunidades pre-políticas tales como la familia, sino sólo de asociaciones políticas con intereses políticos comunes. Repito: Lo que diferencia tanto a expectativas políticas y llamados a la solidaridad del Derecho y la moral es la referencia especial a una participación conjunta en una red de relaciones sociales. Esa participación fundamenta tanto las expectativas demandantes de otra persona que pueden ir más allá de lo que el Derecho y la moral ordenan, y la propia confianza en la conducta recíproca del otro, en caso de necesitarlo en el fu-

turo.⁸ Mientras la moralidad y el Derecho se refieren a libertades iguales de individuos autónomos, las expectativas éticas y los llamados a la solidaridad se refieren a un interés en la integridad de una forma compartida de vida que incluye el bienestar propio.⁹

Deberíamos añadir, sin embargo, que el concepto de solidaridad, aun cuando deriva esas connotaciones semánticas de comunidades cuasi-naturales tales como las familias o corporaciones, marca un cambio en la semántica de la correcta vida ética en dos aspectos. La conducta basada en la solidaridad presupone contextos políticos de vida, por tanto contextos que son legalmente organizados en este sentido *artificial*, no unos que han evolucionado “orgánicamente.” La acostumbrada charla sobre la “solidaridad cívica” ya presupone el ambiente constituido jurídicamente de una comunidad política, normalmente un estado-nación. La solidaridad es siempre solidaridad política. Deberíamos tener en cuenta que el nacionalismo oscurece la diferencia entre la “solidaridad” cívica y la pre política “*Sittlichkeit*”. El nacionalismo apela sin ninguna justificación al concepto de solidaridad cuando aboga por la “solidaridad nacional” y por tanto asimila la solidaridad del ciudadano a la cohesión entre aquellos que han nacido en la misma colectividad.¹⁰ De cualquier modo, el crédito de confianza que es asumido por la conducta fundada en la solidaridad es menos robusto en el caso de la conducta ética, porque este crédito no está asegurado a través de la mera existencia de una comunidad cuasi-natural. El momento adscriptivo de los lazos inherentes en las relaciones éticas existentes con anterioridad falta en el caso de la solidaridad.

Lo que le da a la solidaridad su carácter especial es, aún más, segundo, el *carácter ofensivo* de empeñarse o aún luchar por descargarse de la prome-

⁸ Andreas Wild, “Solidarität Begriffsgeschichte Und Definition,” en *Solidarität: Begriff Und Problem*, ed. Kurtz Bayertz, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, pp. 202–217, especialmente, pp. 210 y ss.

⁹ En publicaciones anteriores, conecté a la justicia moral de forma muy cercana con la vida solidaria/ética. Véase Jürgen Habermas, “Justice and Solidarity: On the Discussion Concerning Stage 6,” en *The Moral Domain: Essays in the Ongoing Discussion Between Philosophy and the Social Sciences*, ed. Thomas E. Wren, Cambridge: MIT Press, 1990, 224–250. Ya no sostengo la afirmación de que la “Justicia concebida deontológicamente requiere a la solidaridad como su lado reverso” (p. 244), porque lleva a la moralización y despolitización del concepto de solidaridad. Ver también mi comentario a María Herrera Lima en Jürgen Habermas, *Nachmetaphysisches Denken: philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988, pp. 127 y ss., aquí pp. 131–3.

¹⁰ Jürgen Habermas, “On the Relation Between the Nation, the Rule of Law, and Democracy,” en *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Cambridge, MIT Press, 1998, pp. 129–153.

sa que está involucrada en la demanda de legitimidad de cualquier poder político. Esta característica hacia el futuro se hace particularmente clara cuando la solidaridad se requiere en el curso de la modernización social y económica. Algunas veces, los llamados a la solidaridad son apropiados en situaciones en las que los ciudadanos enfrentan el reto de ajustar las sobrecargadas capacidades de una existente, pero desgastada, estructura política a la fuerza indirecta de abarcar las *interdependencias sistemáticas*, las cuales conectan los destinos de los ciudadanos de diferentes comunidades políticas “a sus espaldas,” por así decirlo. Tales interdependencias se sienten como meras restricciones sobre lo que realmente *debería* estar dentro del alcance del poder político de los ciudadanos democráticos. Creo que esta descripción se ajusta a la situación presente de los ciudadanos en el corazón de los países europeos, quienes deben presionar para una mayor integración política para extender su control sobre las fuerzas económicas cuasi-naturales y recobrar el balance entre la política y el mercado.

SEGUNDA PARTE

LEGITIMIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA DEMOCRACIA

CAPÍTULO VIII

EL CENTRO DE LA ARGUMENTACIÓN CONTRA EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEGISLACIÓN

Jeremy WALDRON

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Definición de control judicial*. III. *Cuatro supuestos*. IV. *La forma del argumento*. V. *Razones relacionadas con el resultado*. VI. *Razones relacionadas con el proceso*. VII. *La tiranía de la mayoría*. VIII. *Casos no centrales*. IX. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

¿Deberían los jueces tener la autoridad de derogar la legislación cuando estén convencidos de que viola derechos individuales? En varios países tienen tal

* Versiones anteriores de este ensayo fueron presentadas en el Coloquio en Filosofía Social y Jurídica en el University College de Londres, en un taller de profesores en la Universidad Hebrea de Jerusalén, y en una conferencia de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Estoy particularmente agradecido con Ronald Dworkin, Ruth Gavison y Seana Shiffrin por sus comentarios formales en estas ocasiones y también con James Allan, Aharon Barak, Richard Bellamy, Aileen Cavanagh, Arthur Chaskalson, Michael Dorf, Richard Fallon, Charles Fried, Andrew Geddis, Stephen Guest, Ian Haney-Lopez, Alon Harel, David Heyd, Sam Issacharoff, Elena Kagan, Kenneth Keith, Michael Klarman, John Manning, Andrei Marmor, Frank Michelman, Henry Monaghan, Véronique Munoz-Dardé, John Morley, Matthew Palmer, Richard Pildes, Joseph Raz, Carol Sanger, David Wiggins, y Jo Wolff por sus sugerencias y críticas. Otros cientos han discutido conmigo sobre este tema sobre los años. Este ensayo está dedicado a todos ellos, colegialmente y con agradecimientos. Este artículo fue publicado originalmente en inglés como “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, pp. 1346-1406. Agradecemos los permisos otorgados por Jeremy Waldron y *The Yale Law Journal*. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora y Piero Mattei-Gentili, con la colaboración de Leonardo García Jaramillo.

autoridad. El ejemplo mejor conocido son los Estados Unidos. En noviembre de 2003 la Corte Suprema de Massachusetts determinó que las leyes estatales sobre las licencias matrimoniales violaban los derechos constitucionales al debido proceso e igual protección al limitar implícitamente el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer¹. La decisión alentó a varias personas que sintieron que sus derechos no habían sido reconocidos y que, en sus calidades de homosexuales y lesbianas, habían sido tratadas como ciudadanos de segunda clase bajo la ley marital existente². Incluso si la decisión de la Corte es anulada por una enmienda a la Constitución del estado, los demandantes y sus partidarios pueden sentir que al menos el asunto de sus derechos ahora está siendo confrontado directamente. Una buena decisión y un proceso donde las reivindicaciones de los derechos son firme y seriamente consideradas³, para muchas personas constituyen buenas razones para apoyar la institución del control judicial de la legislación. Reconocen que el control judicial en ocasiones puede conducir a malas decisiones —tales como el rechazo de 170 leyes laborales por tribunales estatales y federales durante la época *Lochner*⁴— y reconocen que la práctica sufre de alguna especie de déficit democrático. Pero, dicen, estos costos son usualmente exagerados o mal caracterizados. El proceso democrático difícilmente es perfecto y, en todo caso, la objeción democrática es en sí misma problemática cuando lo que está en juego es la tiranía de la mayoría. Sostienen que podemos soportar ocasionalmente un resultado erróneo como precio de una práctica que nos ha legado decisiones como *Lawrence*, *Roe* y *Brown*⁵, las cuales han sostenido el compromiso de nuestra sociedad con los derechos individuales de cara a mayorías cargadas de prejuicios.

Esto es casi lo último bueno que diré acerca del control judicial de la legislación (Quería reconocer claramente el valor de muchas de las decisiones que nos ha otorgado y la complejidad de los asuntos procedimentales). Este ensayo argumentará que el control judicial de la legislación es inapropiado como modo final de toma de decisiones en una sociedad libre y democrática.

¹ Goodridge v. Dep't of Pub. Health, 789 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

² Véase "Landmark Ruling: The Victors", *Boston Herald*, noviembre 19, 2003, p. 5.

³ Esto adapta una expresión de Ronald Dworkin, en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1965, pp. 9-32.

⁴ *Lochner* v. New York, 198 U.S. 45 (1905). El cálculo del número total de casos en los cuales legislación federal o estatal sobre las relaciones y condiciones laborales fue derogada durante el periodo de 1880-1935 se basa en las listas presentadas por William E. Forbath, *Law and The Shaping Of The American Labor Movement*, Harvard University Press, 1997, apéndices A y C, pp. 177-192, 199-203.

⁵ *Lawrence* v. Texas, 539 U.S. 558 (2003); *Roe* v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); *Brown* v. Bd. of Educ., 374 U.S. 483 (1954).

Argumentos para tal efecto han sido escuchados antes y con frecuencia. Surgen de forma natural respecto a una práctica de este tipo. En la teoría política liberal, la supremacía legislativa se asocia comúnmente con el autogobierno⁶ popular, y los ideales democráticos necesariamente generan una relación incómoda a cualquier práctica que diga que los legisladores electos han de operar sólo bajo la tolerancia de jueces no electos democráticamente. Alexander Bickel resumió este asunto en su bien conocida expresión: “la dificultad contra-mayoritaria”⁷. Podemos tratar de mitigar esta dificultad, sostiene Bickel, al mostrar que los procedimientos legislativos existentes no representan perfectamente la voluntad popular o mayoritaria. Pero, continuó,

“nada en las complejidades y perplejidades adicionales del sistema, que la ciencia política moderna ha explorado con una labor admirable e ingeniosa, y algunas de las cuales ha tendido a multiplicar con fertilidad que supera el mero entusiasmo de descubrimiento –nada en estas complejidades puede alterar la realidad esencial de que el control judicial es una institución anormal en la democracia estadounidense”⁸.

En países que no permiten que la legislación sea invalidada en esta manera, el pueblo por sí mismo puede decidir finalmente, por procedimientos legislativos ordinarios, si desean permitir el aborto, la acción afirmativa, ciertos vouchers escolares o el matrimonio homosexual. Pueden decidir entre ellos si han de tener leyes que castiguen el odio racial o que restrinjan el gasto de los candidatos en elecciones. Si discrepan respecto de cualquiera de estos asuntos pueden elegir representantes para que deliberen y resuelvan la cuestión al votar en el órgano legislativo. Esto es lo que sucedió, por ejemplo, en Gran Bretaña durante la década de 1960, cuando el Parlamento debatió la liberalización de la ley de aborto, la legalización de la conducta homosexual entre adultos capaces de consentir, y la abolición de la pena capital⁹. En ambos casos, una amplia deliberación pública se reflejó en el serio debate en la Cámara de los Comunes. La calidad de estos debates (y otros

⁶ El *locus classicus* de este concepto se encuentra en John Locke, *The Second Treatise of Government*, en *Two Treatises of Government*, Peter Laslett ed., Cambridge University Press 1988 [1690], pp. 265, 366-367.

⁷ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 2a ed., Yale University Press, 1986, pp. 16-17 (“[E]l judicial de la legislación es una fuerza contra-mayoritaria en nuestro sistema... [C]uando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto de legislación... frustra la voluntad de los representantes del pueblo del aquí y ahora...”).

⁸ *Idem*, pp. 17-18.

⁹ Abortion Act, 1967, c. 87; Sexual Offences Act, 1967, c. 60; Murder (Abolition of Death Penalty) Act, 1965, c. 71.

similares en Canadá, Australia y Nueva Zelanda, entre otros) muestra lo absurdo que es afirmar que los legisladores son incapaces de tratar tales temas responsablemente —así como los resultados liberales de estos procedimientos levantan dudas respecto de la afirmación bien conocida que señala que las mayorías populares no respetarían los derechos de las minorías—.

En contraste, en los Estados Unidos, el pueblo o sus representantes, dentro de los legislativos estatales y federales, pueden tratar estas cuestiones si quieren, pero no tienen la certeza de que su decisión prevalecerá. Si alguien que discrepa de la decisión legislativa decide llevar el caso ante un tribunal, la visión que prevalecerá al final es la de los jueces. Como ilustra Ronald Dworkin —quien es un *defensor* del control judicial de la legislación— en las “indescifrables, controvertidas y profundas cuestiones de moralidad política que los filósofos, estadistas y ciudadanos han debatido por siglos”, el pueblo y sus representantes simplemente tienen que “aceptar los pronunciamientos de una mayoría de los jueces, cuya percepción en estos casos nos es espectacularmente especial”¹⁰.

En años recientes varios libros han aparecido atacando al control judicial de la legislación en los Estados Unidos¹¹. Por años el apoyo a esta práctica ha provenido de los liberales mientras que en la contraparte han estado los conservadores que se oponían a los derechos otorgados por los tribunales liberales. En años recientes, sin embargo, hemos visto el crecimiento de la oposición liberal al control judicial de la legislación, cuando la Corte Rehnquist¹² derogó algunos importantes logros de la política legislativa liberal. Pero del mismo modo también ha habido apasionadas defensas de la práctica¹³. El aniversario doscientos de *Marbury v. Madison* suscitó numerosas discusiones sobre sus orígenes y su legitimidad original, y el quincuagésimo aniversario de *Brown v. Board of Education* proveyó un oportuno recuerdo del

¹⁰ Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Princeton University Press, 1996, p. 74.

¹¹ Véase, e.g., Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism And Judicial Review*, Oxford University Press, 2004; Mark Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Courts*, Princeton University Press, 1999.

¹² Véase, e.g., *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000) (derogando parte de la *Violence Against Women Act*), *United States v. López*, 514 U.S. 549 (1995) (sosteniendo que el Congreso no tenía autoridad para legislar una prohibición sobre la posesión de armas dentro de cierta distancia de una escuela); véase también Mark Tushnet, “Alarmism Versus Moderation in Responding to the Rehnquist Court”, *Indiana Law Review*, vol. 78, 2003..

¹³ Véase, e.g., Dworkin, *supra* nota 10; Christopher L. Eisgruber, *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, 2001; Lawrence G. Sager, *Justice In Plainclothes: A Theory Of American Constitutional Practice*, Yale University Press, 2004.

servicio que los tribunales de la nación realizaron a mediados del siglo XX al encabezar el ataque a la segregación y a otras leyes racistas.

Así que las líneas de la batalla están trazadas, la maniobra es conocida, y las posturas de ambos lados son bien comprendidas. ¿Cuál es el objeto de la presente intervención? Por mi parte, ya he escrito bastante al respecto¹⁴. ¿Por qué otro artículo atacando el control judicial de la legislación?

Lo que quiero hacer es identificar un argumento central contra el control judicial de la legislación que sea independiente, tanto de sus manifestaciones históricas como de las cuestiones sobre sus efectos particulares –las decisiones (buenas o malas) que ha concedido, las desilusiones que ha generado y los logros positivos que ha alcanzado. Quiero enfocarme en aspectos del argumento en contra el control judicial que se diferencien de los argumentos acerca de la forma como los jueces ejercen sus poderes y el espíritu (deferente o activista) como abordan la legislación puesta ante ellos para su aprobación. Libros recientes de Mark Tushnet y Larry Kramer enredan la crítica teórica de la práctica con discusiones sobre sus orígenes históricos y sus propias perspectivas de lo que implicaría tener una Constitución como la estadounidense menos judicializada¹⁵. Esta no es una crítica a Tushnet ni Kramer. Sus libros son valiosos en gran parte por la riqueza y color que aportan a la controversia teórica. Como Mark Michelman dice en la contraportada de su *The People Themselves*, la historia de Kramer “pone carne en los huesos de los debates sobre el control judicial y el constitucionalismo popular”¹⁶. Y eso es lo que efectivamente hace. Pero yo quiero quitar un poco de la carne y reducir el argumento normativo a sus huesos desnudos de modo que podamos observar directamente al control judicial y ver sobre qué premisas se fundamenta.

¹⁴ Véase, e.g. Jeremy Waldron, *Law And Disagreement*, Oxford University Press, 1999, pp. 10-17, 211-312 (hay traducción en español: *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, 2005); Jeremy Waldron, “Deliberation, Disagreement, and Voting”, en Harold Hongju Koh & Ronald C. Slye (eds.) *Deliberative Democracy And Human Rights*, Yale University Press, 1999, p. 210 (hay traducción en español: *La democracia deliberativa y derechos humanos*, traducido por Marcelo Alegre y Paola Barballo, Barcelona: Gedisa, 2004, pp. 101-140) [en adelante, Waldron, “Deliberation, Disagreement, and Voting”]; Jeremy Waldron, “Judicial Power and Popular Sovereignty”, en Mark A. Graber & Michael Perhac (eds.), *Marbury Versus Madison: Documents And Comentary*, CQ Press, 2002, p. 181 [en adelante, Waldron, “Judicial Power and Popular Sovereignty”]; Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, [en adelante Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”].

¹⁵ Véase Kramer, *supra* nota 11; Tushnet, *supra* nota 11.

¹⁶ Frank Michelman, comentario a la contraportada en Kramer, *supra* nota 11.

Charles Black alguna vez comentó que, en la práctica, la oposición al control judicial de la legislación tiende a ser “una cosa esporádica”, con personas apoyándola respecto de los pocos casos que valoran (como *Brown* o *Roe*) y oponiéndosele solamente cuando lleva a resultados que lamentan¹⁷. En la política, el apoyo al control judicial está en ocasiones intensamente involucrado con el apoyo a decisiones particulares. Esto es notablemente cierto en el debate acerca de los derechos sobre el aborto donde se genera pánico entre los defensores pro-elección [*pro-choice*] cuando se pide considerar argumentos contra el control judicial de la legislación, por miedo a que esto conlleve consuelo y estímulo a aquellos que consideran que *Roe v. Wade* es una intromisión injustificada en los derechos de los legisladores conservadores. Espero que fijando la argumentación central contra el control judicial de la legislación, en abstracción de sus consecuencias particulares, pueda ayudar a superar parte de este pánico. Puede ser que siga ocurriendo que el control judicial sea necesario como medida protectora contra las patologías legislativas relacionadas con el sexo, raza o religión, en ciertos países. Pero aún, si esto es así, es importante averiguar cuándo ese tipo de defensa toca el corazón del asunto, o si es que debería ser considerada como una razón excepcional para abstenerse de seguir la tendencia de lo que, en muchas circunstancias, sería un argumento normativo convincente contra la práctica.

Una razón relacionada para arrancar la carne de los huesos de la crítica teórica es que el control judicial es una cuestión discutida en otros países que tienen una historia, una cultura judicial y una serie de experiencias con las instituciones legislativas diferentes de las que han tenido los Estados Unidos. Por ejemplo, cuando los británicos debaten los poderes relativamente limitados que tienen sus jueces para revisar la legislación, no se encuentran particularmente interesados en lo que los Republicanos le dijeron a los Federalistas en 1805 o en el legado de *Brown v. Board of Education*. Lo necesario es cierta comprensión general que no esté contaminada por las preocupaciones culturales, históricas y políticas de cada sociedad¹⁸.

Mis escritos al respecto han sido más abstractos que los de la mayoría. Pero me las he arreglado para discutir el control judicial de modo tal que

¹⁷ Charles L. Black, Jr., *A New Birth Of Freedom: Human Rights Named And Unnamed*, Yale University Press, 1997, p. 109.

¹⁸ De nuevo, esto no significa descartar las explicaciones más detalladas. La idea tras de este ensayo es lograr una perspectiva clara del argumento teórico y ponerla junto a nuestro entendimiento más rico de cómo el debate se despliega en, por nombrar algunos ejemplos, Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá y Sudáfrica.

es posible involucrarlo con otros asuntos de filosofía jurídica y filosofía política¹⁹. No estoy satisfecho con haber manifestado de manera clara y precisa en qué consiste la objeción básica, incluso, no considero haber dado respuestas satisfactorias a aquellos que han criticado los argumentos que presenté en *Law and Disagreement* [*Derecho y Desacuerdos*], o en otros lugares.

En este ensayo argumentaré que el control judicial de la legislación es vulnerable a ataque en dos frentes. Éste no provee, como usualmente se afirma, un medio para que la sociedad se enfoque claramente en las cuestiones reales en juego cuando los ciudadanos discrepan sobre los derechos; por el contrario, los distrae con temas secundarios acerca de precedentes, textos e interpretación. Además, es políticamente ilegítimo en lo que concierne a los valores democráticos: al privilegiar el voto mayoritario entre un pequeño número de jueces no elegidos y a quienes no se les puede exigir responsabilidad, el control judicial priva de sus derechos políticos a los ciudadanos comunes y deja de lado importantes principios de representación e igualdad política en la resolución final de asuntos acerca de derechos.

¹⁹ He cuestionado si la misma idea de derechos individuales nos compromete con el control judicial de la legislación en Waldron, “A Right-Based Critique”, *supra* nota 14. He considerado su relación con las ideas cívicas republicanas en Jeremy Waldron, “Judicial Review and Republican Government”, en Christopher Wolfe (ed.) *That Eminent Tribunal: Judicial Supremacy And The Constitution*, Princeton University Press, 2004, p. 159, su relación con la diferencia entre las concepciones benthamianas y rousseauianas de democracia en Jeremy Waldron, “Rights and Majorities: Rousseau Revisited”, en John W. Chapman & Alan Wertheimer (eds.), *Nomos XXXII: Majorities And Minorities*, 1990, 1990 [en adelante Waldron, “Rights and Majorities”], y su relación con las teorías continentales acerca de la soberanía popular en Waldron, “Judicial Power and Popular Sovereignty”, *supra* nota 14. He considerado la relación de controversia sobre el control judicial de la legislación con debates meta-éticos acerca del realismo y la objetividad de los valores en Jeremy Waldron, “The Irrelevance of Moral Objectivity”, en Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford University Press, 1992, [en adelante Waldron, “The Irrelevance of Moral Objectivity”]; y Jeremy Waldron, “The Moral Truth and Judicial Review”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, 1998 [en adelante Waldron, “Moral Truth and Judicial Review”]. He respondido a varias defensas control judicial de la legislación, que van desde el argumento del precompromiso, véase Jeremy Waldron, (ed.) “Precommitment and Disagreement”, en Larry Alexander, *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, 1999, pp. 271-300 [en adelante Waldron, “Precommitment and Disagreement”], al argumento particular realizado por Ronald Dworkin en *Freedom's Law* (cit. *supra* nota 10) acerca de la compatibilidad de este último con la democracia [Para una versión en español de este argumento, véase: Ronald Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritarista” en Ronald C. Slye y Harold Hongju Koh (eds.) *La democracia deliberativa y derechos humanos*, traducido por Marcelo Alegre y Paola Barballo, Barcelona: Gedisa, 2004, pp. 101-140, y traducido por Imer B. Flórez, incluido en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 7, 2002, p. 7-52], véase Jeremy Waldron, “Judicial Review and the Conditions of Democracy”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 6, 1998, pp. 335-355.

Procederé de la siguiente manera. En la segunda parte definiré el objetivo de mi argumento —el control judicial fuerte de la legislación— y lo distinguiré de otras prácticas que no pretendo atacar. La tercera parte establecerá algunos supuestos en los que se basa mi argumento. Mi argumento contra el control judicial no es incondicional sino que depende de ciertas características institucionales y políticas de las democracias liberales modernas. En la cuarta parte revisaré entonces el carácter del argumento que propongo. Tal argumento prestará atención a las razones relacionadas con el proceso y las razones relacionadas con los resultados, las cuales serán discutidas en las partes quinta y sexta, respectivamente. En la séptima parte expondré la falacia del argumento más común en contra de permitir que las instituciones representativas prevalezcan: que tal sistema inevitablemente resulta en la tiranía de la mayoría. Finalmente, en la octava parte, comentaré un poco sobre casos no centrales, es decir, casos donde existe razón para apartarse de los supuestos de los que depende el argumento central.

II. DEFINICIÓN DE CONTROL JUDICIAL

Comienzo con una pequeña explicación acerca de qué quiero decir por control judicial. Este es un ensayo acerca del control judicial de la legislación, no el control judicial de una acción ejecutiva o de decisiones administrativas²⁰. La cuestión que quiero tratar concierne primordialmente a la legislación promulgada por los legisladores elegidos en una comunidad política. Podría pensarse que algunos de los mismos argumentos también son aplicables a la acción ejecutiva: después de todo, el ejecutivo tiene algunas credenciales electorales propias con las cuales podría oponerse a las decisiones judiciales. Pero es casi universalmente aceptado que las credenciales electorales del ejecutivo se sujetan al principio de *legalidad* y, como resultado, los tribunales les pueden requerir a los funcionarios administrativos que actúen de acuerdo con la autorización legal²¹. La afirmación equivalente para los legisladores también se

²⁰ Gran parte del trabajo realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es control judicial de acciones ejecutivas. Algunas son revisiones judiciales de actos legislativos, y otras de hecho son revisiones judiciales de actos judiciales. Véase Seth F. Kreimer, "Exploring the Dark Matter of Judicial Review: A Constitutional Census of the 1990s", *Will and Mary Bill of Rights Journal*, vol. 5, 1997, pp. 427, 458-59, donde se defiende la afirmación de que la mayoría de las decisiones constitucionales de la Corte Suprema de los Estados Unidos se refieren a desafíos de las acciones de los burócratas de bajo nivel y no de los órganos legislativos.

²¹ Seana Shiffrin, Richard Pildes, Frank Michelman entre otros, me han instado a considerar hasta dónde mis argumentos contra el control judicial de la legislación pueden también extenderse al control judicial de la acción ejecutiva a la luz de legislación promulgada tiempo

ha propuesto. El control judicial es sólo la sujeción del legislativo a la *legalidad*. Pero en el caso del legislativo este control no ha quedado sin oposición; de hecho, es precisamente la oposición lo que nos preocupa aquí.

Hay una variedad de prácticas alrededor del mundo que podrían agruparse bajo el título general de control judicial de la legislación. Éstas podrían ser distinguidas de varias maneras. La diferencia más importante está entre lo que denominaré control judicial fuerte y control judicial débil. Mi objetivo es el control judicial fuerte²².

En un sistema de control judicial fuerte los tribunales tienen la autoridad de rehusarse a aplicar una ley en un caso particular (aun cuando la legislación en sus propios términos aplique claramente al caso) o modificar el efecto de una ley para hacer su aplicación conforme a derechos individuales (en formas que la ley misma no prevé). Además, los tribunales en este sistema tienen la autoridad de establecer como cuestión de derecho que una disposición legislativa dada no será aplicada, de manera que, como resultado del *stare decisis* y el principio de la cosa juzgada, una ley que han objetado aplicar se torna, en efecto, letra muerta. Un modo de control judicial más fuerte daría poder a los tribunales de realmente derogar completamente una parte de la legislación. Algunos tribunales europeos tienen esta autoridad²³. Pareciera que los tribu-

antes o legislación cuyas disposiciones requieren interpretación extensiva por parte de los tribunales. Claramente es necesario tratar más el tema. Dedicarse al tema, en este sentido, podría ser considerado, ya sea, una *reductio ad absurdum* de mi argumento o una atractiva aplicación del mismo.

²² La distinción entre control judicial fuerte y débil es distinta de la cuestión de la supremacía judicial. Esta última refiere a una situación en la cual (1) los tribunales resuelven asuntos importantes para la totalidad del sistema político, (2) aquellas resoluciones son tratadas como absolutamente vinculantes sobre todos los actores en el sistema político, y (3) los tribunales no defieren las proposiciones asumidas sobre estos asuntos a otras ramas (ni siquiera en la medida en que defieren a sus propias decisiones pasadas bajo el limitado principio de *stare decisis*). Véase Barry Friedman, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy", *N.Y.U. Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 333, 352 y n. 63; Jeremy Waldron, "Judicial Power and Popular Sovereignty", *supra* nota 14, pp. 191-98.

²³ Véase Mauro Capelletti & John Clarke Adams, "Commentary to *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation*", *Harvard Law Review*, vol. 79, 1966, pp. 1207, 1222-23. Hay más complicaciones con respecto a si la ley declarada inválida se considera inválida desde el momento de su aprobación.

nales estadounidenses no la tuvieron²⁴, pero el efecto real de su autoridad no es lejano de ella²⁵.

En contraste, en un sistema con control judicial débil, los tribunales pueden escrutar la legislación respecto de su conformidad con los derechos individuales, aunque ellos no podrían abstenerse de aplicarla (o moderar su aplicación) simplemente porque los derechos de otro modo serían violados²⁶. Sin embargo, el escrutinio podría tener algún efecto. En el Reino Unido, los tribunales pueden revisar la legislación con miras a emitir una “declaración de incompatibilidad” en caso de que “el tribunal se encuentre convencido de que la disposición es incompatible con un derecho de la Convención” —i.e., con uno de los derechos establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos, incorporada al derecho británico a través del *Human Rights Act*. El *Act* prevé que dicha declaración “no afecta la validez, continua operación, o aplicación de la disposición respecto de la que es dada; y... no es obligatoria para las partes de los procedimientos en la cual se realiza”²⁷. No obstante, sí tiene un efecto. Un ministro podría utilizar tal declaración como autorización para iniciar un proceso legislativo acelerado para remediar la incompatibilidad²⁸. (Este es un poder que el ministro no tendría sin el proceso de control judicial que condujo a la declaración en primer lugar).

²⁴ El asunto no es claro. En apoyo a la afirmación que la legislación inconstitucional no está completamente derogada, considérese *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), en el cual, la Corte Suprema por mayoría sostuvo que una ley federal (18 U.S.C. §3501) que pretendía hacer admisibles a las confesiones voluntarias, aun cuando no había una prevención *Miranda*, era inconstitucional. Las palabras finales del salvamento de voto del juez Scalia parecieran indicar que la legislación que la Corte Suprema encuentra inconstitucional queda disponible para referencia judicial. El juez Scalia dijo: “Disiento de la decisión tomada hoy y, hasta que §3501 sea derogada, continuará aplicándose en todos los casos en que se pueda probar sosteniblemente que la confesión del acusado ha sido voluntaria”. *Idem*, en p. 464. Una idea contraria parece aparecer en *McCorvey v. Hill*, 385 F.3d 846, 849 (5° Cir. 2004), en la que el Quinto Circuito sostuvo que la legislación sobre el aborto de Texas cuestionada en *Roe v. Wade* debe ser considerada como derogada por implicación. No obstante, una lectura minuciosa del caso muestra que la derogación implícita fue tenida como efectuada por la legislación de Texas que regulan el aborto posterior a *Roe*, no por la decisión de *Roe* en sí misma. (Agradezco a Carol Sanger por esta referencia.)

²⁵ Véase Richard H. Fallon, Jr., “Commentary ‘As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing’”, *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000, pp. 1321, 1339-40.

²⁶ Véase Stephen Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, p. 707.

²⁷ Human Rights Act, 1998, c. 42, § 4(2), (6).

²⁸ *Idem*, §10.

Un modo de control judicial incluso más débil no daría a los jueces ni siquiera tal autoridad. Como sus contrapartes británicas, los tribunales neozelandeses podrían no objetar la aplicación de la legislación cuando viola derechos humanos (en Nueva Zelanda los derechos están reconocidos en la *Bill of Rights* de 1990²⁹), pero podrían tratar de encontrar interpretaciones que eviten la violación³⁰. Aunque los tribunales en ese país han indicado que pueden estar preparados, cuando se presente la ocasión, para emitir declaraciones de incompatibilidad por iniciativa propia, tales declaraciones en Nueva Zelanda no tienen ningún efecto jurídico en el proceso legislativo³¹.

Hay algunos casos intermedios. En Canadá existe una disposición respecto del control de la legislación por parte de los tribunales, los cuales, como sus contrapartes en los Estados Unidos, pueden decidir no aplicar legislación nacional o provincial si viola las disposiciones de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Pero la legislación canadiense (provincial o nacional) puede promulgarse de forma tal que sea aislada del escrutinio –las asambleas canadienses podrían legislar “no obstante” [*notwithstanding*] los derechos en la Carta³²–. Sin embargo, en la práctica la cláusula “derogatoria” rara vez es invocada³³. Por ende, en lo que procede, contaré el arreglo canadiense como una modalidad fuerte de control judicial de la legislación, con

²⁹ New Zealand Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. No. 109, § 4 (“Ningún tribunal deberá, en relación a cualquier promulgación [ya sea aprobada antes o después de la vigencia de esta Declaración de Derechos], ... [s]ostener que cualquier disposición de la promulgación ha sido derogada o revocada implícitamente, o que es de cualquier modo inválida o no efectiva; o... [d]eclinarse a aplicar cualquier disposición de la promulgación – basándose solamente en que la disposición sea inconsistente con cualquier disposición de esta Declaración de Derechos.”).

³⁰ *Idem*. § 6 (“Cuando sea posible otorgar a una promulgación un significado que sea consistente con los derechos y libertades contenidas en esta *Bill of Rights*, tal significado habrá de ser preferido a cualquier otro.”).

³¹ Véase *Monnen v. Film & Literature Bd. Of Review*, [2000] 2 N.Z.L.R. pp. 9, 22-23 (C.A.).

³² Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11, § 33(1)-(2) (U.K.) El texto completo de la disposición señala:

(1) El Parlamento o el órgano legislativo de alguna provincia puede expresamente declarar en una ley del Parlamento o del órgano legislativo, según sea el caso, que la ley o disposición de la misma deberá operar a no obstante de una disposición incluida en la sección 2 o de las secciones de la 7 a 15 de esta Carta.

(2) Una ley o disposición de una ley en relación con la cual una declaración hecha bajo esta sección esté en efecto gozará de la misma operación que tendría si no hubiera sido promulgada a través la disposición de esta Carta referida en la declaración.

³³ Cuando ha sido invocada, ha sido sobre todo en el contexto de la política *québécois*. Véase Tsvi Kahana, “The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from

su vulnerabilidad respecto de mi argumento sólo ligeramente afectada por la disponibilidad formal de la anulación³⁴.

Una segunda distinción entre estos tipos de control judicial presta atención a la posición de los derechos individuales en el sistema constitucional de una sociedad. En los Estados Unidos la legislación es escrutada para verificar su conformidad respecto de los derechos individuales establecidos en la Constitución. El control judicial orientado hacia los derechos es parte integral del control constitucional en general y los tribunales derogan legislación por violaciones a los derechos individuales, en exactamente el mismo espíritu en que derogan legislación por violaciones a los principios del federalismo o de la

the Ignored Practice of Section 33 of the Charter”, *Canadian Public Administration*, vol. 44, 2001, p. 255-291.

³⁴ Jeffrey Goldsworthy ha sugerido que la cláusula “derogatoria” provee una respuesta suficiente para los que nos preocupamos sobre bases democráticas de la práctica judicial del control de la legislación fuerte. Jeffrey Goldsworthy, “Judicial Review, Legislative Override, and Democracy”, *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003, pp. 451, 454-459. Según dice, no importa que la disposición sea raramente utilizada:

[S]eguramente ésta que es una prerrogativa democrática del electorado, una que Waldron se encontraría obligado a respetar. Él no podría objetar que un electorado ingenuo es propenso a ser engañado por la ilosoria objetividad de los derechos constitucionalizados, o deslumbrados por el misticismo de la judicatura –por una fe inocente en las habilidades jurídicas de los jueces, su sabiduría superior e imparcialidad–. Esa objeción reflejaría precisamente la misma carencia de fe en la capacidad del electorado de un autogobierno iluminado que motive a los proponentes de derechos promulgados constitucionalmente.

Idem, pp. 456-457. Considero que el verdadero problema es que la sección 33 requiere que el órgano legislativo represente mal su posición sobre los derechos. Legislar “no obstante” la Carta es un modo de decir en el que uno no considera que los derechos de la Carta tienen la importancia que la Carta dice que tienen. Pero la distinción característica entre los tribunales y los órganos legislativos no involucra a un grupo de personas (jueces) que consideran que los derechos de la Carta son importantes y otro grupo de personas (legisladores) que no. Lo que usualmente involucra es grupos de personas (mayorías y minorías legislativas, y minorías y mayorías judiciales), todos quienes consideran que los derechos de la Carta son importantes, aunque discrepan acerca de cómo han de entenderse los derechos relevantes. Goldsworthy señala lo siguiente:

Cuando se espera que el poder judicial... discrepe con el legislativo sobre el significado y efecto “verdaderos” de las disposiciones de la Carta, el legislativo no puede asegurarse de que su visión prevalecerá sin que parezca que anula a la Carta misma. Y ello es vulnerable a la objeción políticamente letal acerca de que el órgano legislativo es abierta y auto-confesamente subvirtiendo los derechos constitucionales.

Idem, p. 467. En todo caso, tal vez no hay forma de palabras que puedan evitar esta dificultad. Como cuestión de política práctica, el legislativo está siempre de algún modo la merced de las declaraciones públicas de los tribunales acerca del significado de la Declaración o Carta de Derechos de la sociedad. Agradezco a John Morley por esta observación.

separación de poderes³⁵. Esto otorga a las defensas estadounidenses del control judicial un estilo particular. Aunque las defensas filosóficas de la práctica son comúnmente formuladas en términos de la particular destreza de la judicatura al lidiar con proposiciones acerca de derechos, en realidad ese argumento es subordinado a una defensa del rol estructural que los tribunales deben realizar en mantener las normas de la Constitución. A veces estas dos defensas son consistentes; en otras ocasiones, son disímiles. Por ejemplo, el textualismo puede parecer apropiado para las cuestiones estructurales, pero puede verse fácilmente porqué es inapropiado para pensar sobre los derechos, incluso cuando los derechos se encuentran en un texto autoritativo³⁶. En otros países el control judicial ocurre respecto de una declaración de derechos que no es específicamente designada como parte (estructural) de la Constitución. Un ejemplo es el control judicial débil respecto del *Human Rights Act* del Reino Unido. Puesto que la mayoría de los casos de control judicial fuerte se encuentran asociados con el control de constitucionalidad, debo enfocarme en estos casos. Pero es importante recordar, tanto que un acercamiento orientado hacia las restricciones estructurales puede no ser particularmente apropiado como fundamento para pensar sobre los derechos, como que el punto adicional que muchos de los desafíos del control judicial orientado hacia los derechos, también pueden plantearse a otras formas de control de constitucionalidad. En años recientes, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha anulado legislación por entrar en conflicto con la perspectiva de la propia Corte acerca del federalismo³⁷. Ahora, todos reconocen que ese país está gobernado sobre bases bien distintas respecto a la relación entre estados y gobierno central de lo que era a finales del siglo XVIII, cuando gran parte del texto constitucional fue ratificado, o de mediados del siglo XIX, cuando el texto acerca de la estructura federal fue modificado por última vez de forma considerable. No obstante, las opiniones difieren respecto de cuáles deberían ser las bases de las relaciones estatales-federales. El texto de la Constitución no resuelve el problema, el cual se resuelve, en cambio, a través de la votación de los jueces —algunos votando por una concepción de federalismo (que encuentran en la Constitución), los otros por otra, y prevalece cualquiera sea la postura que obtenga más votos en la Corte—. No queda claro que esto sea un fundamento apro-

³⁵ La defensa judicial más famosa del control judicial de constitucionalidad, *Marbury v. Madison*, no tuvo nada que ver con derechos individuales. Ella se refería al poder del Congreso para designar y remover jueces de paz.

³⁶ Véase Dworkin, *supra* nota 3, pp. 11-18; Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2da ed., Hart Publishing, 2005, pp. 156-157.

³⁷ Véase, e.g., *supra* nota 12.

piado para el establecimiento de los términos estructurales de asociación entre un pueblo libre y democrático³⁸.

Una tercera distinción se encuentra entre el control *a posteriori* del tipo estadounidense —que acontece en el contexto de procedimientos jurídicos particulares, a veces mucho tiempo después de que la legislación ha sido promulgada— y el control legislativo *ex ante* realizado por un tribunal constitucional especialmente creado para realizar una evaluación abstracta de una propuesta legislativa en las etapas finales de su promulgación³⁹. Hay dudas acerca de cómo entender la revisión *ex ante*. Algo que equivale en efecto en la etapa final de un proceso legislativo multicameral, con el tribunal operando como un senado tradicional, no es realmente control “judicial” (aunque el argumento en contra de otorgar poder a un cuerpo colegiado no electo es, en este sentido, muy similar)⁴⁰. No diré mucho al respecto. Para algunas defensas del control judicial el carácter *a posteriori* en este ejercicio —que se encuentra arraigado en casos particulares⁴¹— es importante, y me concentraré en esto.

Una cuarta distinción está relacionada con la tercera. El control judicial puede realizarse por tribunales ordinarios (como en el caso de Massachusetts con el que comenzamos) o por tribunales constitucionales especializados. Esto puede ser relevante para el argumento que plantearé posteriormente: la habilidad de los jueces dentro de la jerarquía común de los tribunales para razonar acerca de derechos es exagerada cuando gran parte de la disci-

³⁸ La necesidad de un control judicial que vigile los límites estructurales sobre las asignaciones de la autoridad entre los órganos legislativos estatales y federales es comúnmente citada (oportunistamente) por los defensores de las limitaciones basadas en derechos a los legislativos. Ellos dicen, “los órganos legislativos están sujetos al control judicial por razones federalistas de todas formas. Entonces, ¿por qué no explotar esa práctica para desarrollar un control judicial basado en derechos también?” Mi análisis sobre la descabildad de un control judicial basado en derechos será pertinente para este tipo de argumentos oportunistas híbridos.

³⁹ Algunos sistemas del primer tipo hacen espacio para decisiones de asesoría *ex ante* en circunstancias limitadas. Por ejemplo, en Massachusetts, “[c]ada ramo del órgano legislativo, al igual que el gobernador del consejo, debería tener autoridad para solicitar las opiniones de los magistrados del tribunal judicial superior, respecto de cuestiones importantes de Derecho, y en ocasiones solemnes.” Massachusetts Constitution pt. II, cap. III, art. II (enmendada en 1964). El procedimiento fue utilizado en los meses posteriores a la decisión Goodridge, discutida al inicio de este ensayo. En *Opinions of Justices to the Senate*, 802 N.E. 2^a p. 565 (Mass. 2004), la Corte Suprema Judicial de Massachusetts sostuvo que una disposición legislativa respecto de la uniones civiles para parejas del mismo sexo, que también prohibía la discriminación en contra de esposos civilmente unidos, no sería suficiente para evitar la objeción constitucional a la prohibición sobre matrimonios del mismo sexo señalado en *Goodridge*.

⁴⁰ Véase Jeremy Waldron, “Eisgruber’s House of Lords”, *USF Law View*, vol. 37, 2002..

⁴¹ Véase *infra* Sección V.1.

plina de juzgar, distrae su atención de la consideración directa de argumentos morales. Posiblemente un tribunal constitucional especializado pueda realizar una mejor labor, aunque la experiencia sugiere que también puede llegar a preocuparse del desarrollo de sus propias doctrinas y precedentes de modo que imponga un filtro distorsionador sobre el razonamiento basado en los derechos que considera.

III. CUATRO SUPUESTOS

Debo presentar algunos supuestos para enfocar mi argumento y para distinguir el caso central donde la objeción al control judicial se muestra de forma más clara, de los casos no centrales donde el control judicial puede considerarse apropiado como una disposición anómala para tratar con patologías especiales⁴².

Algunos lectores podrían considerar que algunos de estos principios son una petición de principio, pero no estoy intentando ningún tipo de subterfugio aquí. La razón para comenzar con estos supuestos será evidente en la medida que avancemos y la posibilidad de casos no centrales, entendidos como casos donde uno o más de estos supuestos no se sostienen, es libremente reconocida y será considerada en la parte VIII. En efecto, mi aseveración será que el argumento contra el control judicial es condicional; si alguna de las condiciones no se cumple, el argumento no será sostenible⁴³. Permítaseme añadir que parte de lo que busco combatir en este ensayo es un tipo de mentalidad de resultado sobre el tema del control judicial de la legislación⁴⁴. Creo que algunos lectores verán rápidamente a través de mis supuestos para encontrar algo que no es aplicable, por ejemplo, a las sociedades estadounidenses o británicas, tal como ellos las entienden, lo que los llevará a ignorar el argumento central por completo. Lo que les importa es que el control judicial sea defendido y desafiado en su perspectiva externa, no les importa particularmente cómo. Este es un enfoque desafortunado. Es mejor tratar y entender las bases de la objeción central y ver si es válida

⁴² Estos supuestos son adaptados de aquellos presentados en Jeremy Waldron, "Some Models of Dialogue Between Judges and Litigators", *Supreme Court Law Review*, vol. 23, 2004, pp. 7, 9-21.

⁴³ Véase *infra* texto que acompaña la nota 136.

⁴⁴ Para una crítica general sobre la mentalidad "resultadista" [bottom-line mentality] en la filosofía política, véase Jeremy Waldron, "What Plato Would Allow", en Ian Shapiro & Judith Wagner DeCew (eds.), *Nomos XXXVII: Theory And Practice*, 1996.

en sus propios términos, antes de proceder a examinar los casos donde, por alguna razón, su aplicación pueda resultar problemática.

Concédaseme exponer resumidamente los cuatro supuestos que plantearé. Vamos a imaginar una sociedad con (1) instituciones democráticas con un funcionamiento razonablemente correcto, incluyendo un legislativo representativo elegido con base en el sufragio universal de los adultos; (2) un conjunto de instituciones judiciales, de nuevo, con un funcionamiento razonablemente correcto, establecido en bases no-representativas para escuchar demandas jurídicas individuales, resolver disputas y mantener el imperio de la ley (*rule of law*); (3) un compromiso de parte de la mayoría de los miembros de la sociedad, y de sus funcionarios, con la idea de los derechos individuales y de las minorías; y (4) un desacuerdo persistente, substancial y de buena fe acerca de los derechos (por ejemplo, acerca del alcance del compromiso con los derechos y cuáles son sus implicaciones) entre los miembros de la sociedad que están comprometidos con la idea de los derechos.

Argumentaré que, respecto a estos supuestos, la sociedad en cuestión debe resolver sus desacuerdos acerca de los derechos que sus miembros tienen utilizando sus instituciones legislativas. Si estos supuestos se sostienen, la argumentación para consignar dichos desacuerdos en los tribunales judiciales para la resolución final es débil e inconvincente y no hay necesidad de que las decisiones acerca de los derechos realizadas por los legisladores sean cuestionadas por los tribunales. Argumentaré que permitir que las decisiones de los tribunales anulen las decisiones legislativas en estas cuestiones no satisface criterios importantes de legitimidad política. Permítaseme primero elaborar mis cuatro supuestos.

1. *Instituciones democráticas*

Asumo que la sociedad que estamos considerando es una sociedad democrática y que, como la mayoría en el mundo moderno occidental, ha luchado a través de varias formas de monarquía, tiranía, dictaduras o dominación colonial, hacía una situación en la que sus leyes y políticas públicas son establecidas por el pueblo y sus representantes que trabajan mediante instituciones electivas. Esta sociedad tiene un amplio sistema político democrático con sufragio universal de los adultos y un legislativo representativo, cuyas elecciones son realizadas en condiciones equitativas y regulares temporalmente⁴⁵. Asumo que este legislativo es un cuerpo ampliamente deli-

⁴⁵ Por ende, la aplicación de mi argumento a las sociedades no democráticas, o sociedades cuyas instituciones difieren radicalmente de estas formas, no es una materia discutida en este ensayo.

berativo, acostumbrado a tratar temas complicados, incluyendo cuestiones importantes de justicia y política social. Los legisladores deliberan y votan sobre asuntos públicos, y los procedimientos para legislar son complejos y responsables⁴⁶, e incorporan varias salvaguardas, tales como el bicameralismo⁴⁷, comités robustos de escrutinio, y múltiples niveles de consideración, debate y votación. Asumo que estos procesos conectan al mismo tiempo formalmente (a través de audiencias públicas y procesos de consulta) e informalmente con amplios debates en la sociedad. Los miembros del legislativo se consideran a sí mismos como representantes, en varios sentidos, algunas veces haciendo claves los intereses y opiniones de sus constituyentes dentro de su propia participación, a veces pensando más en términos de representación virtual de intereses y opiniones de la sociedad como un todo. Asumo también que existen partidos políticos y que las afiliaciones partidistas de los legisladores son claves para que tome una posición que sea más amplia que los intereses y opiniones de sus constituyentes inmediatos.

Nada de esto pretende ser controversial, resume la manera cómo operan usualmente los legislativos democráticos. En general, estoy asumiendo que las instituciones democráticas se encuentran en un razonable buen funcionamiento. Podrán no ser perfectas y posiblemente existen debates actuales sobre cómo podrían perfeccionarse. Asumo que esos debates son realizados bajo una cultura de la democracia, evaluando responsablemente la deliberación y la igualdad política. El segundo de esos valores –igualdad política– amerita un énfasis particular. Asumo que las instituciones, procedimientos y prácticas de legislación se encuentran bajo constante revisión desde esta perspectiva, de modo que si se perciben inequidades de representación que menosprecian seriamente el ideal de igualdad política, se comprende en la sociedad que ésta es una crítica apropiada y que, de ser necesario, el legislativo y el sistema electoral deberán ser cambiados para remediarlo. Y asumo que el legislativo es capaz de organizar semejante cambio, ya sea por iniciativa propia o por referéndum⁴⁸.

⁴⁶ Véase Jeremy Waldron, “Legislating with Integrity”, *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003.

⁴⁷ El supuesto sobre la bicameralidad podría parecer problemático. Existe en el mundo un número significativo de legislativos unicamerales que funcionan bien, más notablemente en los países escandinavos: Dinamarca, Noruega y Suecia. Pero los arreglos unicamerales pueden fácilmente exacerbar otras patologías legislativas. Para un argumento de que esto ha sucedido en Nueva Zelanda, de forma tal que podría sacar a ese país del beneficio del argumento desarrollado en este ensayo, véase Jeremy Waldron, “Compared to What? – Judicial Activism and the New Zealand Parliament”, *New Zealand Law Journal*, 2005, p. 441.

⁴⁸ Se dice a veces que las instituciones electivas son incapaces de reformarse a sí mismas puesto que los legisladores tienen un interés atrincherado en el *statu quo*. Esto puede ser cierto sobre algunas patologías de los acuerdos electorales y legislativos en los Estados Unidos.

Apelo sobre estos puntos acerca de la cultura democrática y electoral y las instituciones legislativas en un razonablemente buen funcionamiento puesto que serán centrales al argumento que sigue. La estructura inicial del argumento consistirá en realizar la siguiente pregunta. Una vez que hemos postulado el primer supuesto, ¿qué razón puede existir para querer establecer un proceso no-electoral para revisar, y a veces invalidar, el trabajo que ha realizado el legislativo? Por otro lado, no deseo dar por sentado el punto de partida de este supuesto inicial. Lo balancearé inmediatamente con el supuesto de que la sociedad que estamos postulando también tiene tribunales con buen funcionamiento —este será el segundo supuesto— y que hacen razonablemente bien lo que los tribunales hacen. La sociedad que estamos contemplando tiene lo necesario para tener un sistema de control judicial de la legislación, si es que el control judicial se puede mostrar como apropiado.

Una nota de precaución: cuando digo que las instituciones se encuentran en buen funcionamiento, no estoy asumiendo que la legislación que promulga el legislativo razonablemente democrático es, por tanto y ampliamente, buena y justa, en cuanto a su contenido se refiere. Asumo que parte de la legislación es justa y otra parte injusta (las personas discreparán acerca cuál es cual), y esto es verdad tanto de las medidas que podrían ser concebidas como sujetas de control judicial de la legislación, como de las medidas que nadie propone sean sujetas a control judicial. Todo lo que he dicho acerca de los arreglos legislativos y electorales que se encuentran en buen funcionamiento se aplica para los valores del proceso más que para los valores del resultado. En la Parte VI, sin embargo, expondré más acerca del tipo de razonamiento que esperaríamos observar en un proceso de este tipo.

2. *Instituciones judiciales*

Asumo que la sociedad que estamos considerando tiene tribunales —esto es, un poder judicial bien establecido y políticamente independiente, de nuevo, que funciona bien y que ha sido establecido para escuchar de-

(Pero las cuestiones donde esto mayormente cierto en los Estados Unidos son aquellas en las que los tribunales escasamente se han atrevido a intervenir—considérese, por ejemplo, la desgraciada condición de la redistribución de distritos electorales estadounidense.) Esto es evidentemente falso en otros lugares. En Nueva Zelanda, por ejemplo, en 1993, el legislativo promulgó estatutos cambiando el sistema parlamentario de representación de un colegio uninominal a un sistema de representación proporcional, de modo que alteró los patrones existentes que le incumbían. Véase Electoral Act 1993, 1993 S.N.Z No. 87; Electoral Referendum Act 1993, 1993 S.N.Z No. 86.

mandas, resolver disputas y mantener el imperio de la ley. Asumo que estas instituciones se encuentran ya autorizadas para abordar el control judicial de acciones ejecutivas, contrastándolas con la legislación y las normas constitucionales. Asumo que, a diferencia de las instituciones referidas en la sección anterior, los tribunales son en gran medida instituciones no electas o representativas. Con esto quiero decir no sólo que el cargo judicial no es (en gran parte) un cargo electivo, sino también que el poder judicial no se encuentra permeado por el carácter distintivo de las elecciones, la representación y la responsabilidad electoral, cómo sí se encuentra el legislativo. Varios defensores del control judicial consideran esto como una gran ventaja, ya que los tribunales pueden deliberar sobre cuestiones de principios sin ser distraídos por la presión popular y por ser invulnerables a la ira pública. A veces, sin embargo, cuando es necesario refutar la cuestión democrática contra el control judicial de la legislación, los defensores de esta práctica señalarán orgullosamente a los Estados donde los jueces son elegidos [democráticamente]. Esto sucede en algunos estados de los Estados Unidos. Pero aun cuando los jueces son elegidos, los asuntos de los tribunales no son gestionados de acuerdo con el carácter distintivo de la representación y la responsabilidad electoral, como sí lo son los asuntos del legislativo.

Asumiré que, en la sociedad que estamos considerando, los tribunales son capaces de realizar las funciones que les serían asignadas bajo la práctica del control judicial de constitucionalidad. Ellos podrían revisar la legislación; la pregunta es si deberían, y en caso afirmativo, si sus determinaciones deberían ser finales y obligatorias para las ramas representativas del gobierno. Asumo, no obstante, que si se les asigna esta función, la realizarán como los tribunales característicamente realizan sus funciones. Existe una inmensa literatura sobre el control judicial bajo el carácter específico del proceso judicial y sobre las tareas labor para las cuales los tribunales parecen ser, o no ser, institucionalmente competentes⁴⁹. No quiero profundizar mucho al respecto aquí. Como indiqué previamente, asumiré que estamos tratando con tribunales (1) que no actúan sobre su propia iniciativa o por referencia abstracta, sino que responden a demandas particulares expuestas por litigantes particulares; (2) que tratan con cuestiones en el contexto de presentación binaria y adversarial; y (3) que elaboran sus propias decisiones y se refieren a sus propias decisiones pasadas sobre cuestiones que pa-

⁴⁹ Véase, e.g., Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey (eds.), Foundations Press, 1994, pp. 640-47; Lon L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978.

recen relevantes al caso en turno. Además, supongo una jerarquía común de tribunales, con disposiciones que regulan las apelaciones, y con cuerpos colegiados más amplios (posiblemente cinco o nueve jueces) que resuelven los casos en el nivel de apelación más alto, con tribunales inferiores que en general deben seguir las direcciones señaladas por los tribunales superiores en la resolución de los asuntos que son puestos en su consideración.

En algunas sociedades los jueces son entrenados especial y separadamente; en otras, son elegidos de las filas de eminentes abogados y juristas. En cualquier caso, asumo que tienen un estatus alto en el sistema político y una posición que los aísla de presiones políticas específicas. Entre otros aspectos, asumo que son un caso típico de los miembros con alto estatus y bien educados de su sociedad. Esto es importante por dos razones. Primero, puesto que la sociedad se enorgullece en ser altamente democrática, he de asumir que los jueces comparten algo de ese orgullo y por ende están conscientes de la legitimidad de su propia actividad del control judicial de la legislación. Esto puede afectar cómo ejercen su autoridad⁵⁰. Segundo, aunque es probable que los jueces estén tan comprometidos con los derechos como cualquiera en la sociedad, asumo que como los otros miembros de la sociedad, los jueces discrepan entre sí acerca del significado y las implicaciones de los derechos individuales y de las minorías. Es decir, asumo que están sujetos a mi cuarto supuesto acerca del desacuerdo sobre los derechos y que esto también afecta la forma como ejercen los poderes del control judicial (si es que los tienen). Específicamente, al igual que los legisladores, se deben desarrollar modalidades para la toma de decisiones para los tribunales colegiados cuyos miembros discrepan acerca de los derechos. El procedimiento para la toma de decisiones utilizado más comúnmente es el voto por mayoría simple. En la sección VI abordaré la cuestión de si este es un procedimiento apropiado para ser utilizado por los jueces.

3. *Un compromiso con los derechos*

Asumo que existe un fuerte compromiso en la mayor parte de los miembros de la sociedad que estamos contemplando con la idea de derechos individuales y de las minorías. Aunque crean en la búsqueda del bien común bajo alguna concepción utilitaria amplia, y aunque crean en la regla de la mayoría como un principio general para la política, ellos aceptan que los

⁵⁰ Véase Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process*, University of Chicago Press, 1980 (discutiendo la legitimidad de la Corte Suprema en este contexto); Véase también *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. pp. 833, 864-69 (1992) (igual).

individuos tienen ciertos intereses particulares y están legitimados a ciertas libertades que no deberían ser negadas simplemente porque negarlas sería lo más conveniente para la mayoría. Ellos consideran que las minorías están legitimadas a cierto grado de apoyo, reconocimiento y aislamiento que no es necesariamente garantizado por sus números o por su peso político.

Los detalles de la teoría de los derechos prevalente no han de detenernos aquí. Asumo que el amplio compromiso de esta sociedad con los derechos involucra una consciencia acerca del consenso mundial sobre los derechos humanos y sobre la historia del pensamiento referente a los derechos⁵¹. Asumo que este compromiso es un consenso viviente que se desarrolla y evoluciona mientras los defensores de los derechos dialogan acerca de los derechos que tienen y de lo que implican. Asumo que el compromiso con los derechos no es simplemente palabrería y que los miembros de las sociedad se los toman en serio; les importan los derechos, mantienen su visión sobre los derechos y los de otros bajo una constante reflexión y debate vívido, y están alertas de la problemática de los derechos respecto de todas las decisiones sociales que se encuentran bajo el escrutinio o discusión en su medio.

No hay duda que existen escépticos acerca de los derechos en toda sociedad, pero asumo que esta posición es atípica. Algunos rechazan los derechos así como rechazan toda la moralidad política; otros rechazan los derechos porque sostienen doctrinas utilitaristas, socialistas u otras que los repudian por (lo que pretenden ser) buenas razones de moralidad política —es decir, los derechos son muy individualistas o su fuerza vencedora socava la búsqueda racional de la eficiencia, o lo que sea—. Sin embargo, asumo que el respeto general por los derechos de los individuos y las minorías es una parte importante de un amplio consenso en la sociedad, una parte del órgano más prevalente de opinión política y, ciertamente, una parte de la ideología oficial.

Para hacer este tercer supuesto más concreto, debemos asumir también que la sociedad aprecia los derechos lo suficiente como para impulsar la adopción de una carta de derechos oficial o una declaración de derechos del tipo común. He de referirme a estos instrumentos a lo largo del ensayo como “Carta de Derechos” de la sociedad. Se supone que esto corresponde, por ejemplo, a las disposiciones referentes a derechos en la Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas, la Carta de Derechos y Libertades de

⁵¹ Esto es así incluso cuando tal consciencia no involucra mucho más que un vago entendimiento de que las convenciones de derechos humanos han venido surgiendo en el mundo desde 1945, y cuya historia data al tipo de concepciones de derecho natural aludidas en documentos tales como la Declaración de Independencia de los EEUU de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia de 1789.

Canadá, la Convención Europea de Derechos Humanos (como incorporada, digamos, al Derecho británico en la *Human Rights Act*), o la *Human Rights Act* de Nueva Zelanda. Aquellos familiarizados con estos últimos ejemplos reconocerán que no estoy asumiendo que la Carta de Derechos está ligada o es parte de una Constitución escrita. Quiero dejar ese punto abierto. Todo lo que asumo es que en esta etapa una Carta de Derechos ha sido promulgada para expresar el compromiso de una sociedad con los derechos. Por ende pudo haber sido promulgada en el pasado bajo la propia iniciativa de la sociedad, o pudo haber sido producto de la imitación o pudo ser parte de la realización de las obligaciones del país bajo el Derecho de los derechos humanos.

Los lectores podrán encontrarse perplejos por estos supuestos. Por un lado, parece que arguyo en contra de mi interés, inclinando la balanza a favor del control judicial al asumir una Carta de derechos. Por otro lado, podría parecer que se deviene algún tipo de truco. Los lectores podrán estar al tanto de que en el pasado argüí que el control judicial no debería ser entendido como una confrontación entre los defensores de los derechos y los opositores de los derechos, sino como una confrontación entre dos visiones diferentes acerca de los derechos⁵². Lo que quiero enfatizar en respuesta a ambas observaciones es que existe una distinción tanto en el nivel cultural como en el institucional entre el compromiso con los derechos (aun un compromiso escrito con los derechos) y cualquier forma institucional particular (e.g., control judicial de la legislación) que tal compromiso pueda asumir. Estoy cansado de escuchar que los oponentes del control judicial sean denigrados como si fuesen escépticos de los derechos. La mejor respuesta es erigir el argumento a favor del control judicial sobre la base de un compromiso fuerte y penetrante con los derechos.

Este tercer supuesto define como casos no-centrales a las sociedades en las que el compromiso con los derechos es tenue y frágil. Podría parecer extraño o injusto proceder de esta manera, puesto que los defensores del control judicial a veces sostienen que necesitamos que la práctica ayude a apuntalar nuestro compromiso con los derechos, a enseñar a los participantes en una nueva democracia el valorar los derechos o a otorgar garantías para las minorías que podrían no encontrarse en un sistema puro de la regla de la mayoría. Tales argumentos son interesantes, pero no llegan al corazón de la argumentación que se hace a favor del control judicial en países como Estados Unidos, Gran Bretaña o Canadá. En estos países se nos dice que el control judicial es un modo apropiado de institucionalizar o administrar el

⁵² Véase Waldron, "A Right-Based Critique", *supra* nota 14, pp. 28-32, 34-36.

compromiso existente de una sociedad con los derechos. Esas formulaciones deberían ser tomadas al pie de la letra, ello es lo que estoy haciendo con mi tercer supuesto⁵³.

4. *Desacuerdo acerca de los derechos*

Mi supuesto final y crucial es que el consenso acerca de los derechos no se encuentra exento de la incidencia del desacuerdo general acerca de las cuestiones políticas más relevantes que se encuentran en las sociedades liberales modernas. De modo que asumo que existe un disenso substancial acerca de los derechos existentes y sus alcances. Algunos de estos desacuerdos son evidentes en un nivel filosófico (e.g., si los derechos socioeconómicos deberían incluirse en la Carta de Derechos), algunos se hacen evidentes cuando buscamos relacionar principios abstractos de lo correcto con propuestas legislativas particulares (e.g., si el libre ejercicio de la religión demanda excepciones a lo que en otras circunstancias serían leyes generalmente aplicables), y algunos se hacen evidentes sólo en el contexto de casos individuales difíciles (e.g., cuánta tolerancia debería haber frente a un discurso disidente en tiempos de emergencia nacional).

Asumo que los desacuerdos sobre derechos generalmente no son problemas de interpretación, en un sentido legalista estricto. Pueden presentarse a sí mismos en primera instancia como problemas de interpretación, pero de ellos emergen cuestiones de considerable relevancia práctica para la comunidad política. En otro espacio me he referido a estos como problemas “divisorios” [*watershed*] de los derechos⁵⁴. Ellos son problemas relevantes de la filosofía política con consecuencias significativas para la vida de muchas personas. Además, asumo que no son idiosincráticos para la sociedad donde surgen. Ellos definen las decisiones más relevantes que toda sociedad moderna debe afrontar, decisiones que son razonablemente bien entendidas en

⁵³ Mi aproximación aquí es similar a la de John Rawls. Estoy utilizando este mecanismo del caso central para definir algo como una sociedad bien ordenada con una teoría de la justicia públicamente aceptada. Véase, *eg.*, John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, pp. 35-36 (hay traducción al español: *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, 1985) [en adelante Rawls, *Political Liberalism*]. Rawls parece asumir que control judicial de la legislación es apropiado incluso para una sociedad bien ordenada. *Idem*, pp. 165-166, 233-240; Véase también John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, pp. 195-199, 228-231 (Hay traducción al español: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2006) [en adelante Rawls, *A Theory Of Justice*]. Una de mis metas es mostrar que Rawls se equivoca al respecto.

⁵⁴ Véase Waldron, “Judicial Power and Popular Sovereignty”, *supra* nota 14, p. 198.

el contexto de los debates morales y políticos existentes, decisiones que son puntos focales de desacuerdos morales y políticos en varias sociedades. Los ejemplos llegan rápidamente a la cabeza: el aborto, la acción afirmativa, la legitimidad del gobierno para redistribuir o intervenir en el mercado, los derechos de los sospechosos de haber cometido un crimen, el significado preciso de la tolerancia religiosa, los derechos culturales de las minorías, la regulación del discurso y el gasto en las campañas electorales, etc.

Como estos ejemplos sugieren, comúnmente los desacuerdos sobre los derechos son sobre aplicaciones centrales, no solo aplicaciones marginales. Puesto que ya estoy asumiendo un compromiso general con los derechos, es tentador inferir que ese compromiso general cubre el núcleo de cada derecho y que el derecho solamente es controvertido en los confines de su aplicación. Ello es un error. Un compromiso con los derechos puede ser noble y sincero aun cuando los casos “divisorios” continúen siendo controversiales. Por ejemplo, dos personas que discrepan acerca de si las restricciones a los discursos racistas son aceptables, pueden aceptar ambas que el derecho a la libertad de expresión es clave al razonar sobre el problema, y ambas también pueden aceptar que la cuestión sobre la que discrepan, respecto de ese derecho, es central y no marginal. Lo que esto muestra, posiblemente, es que ambos tienen diferentes concepciones del derecho⁵⁵, pero ello no es razón para dudar sobre la sinceridad de su adherencia a él.

En términos generales, el hecho de que las personas discrepen sobre los derechos no significa que deba existir una parte en el desacuerdo que no se tome los derechos en serio. No cabe duda que algunas posturas son sostenidas y defendidas de forma falsa o ignorante por sinvergüenzas [*scoundrels*] (a quienes no les importan los derechos) o por iletrados morales (quienes malentienden la fuerza e importancia de los derechos). Pero asumo que en la mayoría de los casos el desacuerdo se desarrolla razonablemente y de buena fe. Las cuestiones involucradas son problemas serios sobre los cuáles no es razonable esperar que exista consenso. En otras palabras, asumo algo similar a las “cargas del juicio” de John Rawls, pero aplicadas (donde Rawls vaciló en aplicar la doctrina) a cuestiones sobre lo correcto [*right*], al igual que a cuestiones sobre lo bueno⁵⁶ [*good*]. No es razonable esperar que las vi-

⁵⁵ Para una discusión sobre la distinción entre el concepto de un derecho y varias concepciones de éste, Véase Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 134-136 (hay traducción al español: *Los derechos en serio*, Ariel, 1982).

⁵⁶ Véase Rawls, *Political Liberalism*, *supra* nota 53, pp. 53-58 (discutiendo las “cargas del juicio”). Rawls sostiene que “muchos de nuestros juicios más importantes son realizados bajo condiciones donde no se debe esperar que personas conscientes con completos poderes de razonamiento, aun después de una discusión libre, lleguen a la misma conclusión.” *Idem*, p.

siones de las personas sobre cuestiones complejas y tensas sobre los derechos siempre converjan en consensos. Y como enfatiza Rawls, “Es ilusorio... suponer que todas nuestras diferencias [sobre estos asuntos] se encuentren enraizadas únicamente en la ignorancia y la perversidad, o incluso en las rivalidades por el poder, estatus o ganancia económica”⁵⁷.

El supuesto del desacuerdo no tiene nada que ver con el relativismo moral. Uno puede reconocer la existencia del desacuerdo sobre cuestiones de derechos y justicia —uno puede incluso percatarse que tales desacuerdos son, para propósitos de política práctica, irresolubles— sin plantear la afirmación meta-ética de que no existe la verdad en el asunto acerca del problema respecto del que disputan los participantes. El reconocimiento del desacuerdo es perfectamente compatible con la existencia de una verdad sobre el asunto de los derechos y los principios del constitucionalismo —asumiendo que nuestra condición no sea una donde la verdad se revele en maneras que nos son razonablemente negables—⁵⁸.

Si es que existe una Carta de Derechos, asumo que trata, pero no resuelve, las cuestiones en juego en el desacuerdo. Mencioné unos cuantos ejemplos en los párrafos anteriores. En los Estados Unidos es innegable que las disposiciones de la Carta de Derechos tienen relación sobre cómo cada una de estas cuestiones debe resolverse, y que las disposiciones de la Carta de Derechos no determinan por sí mismas una resolución sobre la cuestión, de un modo que esté por fuera de una disputa razonable. Entonces, asumo que la dimensión de estos desacuerdos radica en nuestra habilidad para idear formulaciones abstractas. El desacuerdo no impide la promulgación de una Carta de Derechos⁵⁹, pero los desacuerdos continúan sin resolverse, dejándonos en una situación donde —cuando surge un asunto sobre la probable violación de derechos— es innegable que las disposiciones de la Carta de Derechos hacen referencia al asunto, pero lo que implican y si ellas prohíben (o deben limitar la aplicación de) las disposiciones legislativas que están en tela de juicio, sigue siendo cuestión de disputa entre personas razonables⁶⁰.

58. Para un argumento que aplica a lo correcto, al igual que a lo bueno, Véase Waldron, *supra* nota 14, en 149-163.

57 Rawls, *Political Liberalism*, *supra* nota 53, p. 58.

58 Véase Waldron, “The Irrelevance of Moral Objectivity”, *supra* nota 19, p. 182.

59 Véase Thomas Christiano, “Waldron on Law and Disagreement”, *Law and Philosophy*, vol. 19, 2000, pp. 513, 537.

60 De nuevo, no estoy diciendo que las disposiciones de la Carta de Derechos cubran los casos centrales, con el desacuerdo confinado a los márgenes de su aplicación. Las disposiciones son usualmente vagas y abstractas, dejando abierta la posibilidad de que aun cuando

No se trata de negar que se pueda formular argumentos y ellos pueden parecer conclusivos al menos para aquellos que los realizan— relacionados con la relevancia de la Carta de Derechos en el tema en cuestión. Si el control judicial se establece en una sociedad, entonces los abogados argumentarán respecto de estos temas utilizando el texto y la fuerza gravitacional del texto de la Carta de Derechos. De hecho, los abogados tendrán un trabajo de campo. Cada parte de los desacuerdos sostendrá que su posición puede ser leída dentro de los compromisos “blandos” de la Carta de Derechos, si tan solo esos textos son leídos con la generosidad (o estrechez) necesarias. Tampoco estarán preparados para aceptar públicamente que lo que estoy asumiendo ahora será obvio: que la retórica “blanda” de la Carta de Derechos fue diseñada simplemente para encuadrar elegantemente los desacuerdos verdaderos y razonables que son inevitables entre personas que se han tomado los derechos en serio el tiempo suficiente como para ver tal Carta promulgada. En vez de incentivarnos a confrontar estos desacuerdos directamente, el control judicial es propenso a hacer creer que las disposiciones de la Carta de Derechos son cuestión de interpretación sobre esas formulaciones “blanda”. El que éste sea un contexto deseable donde deba deliberarse sobre las cuestiones morales que se plantean, es uno de los puntos que consideraremos en la sección VI.

IV. LA FORMA DEL ARGUMENTO

Así que estos son nuestro supuestos. ¿Qué hacemos con la situación que definen? Los miembros de la comunidad están comprometidos con los derechos, pero discrepan acerca de los derechos. Es necesario encontrar soluciones a varias cuestiones sobre derechos. Necesitamos solución no tanto para desecher la cuestión —nada puede hacerlo⁶¹— sino para proveer un base para la acción común, cuando la acción es necesaria. Ahora, hay todo tipo de asuntos sobre los que no es necesaria una amplia solución por parte de la sociedad —por ejemplo, la transubstanciación, el significado de *Hamlet*, el valor

haya casos no controversiales, la gente siga utilizando la misma fórmula abstracta para cubrir diferentes enfoques sustantivos del derecho —y así, deberíamos continuar diciendo que ambos toman al derecho en serio—.

⁶¹ Cfr. John Stewart *et al.*, *America (The Book): A Citizens's Guide To Democracy Inaction*, Warner Books, 2004, p. 90 (discutiendo *Roe v. Wade* y notando que “[l]a Corte determinó que el derecho a la privacidad protege la decisión de una mujer de realizarse un aborto, y el feto no es una persona con derechos constitucionales, por ende, terminando el debate sobre esta cuestión que alguna vez fue controversial”).

de la vida puramente contemplativa— lo que es una fortuna, porque existen pocas posibilidades de acuerdo respecto de estas áreas. Desafortunadamente, en cuestiones sobre derechos, para las cuales necesitamos una solución, también tenemos pocas posibilidades de acuerdo. La necesidad de resolución no hace que se evapore el hecho del desacuerdo, más bien, significa que las bases comunes para la acción han de ser forjadas en el calor de los desacuerdos.

En el mundo real la necesidad de acuerdo nos confronta en la arena legislativa. Legislamos en ciertas áreas, y de la legislación que promulgamos surgen asuntos sobre derechos. Estos asuntos pueden no ser explícitamente destacados en la legislación. La legislación puede referirse a las formalidades para el matrimonio, a la jornada laboral mínima, a la reforma sobre la financiación de las campañas, o a la preservación histórica de los centros de la ciudad, pero lo que sucede es que alguien nota que su aplicación origina un asunto sobre derechos y es en conexión con este asunto —¿ ha de ser aplicada la legislación de acuerdo a sus términos o no?— que surge la necesidad de resolución.

Un argumento, que respeto, para algún tipo de poder de control judicial es el que sigue. Puede que no siempre sea sencillo para los legisladores observar cuáles asuntos sobre derechos se encuentran incorporados en una propuesta legislativa presentada ante ellos; puede que no siempre sea sencillo para ellos vislumbrar qué asuntos sobre derechos pueden surgir de su subsecuente aplicación. De modo que es útil tener un mecanismo que permita a los ciudadanos llamar la atención de todos cuando estas cuestiones surjan. Pero este es un argumento solamente válido a favor del control judicial débil, no para una forma fuerte de la práctica donde la cuestión abstracta identificada sobre el derecho es resuelta del modo que los tribunales consideran apropiado. Es un argumento válido para un sistema similar al del Reino Unido, donde un tribunal puede establecer una declaración en la que se señale que se encuentra en juego una importante cuestión de derechos⁶². Alternativamente, es un argumento para el arreglo que encontramos en sistemas con un control judicial aún más débil, donde el ministerio público tiene el deber no partidista de escrutar las propuestas legislativas e identificar públicamente cualquier cuestión sobre derechos que pueda surgir⁶³.

⁶² Véase *supra* el texto que acompaña a las notas 26-28.

⁶³ *Cfr.* New Zealand Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. no. 109, § 7 (“Cuando cualquier propuesta sea presentada en la Cámara de Representantes, el Ministerio Público deberá... tan pronto como sea practicable posteriormente a la introducción de la propuesta, —llamar la atención de la Cámara de Representantes sobre cualquier disposición que parezca inconsistente con cualquiera de los derechos y libertades contenidos en la Declaración de Derechos.”). Para un ejemplo controversial sobre el ejercicio de este poder, Véase Grant

Tal acuerdo es una forma de institucionalizar la “alerta” sobre las cuestiones sobre derechos que ha sido ilustrada en el tercer supuesto mencionado.

Vamos a asumir, por ahora, que el legislativo está ampliamente consciente de las cuestiones sobre derechos que comporta una determinada Carta y que, habiendo deliberado al respecto, resuelve —a través del debate y votación— solucionar aquellas cuestiones de una manera particular. El legislativo toma bando en uno o más de los desacuerdos que imaginamos en el cuarto supuesto. La cuestión que afrontamos es si la resolución del legislativo debería ser dispositiva, o si hay razón para que el poder judicial la reevalúe y, quizás, la revoque.

¿Cómo deberíamos responder esta cuestión? He escuchado decir que la regla decisoria debería ser la siguiente: La decisión del legislativo se mantiene firme, excepto cuando viola derechos. Pero claramente esta respuesta no es suficiente. Estamos asumiendo que los miembros del legislativo discrepan sobre si una propuesta legislativa viola derechos. Necesitamos un modo de resolver ese desacuerdo. El asunto es tan antiguo como Hobbes: debemos establecer un procedimiento de toma de decisiones cuya operatividad solucione, no recomience, las controversias cuya existencia generó la necesidad de un procedimiento de decisión en primer lugar⁶⁴. Esto significa que aun cuando los miembros de la sociedad que nos estamos imaginando discrepan acerca de los derechos, necesitan compartir una teoría sobre la legitimidad para el procedimiento de la toma de decisiones que ha de solucionar los desacuerdos. De modo que, al pensar acerca de las razones para establecer tal procedimiento, deberíamos pensar sobre las razones que podrían ser suscritas por personas en ambos lados de cualquiera de los desacuerdos⁶⁵.

Estoy presentado la necesidad de procesos de toma de decisiones legítimos como una respuesta al problema del desacuerdo moral. Pero he escuchado a algunos filósofos decir que dado que el desacuerdo es penetrante en las cuestiones políticas, no deberíamos permitir que nos aparte de nuestro camino. Dado que discrepamos en la misma medida acerca de los procesos

Huscroft, “Is the Defeat of Health Warnings a Victory for Human Rights? The Attorney-General and Pres-Legislative Scrutiny for Consistency with the New Zealand Bill of Rights”, *Public Law Review*, vol. 14, 2003, p. 109.

⁶⁴ Cfr. Thomas Hobbes, *Leviathan*, Richard Tuck (ed.) Cambridge University Press, 1996 [1651], p. 123.

⁶⁵ Otro modo de decir esto es que una teoría política normativa necesita incluir más que sólo unas bases para justificar ciertas decisiones sobre sus méritos. Necesita ser más que, digamos, una teoría de la justicia o una teoría del bien común. También tiene que tratar la cuestión normativa sobre la legitimidad de los procesos de toma de decisiones que son utilizados para realizar decisiones políticas frente a los desacuerdos. Una teoría política normativa que no contemple esto se encuentra seriamente incompleta.

legítimos para la toma de decisiones como lo hacemos para la justificación de los resultados, y dado que (en mi propia explicación) es claro que debemos tomar una postura sobre *algo* –llamado, procedimientos de decisión– no obstante tal desacuerdo, ¿por qué no podemos simplemente asumir una postura sobre la cuestión sustantiva y terminar con esto?⁶⁶ La respuesta a esto es que debemos ir a la cuestión de la legitimidad, si es posible que encontremos un desacuerdo ahí o no. Por una parte, tenemos que diseñar un proceso de toma de decisiones y necesitamos considerar las razones relevantes para tal diseño. Por otra parte, existen importantes razones relativas a la legitimidad –e.g., equidad, voz, participación– que surgen por el desacuerdo y no nacen aparte del establecimiento de la cuestión del proceso de toma de decisiones. Aun si también discrepamos acerca de éstas, no tenemos otra opción sino considerarlas. El que vayamos a discrepar respecto de ellas no es razón suficiente para ponerlas de lado y simplemente apoyar un lado u otro desacuerdo anterior (o sustantivo).

Ningún proceso de toma de decisiones va a ser perfecto. Ya sea que se trate de un proceso legislativo no controlable o un proceso de control judicial de la legislación, a veces llevará a la decisión errónea, traicionando derechos en vez de defenderlos⁶⁷. Esto es un hecho de la vida política. Todos deben conceder que habrá ocasiones en que exista disonancia entre lo que asumen como la decisión correcta y lo que consideran una decisión elegida en un proceso de toma de decisiones que para ellos es legítimo. Richard Wollheim denominó a esto la “paradoja en la teoría democrática”⁶⁸, dado que le permite al mismo ciudadano afirmar, al mismo tiempo, que A no debe ser promulgada, donde A es la política pública contra la que voto, y A debe ser promulgada, dado que A es la política pública elegida por la mayoría.

⁶⁶ Christiano enfatiza el punto en cuestión en términos de un procedimiento circular: “Podemos esperar desacuerdos en cada etapa, si Waldron está en cierto; de modo que si debemos tener recurso a un procedimiento de más alto orden para resolver cada disputa que surja, entonces seremos incapaces de parar el círculo de los procedimientos.” Christiano, *supra* nota 59, p. 521. Pero Christiano no realiza ningún intento por mostrar que éste sea un círculo vicioso. Para una discusión sobre los procedimientos circulares, Véase Waldron, *supra* nota 14, pp. 298-301.

⁶⁷ He escuchado alguna gente decir que siempre es propenso a que los errores sean peores por parte del legislativo: la legislación puede en realidad violar derechos, mientras que lo peor que los tribunales pueden hacer no interferir para protegerlos. Esto es un error. Los tribunales que ejercen el poder de control de la legislación pueden en ocasiones violar derechos al eliminar leyes que buscan protegerlos. Discutiré esto más adelante, al final de la parte V.

⁶⁸ Richard Wollheim, “A Paradox in the Theory of Democracy”, en Peter Laslett & W.G. Runciman (eds.) *Philosophy, Politics And Society*, 2n series, Yale University Press, 1969, p. 71.

Pero Wollheim se equivocaba al atribuir tal paradoja a la democracia. Es una paradoja general en la teoría de la política que afecta a cualquier teoría política que complemente su explicación de lo que debe hacerse con una explicación de cómo las decisiones han de ser tomadas cuando existe desacuerdo acerca de lo que debe hacerse.

Con esta precaución en mente, ¿cuáles han de ser las razones que deben considerarse al diseñar o evaluar un procedimiento de toma de decisiones para solucionar desacuerdos acerca de los derechos? Dos tipos de razones deben ser consideradas. Las denominaré “relacionadas con el resultado” y “relacionadas con el proceso”, aunque ambas son relevantes a la cuestión del proceso de toma de decisiones.

Las razones relacionadas con el proceso son razones para insistir en que alguna persona tome de una decisión dada (o participe en la toma de la misma) que se mantienen independientes de las consideraciones acerca del resultado apropiado. En la vida personal, a veces decimos que un padre tiene el derecho de tomar la decisión sobre si su hijo ha de ser disciplinado por cierta infracción; no es una decisión que deba realizar cualquier otro pasajero en el autobús. Podríamos afirmar esto, aunque nos reservamos el juicio sobre si el niño debe ser disciplinado. De hecho, podríamos decir eso incluso si pensamos que es más probable que el pasajero tome una mejor decisión que el padre. En política, las razones más conocidas relativas al proceso son aquellas basadas en la igualdad política y en el derecho democrático a votar, el derecho a que mi voz sea contada aun cuando los demás discrepen con lo que digo.

Las razones relacionadas con el resultado, en cambio, son razones para diseñar el procedimiento de toma de decisiones de modo que asegure el resultado apropiado (i.e., una decisión buena, justa o apropiada). El tema en discusión son los desacuerdos acerca de los derechos. Dado que los derechos son importantes, es igualmente importante que los comprendamos adecuadamente y por ende debemos tomarnos a muy en serio las razones relacionadas con el resultado. Las respuestas erróneas pueden ser toleradas en cuestiones políticas públicas; pero en cuestiones de principios, si se otorga una respuesta errónea, entonces algunos derechos serán violados. Los miembros de la sociedad que estamos imaginando entienden cuán importante es evitar tales resultados o minimizarlos lo más posible.

Por supuesto, quizás no es fácil identificar razones relacionadas con los resultados que puedan ser aceptadas por personas con posturas opuestas respecto de un desacuerdo sobre derechos. Como sostuve antes⁶⁹, el diseño de un proceso de toma de decisiones debe ser independiente del desacuerdo

⁶⁹ Véase *supra* el texto que acompaña la nota 64.

particular que debe resolver; no es apropiado si simplemente recomienza el problema. De modo que debemos evitar las razones relacionadas con los resultados que apunten específicamente a resultados particulares controversiales —e.g., favorecer un proceso de toma de decisiones porque es más propenso a generar un resultado pro-elección que uno pro-vida—. Un proceso de toma de decisiones elegido con estas bases difícilmente sería respetado por los defensores de la postura pro-vida. Dado el desacuerdo, el punto aquí es establecer un procedimiento para generar soluciones de un modo que pueda ser reconocido como legítimo por ambas posturas.

Sin embargo, es posible generar razones relacionadas con el resultado sobre bases más modestas. En vez de decir (cayendo en una petición de principio) que debemos elegir aquellos procedimientos políticos que son más propensos a hacer producir [*yield*] un conjunto particular de derechos controversiales, podríamos decir, en cambio, que debemos elegir procedimientos políticos que sean más proclives a alcanzar la verdad acerca de los derechos, cualquiera que esta verdad resulte ser. Como ha señalado Aileen Kavanagh:

[N]o necesitamos una explicación precisa de los derechos que tenemos y cómo deben interpretarse para realizar algunas afirmaciones instrumentalistas [i.e., razones relacionadas con los resultados]. Varios argumentos instrumentalistas no se basan en el conocimiento de un derecho en particular. Se basan al contrario en consideraciones institucionales generales acerca de la forma cómo los legisladores toman decisiones en comparación con los jueces, los factores que influenciaron sus decisiones y el modo cómo los individuos pueden presentar sus demandas en cada foro⁷⁰.

Las razones de este tipo ameritan tomarse en serio. Joseph Raz fue más allá y sugirió que este tipo de razones relacionadas con los resultados son las únicas que merecen considerarse⁷¹. Presumiblemente, este dogmatismo se basa en la importancia de la cuestión a tratar. Los resultados de las decisiones acerca de los derechos son importantes. No obstante, también existen todo tipo de razones importantes que no se refieren a la relación con los resultados y que no deberíamos vacilar en aplicar a las elecciones que tomamos acerca del diseño de procedimientos para la resolución de desacuerdos

⁷⁰ Aileen Kavanagh, "Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron", *Law and Philosophy*, vol. 22, 2003, pp. 451, 466.

⁷¹ Joseph Raz, "Disagreement in Politics", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, 1998, pp. 25, 45-46; Véase también Rawls, *A Theory Of Justice*, *supra* nota 53, p. 230 ("El criterio fundamental para juzgar cualquier procedimiento es la justicia de sus probables resultados").

acerca de los derechos. Ya he presentado algunos ejemplos pero posiblemente sea útil otro: el principio de autodeterminación. Existe una razón para que estos conflictos sean resueltos por cada sociedad conforme a sus sistemas políticos, en lugar de mediante dictados desde el exterior (e.g. por un gobierno vecino o un antiguo poder colonial). Algunos consideran que ésta no es una razón concluyente. Dicen que la autodeterminación nacional y la soberanía deberían abrir paso a la autoridad internacional respecto de las cuestiones acerca de derechos humanos⁷². Pero pocos niegan que tenga alguna importancia. Raz no ha prestado suficiente atención a la cuestión de que aunque las razones relacionadas con los resultados son muy importantes en esta área sobre la toma de decisiones acerca de los derechos, las razones de otro tipo también pueden ser importantes.

Una vez observamos que existen razones de todo tipo en juego, tenemos que considerar su carácter normativo puesto que esto afectará cómo se relacionan unas con otras. La expresión “relacionado con resultados” suena consecuencialista. Pero, dado que las consecuencias que buscamos evitar son las violaciones a los derechos, su evitación tiene algunas de las urgencias deontológicas asociadas con los derechos. Puede que no sean tan irresistibles como el principio que prohíbe las violaciones directas: los diseñadores de los procedimientos de toma de decisiones son indirectamente, no directamente, responsables por las violaciones que puedan involucrarse en el ejercicio de ese procedimiento. Pero su responsabilidad continúa siendo una responsabilidad basada en derechos –existe un deber en prestar cuidado al respecto⁷³–.

¿Qué hay de las razones relacionadas con el proceso de carácter normativo? Las razones relacionadas con el proceso también son habitualmente cuestiones de urgencia deontológica. Pienso que Ronald Dworkin establece erróneamente el carácter de las razones participativas cuando se refiere a éstas como “[l]as consecuencias participativas de un proceso político”⁷⁴. Él sugiere que permitir a los ciudadanos, en lo individual, tener la oportunidad de tomar parte en la toma de decisiones políticas de la comunidad, tengan la consecuencia –una buena consecuencia– de confirmar su igual membresía o posición en la comunidad. Les reasegura que son considerados por

⁷² Véase, e.g., Louis Henkin, “That ‘S’ Word: Sovereignty, and Globalization, and Human Rights”, Et Cetera, Address at Fordham University School of Law, Robert R. Levine Distinguished Lecture Series (Feb. 23, 1999), en *Fordham Law Review*, vol. 68, 1999, p. 1.

⁷³ Para la idea de varias oleadas de deber que son generadas por un derecho particular, Véase Jeremy Waldron, “Rights in Conflict”, *Ethics*, vol. 99, 1989, pp. 503, 509-512.

⁷⁴ Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000, p. 187.

otros como personas cuyas opiniones y elecciones tienen un valor. Permitir a las personas participar también tiene la consecuencia positiva de ayudar a los ciudadanos a identificarse con los resultados de las decisiones políticas y ver tales decisiones hasta cierto punto como suyas, con un buen efecto colateral para la legitimidad (en el sentido sociológico de la palabra)⁷⁵. Todo esto es sin duda importante, pero se parece a un director de escuela que señala las ventajas que resultan de darle voz a sus pupilos en los asuntos educativos a través de un consejo escolar. La explicación de Dworkin subestima radicalmente la noción de un *derecho* a participar, el imperativo de que uno sea tratado como un igual respecto de lo que concierne a la toma de decisiones de la sociedad, el sentido de principio que se encuentra en juego cuando alguien pregunta indignadamente, “¿cómo se atreven a excluir *mi* voz –privarme de mis derechos políticos– en esta decisión, que me afecta a mí y a la que estoy sujeto?”

Así que, ¿cómo ponderamos estas consideraciones sobre los procesos relacionados a los resultados y a los procedimientos? Afrontamos el problema común de tratar de maximizar el valor de dos variables, como pedirle a alguien que compre el auto más rápido al precio más barato. Hay varios modos en que podemos elaborar la pregunta. Podríamos preguntar: “¿Cuál método que más probablemente llegará a la verdad acerca de los derechos, mientras que, al mismo tiempo, adecuadamente respetará la demanda de los afectados a ser escuchados igualitariamente?”⁷⁶ O podríamos preguntar: “¿qué método respeta la demanda de los afectados a ser escuchados igualitariamente, mientras, al mismo tiempo, es más proclive a proporcionar la verdad acerca de los derechos? Creo que puedo cortar este nudo gordiano. Lo que sostendré en la parte V, es que las razones relacionadas con los derechos son a lo sumo inconcluyentes. Ellas son importantes, pero no (como se piensa comienza) establecen nada parecido a una argumentación clara en favor del control judicial de la legislación. Las razones relacionadas con el proceso, en cambio, arguyen hacia un solo lado. Ella opera mayormente en descrédito del control judicial, mientras que dejan a la toma de decisiones legislativas intacta. Por ende, me parece que la parte legislativa resulta victoriosa en cualquier formulación de la cuestión. Y ese será el centro de la argumentación contra el control judicial.

⁷⁵ Estas formulaciones resumidas de las posturas de Dworkin son adaptadas de Kavanagh, *supra* nota 70, pp. 458-459.

⁷⁶ Así es como la pregunta es formulada en Frank I. Michelman, *Brennan And Democracy*, Princeton University Press, 1999, pp. 59-60.

V. RAZONES RELACIONADAS CON EL RESULTADO

Según Raz, “[u]n modo natural de proceder es el asumir que la aplicación de los derechos fundamentales debe ser confiada al procedimiento de toma de decisiones que, en circunstancias de tiempo y lugar, sea más probable a realizarlos bien, con la menor cantidad de efectos secundarios posibles”⁷⁷. Supongo que la discusión en este punto debe ser continua con un debate más amplio acerca de la competencia institucional de los tribunales, iniciada por la escuela del proceso jurídico⁷⁸. Los tribunales son buenos para decidir sobre algunos asuntos y no sobre otros. Técnicamente, utilizamos el término “derechos” para denotar los asuntos que los tribunales deciden característicamente, puesto que el demandante ha de reclamar un derecho para ser escuchado en un tribunal. Pero, como observó Lon Fuller, esto no significa que los tribunales sean, por tanto, el foro adecuado para tratar todo tipo de demandas sobre derechos en el sentido menos técnico bajo consideración aquí⁷⁹. Algunas demandas sobre un derecho tienen el carácter del tipo de cuestiones binarias sobre las que los tribunales son competentes; otras tienen un carácter multifacético que usualmente han sido consideradas inapropiadas que sean decididas en una estructura judicial. Este asunto amerita mayor consideración. No me extenderé al respecto ahora, regresaré en cambio a las afirmaciones acerca de la competencia de los tribunales y los legislativos sobre las importantes cuestiones morales que son el tema de este ensayo.

Es tentador asociar las razones relacionadas con el resultado con la argumentación a favor del control judicial (y las razones relacionadas con el proceso con la argumentación contra éste). Esto es un error. Es verdad que varias de las razones más importantes relacionadas con el proceso son participativas y por ende favorecen a las instituciones electivas o representativas. Pero ello no implica que todas o la mayoría de las razones relacionadas con el resultado argumenten en el otro sentido. Como observaremos, las razones relacionadas con el resultado dan fundamento a ambas direcciones. Hay cosas acerca de los legislativos que a veces los hacen vulnerables al tipo de presiones de las que se supone los derechos nos guardan; pero también hay aspectos de los tribunales que les dificulta lidiar directamente con las cuestiones morales que presentan los desacuerdos acerca de los derechos.

Raz señala que las razones relacionadas con el resultado pueden inclinarse hacia ambos lados. El arguye en la forma común que

⁷⁷ Raz, *supra* nota 71, p. 45.

⁷⁸ Véase Hart & Sacks, *supra* nota 49, pp. 640-647.

⁷⁹ Fuller, *supra* nota 49, pp. 368-370.

“[e]n varios países existen amplias razones para sospechar que los miembros del legislativo están influenciados por intereses sectoriales a un grado tal, que ni siquiera es probable que procuren establecer qué derechos tienen las (o algunas) ... debemos ser conscientes que es probable que ciertos factores nublen el juicio de las personas. Puede que estén, por ejemplo, expuestas a parcializarse en su propio interés. Debemos, por ende, preferir un procedimiento en el que los encargados de una decisión no sean afectados, o no directamente afectados, por su propia decisión. Hay otros factores conocidos que parcializan el juicio, y su naturaleza y presencia puede establecerse aun sin conocimiento del contenido de los derechos involucrados⁸⁰.

Ahora, al considerar un cargo de este tipo, tenemos que preguntar por su compatibilidad con nuestro tercer supuesto: ¿este tipo de prejuicio sectorial es típico de los legislativos en todas las sociedades? O, ¿debemos asociarlo con el caso no central de una sociedad cuyos miembros son ampliamente indiferentes a los derechos? Me referiré a este punto en la sección VIII⁸¹. Incluso a primera vista el argumento de Raz no es unívoco en su tendencia. Las mismas presiones sectoriales a menudo también explican la negligencia judicial sobre los derechos. Lo hemos visto en los Estados Unidos en casos tan diversos como *Korematsu*, *Schenck*, *Dred Scott* y *Prigg*⁸². Más recientemente, Laurence Tribe (usualmente un leal defensor del control judicial de la legislación) observó que en el pánico que afligió a los Estados Unidos después del 9/11, “sería un terrible error para aquellos que se preocupan por los derechos civiles y las libertades acojan mucha esperanza al poder judicial en tiempos de crisis”⁸³.

⁸⁰ Raz, *supra* nota 71, p. 46.

⁸¹ Véase *infra* el texto que acompaña a las notas 137-141. Allí es donde discuto la afirmación (para casos no centrales) de que los jueces que simpatizan con los derechos de la minoría se encuentran en mejor posición de resistir el prejuicio popular, que los legisladores que simpatizan con los derechos de la minoría.

⁸² *Korematsu v. United States*, 323 U.S. p. 214 (1944) (negándose a proteger a los ciudadanos de ascendencia japonesa de ser apresados durante la Segunda Guerra Mundial); *Schenck v. United States*, 249 U.S. p. 47 (1919) (sosteniendo que criticar el reclutamiento militar obligatorio durante la Primera Guerra Mundial era como disparar en un teatro abarrotado de personas); *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) pp. 393, 425-427 (1857); *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) p. 539, 612 (1842) (derogando la legislación estatal que buscaba proteger a los afro-americanos de los cazadores de esclavos).

⁸³ Laurence Tribe, “Trial by Fury: Why Congress Must Curb Bush’s Military Courts”, *New Republic*, Dec. 10, 2001, pp. 18-19; Véase también Ronald Dworkin, “The Threat to Patriotism”, *New York Review of Books*, Feb. 28, 2002, pp. 44, 46-47 (señalando la anterior tolerancia de los tribunales con las violaciones de derechos en tiempos de crisis).

En todo caso, Raz señala que las razones relativas al resultado también dan fundamento a la dirección opuesta:

“A veces... existen razones para pensar que es más probable que aquellos cuyos intereses no estén afectados por una decisión tratarán honestamente de buscar qué es lo justo en las circunstancias. A veces uno puede ser incapaz de apreciar el drama de clases de personas, a menos que uno pertenezca a la misma clase, y por ende en vez de confiar la decisión a aquellos no afectados por ésta, debería ser otorgada a aquellos a quienes incumbe”⁸⁴.

Los legislativos son establecidos con estructuras de representación precisamente para poder fomentar este sentido de apreciación.

Se ha sugerido a veces que las estructuras de la participación democrática no toman en cuenta en lo absoluto la importancia independiente de asegurar resultados apropiados —ellas simplemente empoderan ciegamente a la mayoría. Esto es una tontería. Todas las democracias limitan el sufragio en varios sentidos para asegurar un mínimo de madurez de juicio en las urnas. Por ejemplo, excluyen a los niños de votar, aun cuando los niños son afectados por las decisiones en consideración. Además, los legislativos son constituidos de modo que aseguren que la información acerca de la aceptabilidad de varias opciones entre diferentes secciones de la sociedad, sea introducida en el proceso de toma de decisiones. Y las decisiones son usualmente realizadas en el contexto de las instituciones bicamerales, de modo que cada propuesta legislativa tenga que asegurar el apoyo de la mayoría en cada una de las cámaras, en agendas electivas ligeramente diferentes⁸⁵. Aún más, los sistemas con control judicial débil, o incluso sin control judicial de la legislación, a veces crean disposiciones específicas en el proceso legislativo para que las cuestiones sobre derechos sean resaltadas⁸⁶. Unas disposiciones específicas existen en la mayoría de las democracias para procurar un debate cuidadosamente orquestado en tiempos de elecciones, así como un completo arreglo de conexiones entre el debate formal en el legislativo y el debate informal y la acumulación de información fuera de el legislativo. Todos estos son ajustes relacionados con el resultado en los procedimientos democráticos. Lo que vemos, en el lado participativo, no es lo que Rawls

⁸⁴ Raz, *supra* nota 71, p. 46.

⁸⁵ Algunos sistemas bicamerales, como el del Reino Unido, tienen una cámara alta no electa y disposiciones (en las leyes parlamentarias y en algunas de las convenciones de la Constitución Británica) que permiten a la cámara baja prevalecer (eventualmente) en caso de conflicto.

⁸⁶ Véase *supra* nota 63 y el texto que la acompaña.

denominó una demanda de justicia procedimental pura, sino algo parecido a la justicia procedimental imperfecta⁸⁷.

En general, lo que noto cuando leo argumentos relacionados al resultado a favor del control judicial es se asume que puede sugerirse este tipo de argumentos sólo porque la mayoría de los argumentos más conocidos contra el control judicial no se refieren a los resultados. Se tienden a asociar las razones relacionadas con el resultado con el poder judicial y, al hacerlo, comúnmente difunden un marco irrealista de cómo es la toma de decisiones judicial⁸⁸. Los oponentes del control judicial usualmente son acusados de adoptar una visión ingenuamente optimista del legislativo. Pero a veces hacemos esto deliberadamente, al enfrentar una imagen optimista a otra, frente a la negativa de los defensores de los tribunales de dar una explicación realista de lo que sucede ahí.⁸⁹

En el resto de este apartado deseo considerar con mayor detalle tres ventajas relacionadas con el resultado que en ocasiones son afirmadas en favor de los tribunales: (1) que las cuestiones de derechos son presentadas a los tribunales en el contexto de casos específicos; (2) que la aproximación de los tribunales a las cuestiones relativas a los derechos se orienta al texto de la Carta de Derechos; y (3) que el razonamiento y la exposición de razones juega un papel prominente en la deliberación judicial. Se dice que éstos pesan a favor del control judicial de la legislación. Sin embargo, sobre las tres afirmaciones argumentaré que existen defectos relacionados al resultado en el modo cómo los tribunales abordan los derechos, e importantes ventajas relacionadas con el resultado por parte de los legislativos.

1. *Orientación a casos particulares*

En ocasiones se sostiene que lo maravilloso sobre el razonamiento judicial acerca de los derechos (como opuesto al razonamiento legislativo so-

⁸⁷ Véase Rawls, *A Theory of Justice*, *supra* nota 53, pp. 84-85. Hablamos de justicia procedimental pura cuando queremos indicar que no existe más a la justicia del resultado que el hecho de que se llegó a ella siguiendo escrupulosamente un procedimiento justo. Hablamos de justicia procesal imperfecta, cuando queremos transmitir el hecho de que un resultado dado debe ser juzgado por sus méritos al igual que en base al procedimiento establecido en éste.

⁸⁸ Para una crítica general de los argumentos que asocian a control judicial con una deliberación moral cuidadosa entre, por ejemplo, Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, véase Kramer, *supra* nota 11, p. 240. Kramer proporciona una buena descripción del modo en que la agenda política de los Jueces, y las falanges de los empleados ideológicamente motivados en las varias cámaras interfieren con cualquier cosa que pueda ser reconocida como una deliberación colegial significativa.

⁸⁹ Véase Jerem y Waldron, *The Dignity Of Legislation*, Oxford University Press, 1999, p. 2.

bre derechos) es que las cuestiones sobre los derechos se presentan ante los jueces como casos individuales de “carne y hueso”. Los derechos, al fin de cuentas, son derechos individuales y ayuda a centrar la mente ver cómo un individuo es afectado por un texto legislativo. Como Michel Moore ha ilustrado el punto, “los jueces se encuentran mejor posicionados para... la introspección moral de lo que lo están los legislativos, dado que a ellos se les presentan experimentos mentales morales todos los días [sic], con el tipo de detalle e involucración personal concreta necesarias para la introspección moral.”⁹⁰

Esto es, sin embargo, en gran parte un mito. Para el momento que los casos alcanzan los niveles superiores de apelación sobre los que, especialmente, estamos hablando en nuestras disputas sobre el control judicial de la legislación, casi todo rastro del caso original de “carne y hueso” de los titulares de derechos se ha desvanecido, y la discusión gira en torno al tema abstracto del derecho en disputa. Los demandantes o peticionarios son seleccionados por los grupos de defensa [*advocacy groups*] precisamente para personificar las características abstractas que los grupos quieren enfatizar como parte de un argumento general de políticas públicas. Las idiosincrasias especiales de los litigantes particulares usualmente están fuera de vista para cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos aborda el caso, y la Corte casi siempre trata el caso en términos generales⁹¹.

El proceso legislativo usualmente está abierto a la consideración de casos individuales, a través del cabildeo, en audiencias y en el debate. De hecho, existe una tendencia en estos días a proponer la legislación sobre la base de casos individuales relevantes —*Megan’s Law*, por ejemplo⁹². Usualmente, se dice que los casos difíciles generan mal derecho [*hard cases makes bad law*]. En la medida en que esto sea cierto, me parece que los legislativos se encuentran mejor posicionados para organizar una evaluación del signi-

⁹⁰ Michael S. Moore, “Law as a Functional Kind”, en *Natural Law Theory*, *supra* nota 19, pp. 188, 230. Para una respuesta, véase Waldron, “Moral Truth and Judicial Review”, *supra* nota 19, pp. 83-88.

⁹¹ Véase Sarah Weddington, “*Roe v. Wade*: Past and Future, Address at Suffolk University Law School”, The Donahue Lecture Series (Dec. 7, 1989), en *Suffolk University Law Review*, vol. 24, 1990, pp. 601, 602-603.

⁹² *Megan’s Law* [Ley de Megan], a partir de la cual se creó un registro de delincuentes sexuales, fue promulgada en Nueva Jersey en 1994, 1994 N.J. Laws 1152 (codificada en *N.J. Stat. Ann.* §§ 2C:7-1 a 7-11 (2005)), después de que Megan Nicole Kanka fuera violada y asesinada por un agresor sexual condenado. Existe en la actualidad una *Megan’s Law* a nivel Federal. 42 U.S.C. § 14071 (2000). Para una descripción de la promulgación de esta legislación, Véase Daniel M. Filler, “Making the Case for Megan’s Law: A Study in Legislative Rhetoric”, *Indiana Law Journal*, vol. 76, 2001.

ficado de un caso individual en relación a una cuestión general de derechos que afecta a millones y de varias formas distintas⁹³.

2. *Orientación hacia el Texto de la Carta de Derechos*

Estamos imaginando una sociedad con una Carta de derechos y, si hay control judicial de la legislación, presumiblemente se centrará en la Carta de Derechos. La Carta de Derechos, hemos asumido, ha sido adoptada de conformidad al compromiso compartido de los miembros de la sociedad con la idea de derechos individuales y de la minoría, a pesar del hecho de que discrepan acerca de cuáles son estos derechos y lo que implican. Ahora, cuando surgen los desacuerdos sobre los derechos respecto de la legislación, existe una pregunta sobre el rol que debería jugar la Carta de Derechos establecida en el proceso de toma de decisiones en cual surge el asunto. Desde un punto de vista relacionado con el resultado, ¿es una buena o mala idea que el desacuerdo respecto de los derechos se dispute en relación a los términos de la Carta de Derechos?

Una razón para pensar que es una buena idea es que las formulaciones escritas de la Carta de Derechos pueden ayudar a los litigantes enfocar las cuestiones abstractas sobre derechos en juego. Existen, sin embargo, fuertes razones del otro lado. La forma de las palabras utilizadas en la Carta de Derechos no ha sido elegida con los desacuerdos sobre los derechos en mente. O, si así hubiese sido, habría sido elegida para esquivar el desacuerdo sobre derechos que existió al momento de crearse la Carta de Derechos. Sus clichés podrían ser exactamente las formulaciones inadecuadas para explorar los desacuerdos sobre derechos de manera lúcida, responsable y de buena fe.

Las expresiones escritas de una Carta de Derechos también tienden a fomentar un cierto formalismo textual rígido⁹⁴. Un derecho jurídico que encuentra protección en una Carta de Derechos, la encuentra bajo el auspicio

⁹³ Véase Eisgruber, *supra* nota 13, p. 173 (“los jueces abordan las cuestiones constitucionales en el curso de decidir de resolver controversias entre los particulares. Como resultado, estos asuntos se les presentan de un modo incompleto... No todas las personas interesadas tendrán que aparecer ante el tribunal. Los jueces reciben evidencia y escuchan argumentos sólo de un número limitado de partes... Como resultado, puede los jueces no tengan la información necesaria para obtener una perspectiva comprensiva sobre la justicia de todo un sistema social, político o económico.”). A partir de esto, Eisgruber concluye que es probablemente imprudente que los jueces busquen abordar los asuntos que tratan de lo que él llama principios morales “comprensivos”. *Idem.* en pp. 165, 171, 173.

⁹⁴ Este es un argumento que he desarrollado en Waldron, “A Right-Based Critique”, *supra* nota 14.

de un tipo de formulación canónica de palabras en que se encuentran enunciadas las disposiciones de la Carta. Una lección de la experiencia constitucional estadounidense es que las palabras de cada disposición tienden a tomar vida por sí mismas, transformándose en un obsesivo eslogan utilizado para expresar todo lo que uno quisiera decir sobre el derecho en cuestión. Esto podría representar un riesgo menor en un sistema de supremacía legislativa, dado que los legisladores pueden plantearse el asunto para sí mismos, si lo desean, sin tener que tomar como referencia las formulaciones de la Carta de Derechos. Sin embargo, es parte del *modus operandi* de los tribunales buscar refugios textuales para su razonamiento, y ciertamente tenderán a orientarse hacia el texto de la Carta de Derechos en un modo más bien obsesivo.

Cuando menos, en sus argumentos acerca de derechos, los tribunales tenderán a distraerse por argumentos secundarios sobre cómo un texto como el de la Carta de Derechos es abordado por de mejor forma por los jueces. La experiencia estadounidense lo confirma: la mayor presencia de argumentos acerca de teorías de la interpretación que argumentos directos acerca de cuestiones morales es tan marcada en la mayoría de las opiniones judiciales, que nadie que considere importantes tales temas se encontrará satisfecho. Esto es así, en parte, porque la legitimidad del control judicial es en sí problemática. Dado que los jueces (como el resto de nosotros) se preocupan por la legitimidad de un proceso que les permite decidir tales temas, ellos se adhieren a sus textos autoritativos y debaten la interpretación de éstos, en vez de aventurarse a discutir directamente las razones morales⁹⁵.

Un último punto. El texto de una Carta de Derechos puede distorsionar el razonamiento judicial no sólo por lo que incluye, sino también por lo que omite. Supongamos que los miembros de cierta sociedad discrepan acerca de si la Carta de Derechos debió haber incluido derechos tanto positivos (socioeconómicos) como negativos (libertades)⁹⁶. Aquellos que piensan que los derechos positivos debieron haber sido incluidos podrían pensar que la presente Carta de Derechos distorsiona el razonamiento moral debido

⁹⁵ Véase Tushnet, *supra* nota 11, p. 60 (“Es posible que los tribunales diseñen algunas doctrinas para reflejar su opinión sobre sus limitadas habilidades, no para reflejar directamente valores constitucionales sustantivos”).

⁹⁶ Véase *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2º pp. 1200, 1203 (7th Cir. 1983) (Posner, J.) (observando que el esquema constitucional estadounidense “es una carta de libertades negativas y no positivas”); cf. Mark Tushnet, “An Essay on Rights”, *Texas Law Review*, vol. 62, 1984, pp. 1363, 1393-1394 (“Podríamos por supuesto tener una Constitución diferente... Se podría argumentar que la parte de la humanidad debe luchar para reformular la retórica de los derechos de modo que la descripción del juez Posner deje de parecer natural y, tal vez, incluso parezca forzada.”).

a esta exclusión. Una respuesta podría ser que esta omisión, en el peor de los casos, lleva a un posible fracaso en la revisión de la legislación en casos donde la revisión sería apropiada, pero este no es un argumento contra el control judicial en sí. Esto es, sin embargo, demasiado simple. Dejar de incluir derechos positivos podría alterar (o distorsionar) la comprensión de los jueces de los derechos que *están* incluidos. Los jueces podrían dar mayor peso a los derechos de propiedad o a la libertad contractual, digamos, que el que les darían si la propiedad y la libertad contractual estuvieran posicionadas a la par de los derechos de bienestar o asistencia social. Otorgarle a estos derechos mayor peso podría llevar a los jueces a derogar legislación que no debería ser derogada –legislación que busca solucionar la deficiencia e implementar por legislación aquellos derechos que se omitieron en las formulaciones de la Carta de Derechos.

3. *Exposición de Razones*

A menudo se piensa que la gran ventaja de la toma judicial de decisiones sobre cuestiones de derechos individuales es el razonamiento explícito y la exposición de razones asociadas a esta práctica. Se nos dice que los tribunales presentan razones para la toma de sus decisiones, y esto es un signo de que se toman en serio lo que está en juego, mientras los legislativos no lo hacen. De hecho, este es un contraste falso. Los legisladores presentan razones para sus votos al igual que los jueces. Las razones se presentan en lo que llamamos debate y son publicadas en el diario o boletín oficial (como el *Hansard* o el *Congressional Record*). La diferencia es que los abogados son entrenados para estudiar detenidamente las razones presentadas por los jueces, no están entrenados para el estudio detallado del razonamiento legislativo (aunque ocasionalmente lo escrutarán para propósitos interpretativos).

Posiblemente este argumento no trate en realidad de la presencia o ausencia de la exposición de razones, sino acerca de su calidad. No obstante, desde mi perspectiva, las razones que los tribunales tienden a ofrecer cuando ejercen sus poderes de control judicial de la legislación, raramente son las razones que serían examinadas en una robusta discusión deliberativa, y el proceso de buscar, citar, evaluar y comparar el peso de tales razones es muy diferente para los tribunales que para un ideal deliberante político. En parte, este es el punto mencionado antes –que el razonamiento será orientado por la terminología de la Carta de Derechos–. Si se es afortunado de tener una Carta de Derechos buena y actualizada, entonces podría haber cierta congruencia entre la exposición judicial de razones y la exposición de razones que esperaríamos en una deliberación completamente racional,

moral o política. Sin embargo, si se tiene una Constitución anticuada, de unos doscientos o trescientos años, entonces la aludida exposición de razones será proclive a ser artificial y distorsionado. En los Estados Unidos, lo que es llamado la “exposición de razones” es usualmente un intento de conectar la decisión que el tribunal enfrenta con alguna antigua pieza de razonamiento decimonónico prosado. (Por ejemplo, ¿un argumento acerca de si “el debido proceso sustantivo” es el mejor marco para pensar sobre el derecho laboral o, en el mismo sentido, sobre el derecho al aborto?).

La exposición de razones de los tribunales también busca construir analogías o desemejanzas desesperadas entre la decisión presente que afrontan y otras decisiones que tuvieron que decidir en el pasado (y las que se adentraron bajo contorsiones similares). Hay una laboriosa discusión sobre el precedente, aun cuando es sabido en los más altos niveles de la toma de decisiones judiciales que el precedente no resuelve el asunto⁹⁷. (Así que también hay una laboriosa discusión sobre las circunstancias donde el precedente debería o no anularse⁹⁸). Todo el tiempo se ponen al margen los verdaderos problemas en juego en el desacuerdo de buena fe acerca de los derechos. Los jueces usualmente toman uno o dos párrafos de las veinte páginas o más dedicadas un fallo, y aun entonces las cuestiones raramente son abordadas directamente. En el fallo de cincuenta páginas de la Corte Suprema en *Roe v. Wade*, por ejemplo, solamente hay unos cuantos párrafos que tratan sobre la importancia moral de los derechos reproductivos en relación a la intimidad, y los pocos párrafos que abordan los asuntos morales en cuestión —el estatus del feto respecto de los derechos—, se ocupan en gran parte en mostrar la diversidad de opiniones sobre el tema⁹⁹. Lea esos párrafos: el resultado puede ser atractivo, pero el “razonamiento” está en harapos.

En realidad, pienso que existe una buena razón para esto. A los tribunales les preocupa la legitimidad de su toma de decisiones y por ende enfocan su “exposición de razones” en hechos que tienden a mostrar que se encuentran legalmente autorizados —por la Constitución, una ley o un precedente— a tomar la decisión que proponen tomar. Hace esto es también algo basado en el resultado sobre la preferencia del control judicial sobre la

⁹⁷ Véase, e.g., Henry Paul Morgan, “Stare Decis and constitutional Adjudication”, *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, p. 723.

⁹⁸ Véase, e.g., *Planned Parenthood of se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. pp. 833, 854-869 (1992) (discutiendo las circunstancias en las que el precedente constitucional podría ser anulado).

⁹⁹ Existe una gran cantidad de historia jurídica y social de la decisión, pero pocas páginas abordan los verdaderos problemas morales en cuestión. *Roe v. Wade*, 410 U.S. pp. 113, 153-155 (1973) (discutiendo la privacidad y la importancia de los derechos reproductivos); *Idem*, pp. 159-162 (discutiendo los supuestos derechos o personalidad del feto).

legislación¹⁰⁰. Distráidos por los temas de legitimidad, los tribunales se enfocan en lo que otros tribunales han hecho, o en cuál es el lenguaje de la Carta de Derechos, mientras que los legisladores –no obstante sus vicios– tienden al menos a tratar directamente el corazón del asunto¹⁰¹.

Al respecto, es impactante cuán sustancioso es el razonamiento en los debates legislativos sobre cuestiones de derechos en países sin control judicial de la legislación¹⁰². Leí exhaustivamente los debates de la Cámara de los Comunes acerca de la Ley sobre la Terminación Médica del Embarazo de 1966¹⁰³. Esta era una propuesta de ley que proponía liberalizar la ley sobre el aborto. El debate en segunda lectura sobre la propuesta es un ejemplo tan fino de una institución política abordando temas morales, como el que se pudiese esperar encontrar. Es un debate extenso –aproximadamente cien páginas en el *Hansard*¹⁰⁴– e involucró a gente del partido Laborista, pro-vida y pro-elección, y Conservadores, tanto pro-vida como pro-elección, todos tratando y enfocándose en todas las cuestiones que deben abordarse cuando se debate sobre el aborto. Debatieron las cuestiones apasionadamente, pero también exhaustiva y honorablemente, con atención a los derechos, principios, y problemas pragmáticos de ambas posturas. Fue un debate que al final ganaron los partidarios de la propuesta de ley, prevaleció la facción pro-elección¹⁰⁵. Una cuestión destacable fue que todos los que participaron en el debate, aun aquellos miembros pro-vida del Parlamento (cuando vieron cuál sería el resultado de la votación), rindieron tributo al respeto con el que sus posturas fueron atendidas y escuchadas en esa discusión¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Eisgruber parece aceptar esto, diciendo que “[m]uy a menudo los jueces intentan justificar fallos controvertidos al citar precedentes ambiguos, y... esconden sus verdaderas razones detrás de formulaciones poco claras y citas prestadas de casos previos.” Eisgruber, *supra*, nota 13, p. 70; Véase también *Idem*, p. 135 (“[L]os jueces... a menudo... fingen que no están realizando juicios de carácter político y que detalles textuales o hechos históricos forzaron sus decisiones”).

¹⁰¹ Existe un punto importante al respecto que ha sido enfatizado por Mark Tushnet: no deberíamos criticar a los legisladores por no razonar como hacen los jueces, dado que esa podría no ser una forma inteligente de abordar las cuestiones en juego. Tushnet, *supra* nota 11, pp. 63-65.

¹⁰² Adaptado de Waldron, *supra* nota 46.

¹⁰³ En el órgano legislativo británico, el segundo debate de lectura es la deliberación respecto de los principios primordiales de la propuesta de ley.

¹⁰⁴ 732 *Parl. Deb.*, H.C. (5º ser.)(1966) pp. 1067-1166.

¹⁰⁵ El segundo debate de lectura no fue el final, por supuesto. Hubo una larga comisión y posteriormente un tercer debate de lectura, y luego debates similares en la Cámara de los Lores. Pero eventualmente la legislación liberalizadora fue promulgada.

¹⁰⁶ Véase, e.g., 732 *Parl. Deb.*, H.C. (5ª ser.)(1966) p. 1152. Norman St. John-Stevs, un miembro católico del parlamento, votó en contra de la propuesta, no obstante comenzó su argumento señalando, “[t]odos concordamos en que éste ha sido un debate vitalmente

Pensemos en esto: ¿cuántas veces hemos escuchado a alguien de la postura pro-vida elogiar la atención y respeto con que se han discutido sus posturas, digamos, por la Corte Suprema en *Roe v. Wade*?¹⁰⁷.

En los Estados Unidos nos vanagloriamos por consignar temas de derechos individuales, tales como el aborto, a los tribunales para su adjudicación constitucional, sobre la base de que los tribunales deben considerarse foros de principios, para utilizar la famosa frase de Ronald Dworkin¹⁰⁸. De hecho, a veces decimos que los británicos están atrasados por no hacer las cosas de este modo¹⁰⁹. Pero la diferencia clave entre el debate legislativo británico y el razonamiento judicial estadounidense es que al último le preocupa en mayor parte la interpretación y la doctrina, mientras que en el primero quienes toman las decisiones pueden enfocarse fijamente en el problema del aborto en sí mismo y lo que supone —sobre el estatus ético del feto, sobre los dilemas de las mujeres embarazadas y la importancia de sus elecciones, su libertad y su intimidad, sobre los conflictos y dificultades morales que todo esto implica, y sobre los problemas pragmáticos acerca del papel que debería desempeñar el derecho respecto de temas morales privados—. Estos son los asuntos que, seguramente, se necesita que sean debatidos cuando una sociedad decide sobre los derechos del aborto, y estos son los asuntos que reciben mayor tiempo de atención en los debates legislativos y menos tiempo en las deliberaciones judiciales¹¹⁰.

importante, conducido a un nivel digno de las más altas tradiciones de esta Cámara.” *Idem*. Posteriormente, pasó a felicitar al promotor del proyecto de ley, “por el modo en que introdujo la Propuesta, lo que realizó con extraordinaria moderación y habilidad.” *Ibidem*.

¹⁰⁷ Cuando menciono este ejemplo, mis amigos estadounidenses me dicen que el legislativo británico se encuentra organizado para hacer posibles tipos de debate que serían imposibles en los Estados Unidos. Bueno, dejando de lado la cuestión de si los Estados Unidos deberían ser considerados como un caso patológico, esto es simplemente falso. El debate al que me he referido funcionó, porque la Cámara de los comunes suspendió una de sus características distintivas —fuerte disciplina partidista— con el fin de abordar este tema de derechos. Los miembros del parlamento, de hecho, debatieron el tema de un modo más similar al de sus contrapartes estadounidenses, no necesariamente marcando las posturas de sus partidos, sino las opiniones propias de manera clara y firme.

¹⁰⁸ Dworkin, *supra* nota 3, pp. 33, 69-71.

¹⁰⁹ Véase Editorial, “Half-Measures on British Freedoms”, *New York Times*, Nov. 17, 1997, p. A22 (Criticando al *Human Rights Act* por no cambiar completamente del todo al Reino Unido hacía una control judicial fuerte).

¹¹⁰ Elena Kagan y otros me han sugerido que esta crítica sobre el modo en que los tribunales discuten los derechos es predicada bajo el supuesto de que lo que buscamos proteger son derechos morales. Si, por el otro lado, lo que valoramos es la protección de nuestros derechos jurídicos constitucionales, entonces, este modo de discusión no es inapropiado, como mi crítica sugiere. No estoy convencido de esto. Lo que buscamos proteger son derechos, y la cuestión es qué mecanismos disponibles en el Estado moderno son mejores para protegerlos

Estoy seguro de que hay más que decir sobre la pregunta relacionada con el resultado. Ciertamente ocurre que al igual los tribunales abordan las cuestiones sobre los derechos de modos que distorsionan lo que realmente está en juego, también el razonamiento legislativo puede ser una desgracia, como cuando las mayorías legislativas actúan presas del pánico, imprudentemente, o simplemente repitan eslóganes populares o sectoriales en sus pseudo-debates. La cuestión es esta: ¿Cuáles defectos en la deliberación deberían ser considerados como normales y cuáles como aberraciones en la forma cómo las respectivas instituciones –tribunales y legislativos– se supone que deben comportarse? A pesar de la retórica de Dworkin sobre “foros de principio”, pienso que se espera que los tribunales se comporten cómo he criticado, enfocándose en los precedentes, el texto, la doctrina y otros legalismos. Nuestro supuesto acerca de los tribunales –segundo supuesto– trata sobre instituciones que se comportan de ese modo, de hecho se comportan correctamente bajo esos estándares (legalistas). En el caso de los legislativos, sin embargo, legislar apresurada o sectariamente no es parte de la teoría normal sobre el para qué están hechos los legislativos. No es lo que debemos asumir para el caso central de la toma de decisiones legislativas en una sociedad cuya mayoría de miembros respetan los derechos. Puede que existan algunos países –posiblemente los Estados Unidos– donde se hayan desarrollado algunas patologías legislativas particulares. Si esto es así, entonces los estadounidenses deberían confinar sus argumentos no centrales sobre el control judicial para sus propias circunstancias excepcionales.

VI. RAZONES RELACIONADAS CON EL PROCESO

Entre las razones que tenemos para establecer procedimientos de toma de decisiones de una forma u otra, algunas posiblemente tienen poco que ver con los resultados, ya sea resultados particulares o resultados en general. Ellas preocupan por la voz o la justicia u otros aspectos del proceso en sí mismo. Como sostuve antes, a menudo se asume que los argumentos relacionados con el proceso pesan inequívocamente contra el control judicial de la legislación. Esto no es necesariamente cierto. Algunos argumentos endebles relacionados con el proceso han sido confeccionados por los defensores de la

y facilitar una discusión inteligente acerca de ello. No asumo que el modo apropiado sea el utilizado en un seminario sobre filosofía moral. Lo que sugiero aquí es que es importante, de un modo u otro, es llegar a los verdaderos problemas sobre los intereses y libertades humanas que se encuentran en juego en nuestros desacuerdos. Un modo legalista de proceder podría, o no, ser la mejor forma de hacerlo, pero sería un grave error decir que debemos valorar al legalismo como un fin por sí mismo.

práctica y he de revisarlos al final de este apartado. Es en gran parte cierto, sin embargo, que la preponderancia de las razones relacionadas con el proceso pesa a favor de los legislativos.

La cuestión de la legitimidad política de los procesos de decisión de frente a un desacuerdo sobre resultados puede ser planteada como sigue. (Me temo que esto será bastante abstracto).

Imaginemos una decisión tomada bajo un cierto proceso e imaginemos a un ciudadano C_n —que se encuentra vinculado por la decisión— que discrepa con la decisión y que pregunta por qué habría de aceptarla, acatarla o tolerarla. Algunos de los que apoyan la decisión podrían buscar persuadir a C_n de que ésta es correcta en lo esencial, pero podrían no lograrlo, no por torpeza de su parte, sino simplemente porque C_n continúa (no irracionalmente) sosteniendo una postura diferente en este asunto complejo e importante. Entonces, ¿qué habría que decirle a C_n ? Una respuesta plausible que podría ofrecérsele se refiere al proceso por el cual se llegó a la decisión. Aunque discrepe con el resultado, podría aceptar que se llegó a ella de forma justa. La teoría de tal tipo de respuesta basada en el proceso es la teoría de la legitimidad política.

Los procedimientos para la toma de decisiones políticas usualmente toman siguiente forma. Dado que existe un desacuerdo sobre una discusión dada, la decisión debe realizarse por un conjunto designado de individuos $\{C_1, C_2, \dots, C_m\}$ utilizando algunos procedimientos para la toma de decisiones previamente designados. La carga de la teoría de la legitimidad es explicar por qué es apropiado que estos individuos, y no otros, tengan el privilegio de realizar esta decisión. Como podría decirlo C_n , “¿por qué ellos y por qué no yo?”. La teoría de la legitimidad tendrá que proveer las bases de una respuesta a esa pregunta. Dado que el problema es general —no solo es asunto de la perversidad idiosincrática de C_n — tendrá que dar una respuesta similar a las preguntas de C_o y C_p , y todos los demás C no incluidos en el conjunto de los privilegiados que toman las decisiones. Pero aun si esta respuesta se acepta, el conflicto no ha terminado. La teoría de la legitimidad también tiene que proveer una respuesta a la pregunta adicional que C_n podría realizar: “en el procedimiento de toma de decisiones que hemos utilizado, ¿por qué no se dio mayor peso a las posturas de aquellas personas capaces de tomar las decisiones que coinciden conmigo respecto del asunto?” Debe haber una defensa del proceso de toma de decisiones utilizado por $\{C_1, C_2, \dots, C_m\}$, no solo una defensa de su afiliación al conjunto.

Hagamos ahora más concreta esta algebra abstracta. Supongamos que un ciudadano, que discrepa con una decisión legislativa sobre los derechos, plantea las dos preguntas que he imaginado. Pregunta: (1) ¿Por qué este

grupo de aproximadamente quinientos hombres y mujeres (los miembros del legislativo) deben tener el privilegio de tomar decisiones que me afectan a mí y doscientos millones de personas más? y (2) aun si acepto que los quinientos tengan este privilegio, ¿por qué no tuvo mayor peso la postura de los legisladores que concordaban conmigo?

En las democracias, los legislativos se establecen de maneras que proveen respuestas razonablemente convincentes a estas dos preguntas. La respuesta a la primera cuestión es provista por la teoría de elecciones equitativas al legislativo, elecciones en que la gente como C_n y sus conciudadanos fueron tratados con igualdad, para determinar quién debería tener el privilegio de encontrarse entre ese pequeño número de participantes en las decisiones de este género. La respuesta a la segunda pregunta es dada por los argumentos bien conocidos sobre la equidad que subrayan el principio de la decisión mayoritaria (DM). No es mi cometido defender esto aquí, la defensa de la justicia/equidad de la regla sobre la decisión de la mayoría es bien conocida¹¹¹. Mejor que cualquier otra regla, DM es neutral entre los resultados disputados, trata a los participantes por igual, y otorga a cada opinión expresada el mayor peso posible compatible con el dar igual peso a todas las opiniones. Cuando discrepamos acerca del resultado deseado, cuando no queremos parcializar el asunto, y cuando cada uno de los participantes relevantes tiene una demanda moral a ser tratado como igual en el proceso, entonces la DM –o algo similar– es el principio a utilizar¹¹².

Pero, ¿qué ocurre si alguien responde de la siguiente forma: Puedo ver por qué individuos como C_n tienen derecho a ser tratados como iguales en el proceso de toma de decisiones sobre un asunto que los afecta a todos, pero, ¿por qué los quinientos representantes en el legislativo tienen derecho a ser tratados como iguales en este proceso?, ¿qué justifica su uso de la DM?

¹¹¹ Para el teorema (en la teoría de la decisión social) de que DM por sí misma satisface las condiciones elementales de la justicia, equidad, y racionalidad, Véase Amartya K. Sen, *Collective Choice And Social Welfare*, Holen-Day, 1970, pp. 71-74; y Kenneth O. May, "A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision", *Econometrica*, vol. 20, 1952. También hay discusiones interesantes en Charles R. Beitz, *Political Equality*, Princeton University Press, 1989, pp. 58-67; y Robert A. Dahl, *Democracy And Its Critics*, Yale University Press, 1989, pp. 139-141.

¹¹² En conversaciones, Ronald Dworkin me ha convencido de que la DM no es un principio apropiado para ser utilizado respecto de cuestiones de justicia de primer orden. Si me encontrase en un bote salvavidas con más pasajeros que su capacidad permite y alguien tuviese que salir al agua, no sería apropiado utilizar la DM para decidir quién debería ser. DM es un principio apropiado, sin embargo, para elegir entre reglas generales. Si alguien en el bote salvavidas propone que se tome la decisión por sorteo y alguien más sugiere que la persona más longeva debería abandonar el bote, entonces parece que la DM es una base justa para elegir entre esas reglas.

La respuesta se refiere a la continuidad entre las respuestas a la primera y la segunda pregunta en el caso de los legislativos. Para los legislativos, utilizamos una versión de la DM para elegir a los representantes y utilizamos una versión de la DM para la toma de decisiones entre los representantes. La teoría es que juntas proveen una aproximación razonable del uso de la DM como proceso de decisión entre la ciudadanía como un todo (y a una aproximación razonable de la aplicación de valores en los que se basa la DM a la ciudadanía como un todo).

Entonces, en general lo que le estamos diciendo a C_n es básicamente lo siguiente: tú no eres el único que desafía los procesos de toma de decisiones que utilizamos. De hecho, millones de individuos lo hacen. Y le respondemos a cada uno al concederles validez a su punto y darles participación en la decisión. De hecho, tratamos de darles tanta participación como sea posible, aunque por supuesto es limitada por el hecho de que tratamos de responder equitativamente al argumento que puede ser planteado, siguiendo el mismo criterio, para tomar en cuenta la participación de cada ciudadano en particular. Damos a cada persona la mayor participación posiblemente compatible con la igual participación de cada uno de los otros. Ese es nuestro principio. Y creemos que nuestros complicados arreglos electorales y representativos más o menos satisfacen la demanda de igualdad política —es decir, igual participación e igual autoridad para decidir.

Por supuesto, en el mundo real la realización de la igualdad política a través de elecciones, representación y procesos legislativos es imperfecta. Los sistemas electorales comúnmente son defectuosos (e.g., ya sea por acuerdos insatisfactorios para establecer límites a los distritos o falta de proporcionalidad entre los distritos) así como lo son los procedimientos legislativos (e.g., por un proceso de antigüedad [*seniority*] que compromete la equidad del legislativo). Todo esto puede ser reconocido. Recordemos, sin embargo, nuestro primer supuesto: un conjunto de instituciones legislativas —incluyendo un sistema de elecciones para el legislativo y un sistema de toma de decisiones al interior de éste— que se encuentran en razonablemente buena forma en lo que se refiere a los valores democráticos de equidad y justicia. Estamos asumiendo también que los legisladores y sus constituyentes tienen este sistema bajo revisión para que se mantenga de conformidad a estos principios. Por ejemplo, en varias democracias existen debates sobre sistemas rivales de representación proporcional, establecimiento de distritos, y procesos legislativos. C_n podría quejarse, porque estos sistemas no son perfectos y no han sido reformados al grado que deberían, pero una buena teoría de la legitimidad (para la política del mundo real) tendrá un cierto espacio para acomodar los defectos inevitables. Ella tratará de justicia razo-

nable, no perfecta. Sin duda, algunos sistemas electorales y legislativos aún no cumplen de este criterio generoso, pero nuestra argumentación central no supone abordar situaciones en que los sistemas electorales y legislativos son patológica e incorregiblemente disfuncionales.

Regresemos a nuestro caso central y a la confrontación que imaginamos con nuestro ciudadano recalcitrante C_n . Que algo en los términos antes planteados pueda ser utilizado para responder la queja de C_n sobre la decisión de un legislativo razonablemente bien organizado es importante para la legitimidad, pero no es concluyente. C_n podría imaginar un procedimiento distinto que sea más legítimo de lo que es el procedimiento legislativo. La legitimidad es en parte comparativa¹¹³. Dado que distintas instituciones y procesos podrían generar distintos resultados, defender la legitimidad de una institución o proceso dado involucra mostrar que estos son o serían más justos que otras instituciones o procesos que se encontraban disponibles y que podrían haber alcanzado la decisión contraria¹¹⁴.

De modo que ahora imaginamos –o, en un sistema como el de los Estados Unidos, observamos– decisiones tomadas no por un legislativo sino por un tribunal (digamos, la Corte Suprema) acerca de una cuestión compleja de derechos sobre la que los ciudadanos discrepan. Un ciudadano –de nuevo lo llamaremos C_n – que no está de acuerdo con la esencia de una de las decisiones del tribunal, se queja. Cuestiona: (1) ¿por qué estos nueve hombres y mujeres determinan el asunto?; y (2) aun si lo hacen, ¿por qué han de tomar una decisión utilizando el proceso que han utilizado, en vez de un proceso que otorgue mayor peso a los jueces con una postura que favorezca a C_n ?

Estas son preguntas más arduas de responder para la Corte de lo que lo serían para los legisladores. Sabemos de buena mano que retos como este con frecuencia son expresados fuertemente fuera de la Corte y que a menudo angustian a los jueces. Algunos jueces, sin embargo, meditan sobre esa angustia. (Es tiempo de que descansen sus ojos ahora y no presten atención por unos minutos, dado que citaré al juez Antonin Scalia y lo citaré extensamente.)

En verdad, me encuentro preocupado como lo está la Corte... acerca de la “presión política” dirigida a la Corte: las marchas, el correo, las protestas que buscan inducirnos a cambiar de opinión. Que molesto es que varios de nuestros ciudadanos (buenas personas, no criminales, de ambos lados de este

¹¹³ Véase Waldron, *supra* nota 47.

¹¹⁴ Véase Michelman, *supra* nota 76, pp. 57-59.

asunto del aborto y, también, de varios lados de otros temas) piensen que nosotros, los jueces, debamos tomar adecuadamente en cuenta sus posturas, como si nos encontrásemos comprometidos no en determinar un derecho objetivo, sino en determinar algún tipo de consenso social. La Corte se beneficiaría, pienso, de prestar menos atención al *hecho* de este fenómeno perturbante y prestar más atención a su *causa*. Esa causa permea el fallo de hoy: un nuevo modo de decisión judicial constitucional que descansa, no sobre el texto y la práctica tradicional para determinar el derecho, sino sobre lo que la Corte denomina “juicio razonado”, que resulta ser nada sino predilección filosófica e intuición moral¹¹⁵.

El juez Scalia continuó:

Lo que hace todo esto relevante para la fastidiosa aplicación de “presión política” contra la Corte son los factores gemelos de que los estadounidenses aman la democracia y los estadounidenses no son tontos. Mientras esta Corte pensaba (y la gente pensaba) que los jueces estaban haciendo aquí un trabajo de abogados –el público, de algún modo, nos dejó solos–. Los textos y las tradiciones son hechos a ser estudiados, no convicciones a ser demostradas. No obstante, si en la realidad nuestro proceso de adjudicación constitucional consiste primariamente en hacer *juicios de valor*... entonces pude esperarse que la actitud de las personas libres e inteligentes respecto de nosotros sea (debería ser) bastante diferente. Las personas saben que sus juicios de valor son tan buenos como aquellos enseñados en cualquier escuela de derecho –posiblemente mejores–. Si, de hecho, las “libertades” protegidas por la Constitución son, como la Corte dice, indefinidas e ilimitadas, entonces las personas *deberían* manifestarse para protestar que no implementamos *sus* valores, sino los *nuestros*¹¹⁶.

Así que, como dice Scalia, las cuestiones de legitimidad son del más alto relieve y los defensores del control judicial deben encontrar una respuesta.

Primero, ¿por qué deberían estos jueces y sólo estos jueces, decidir el asunto? Una respuesta podría ser que los jueces han sido designados y elegidos por tomadores de decisiones y cuerpos de tomadores de decisiones (el presidente y el Senado) que tienen ciertas credenciales electivas. El Presidente es elegido, y a menudo el pueblo sabe qué tipo de personas es probable que él nomine para la Corte Suprema, y los Senadores que han aprobado la designación son elegidos también. Es cierto que comúnmente no se

¹¹⁵ Planned Parenthood v. Se. Pa. V. Casey, 505 U.S. pp. 833, 999-1000 (1992) (Scalia, J. Ponente) (cita omitida).

¹¹⁶ *Idem*. en pp. 1000-1001.

considera que los jueces tengan que rendir cuentas del modo como sí tienen que hacerlo los legisladores, pero, como ya hemos señalado, no buscamos perfección.

Por tanto, el defensor del control judicial no carece de respuesta ante los desafíos de nuestros ciudadanos; hay algo que puede decir. Sin embargo, si la legitimidad es una cuestión comparada, entonces ésta es una respuesta asombrosamente inadecuada. El sistema de elecciones legislativas no es perfecto tampoco, pero es evidentemente superior como cuestión de democracia y de valores democráticos que las bases indirectas y limitadas de la legitimidad democrática del poder judicial. Los legisladores son regularmente susceptibles de que se les exija rendir cuentas a los votantes y se comportan como si sus credenciales electorales fueran importantes al *ethos* general de su participación en la toma de decisiones. Nada de esto es verdad para los jueces.

Segundo, aun si concedemos que los complejos temas de derechos deberían decidirse por estos nueve hombres y mujeres, ¿por qué habrían de ser decididos por votación de mayoría simple entre los jueces? Aquí, la situación empeora para los defensores del control judicial de la legislación. Siempre me ha intrigado el hecho de que los tribunales realicen sus decisiones mediante votación, aplicando el principio de DM a sus escasos números. Sé que producen razonamientos y todo lo que ya hemos discutido, pero al final todo se resume al conteo de cabezas: cinco votos vencen a cuatro en la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin respetar los argumentos que han realizado los magistrados. Si la DM es desafiada en este contexto, ¿podemos responder a este desafío de un modo aproximadamente similar al que imaginamos a favor de los legislativos? De hecho, no podemos. La DM es adecuada para personas que tienen una exigencia moral de insistir en ser consideradas como iguales en algún proceso de toma de decisiones. Pero no puedo observar fundamentos morales para esta exigencia en el caso de los jueces de la Corte Suprema. Ellos no representan a nadie. Su demanda de participación es funcional, no una cuestión de estar autorizados por personas a las que representan.

Me encuentro en desventaja aquí por falta de atención teórica casi absoluta sobre el uso de la DM en los tribunales¹¹⁷. Los académicos han escrito algo respecto a nuestra experiencia empírica de la votación y las estrategias de votación en los tribunales, algunos han sugerido novedosas maneras de combinar los votos de los jueces sobre las cuestiones particulares involucra-

¹¹⁷Trato de decir un poco al respecto en Waldron, "Deliberation, Disagreement, and Voting", *supra* nota 14, pp. 215-224.

das en cada caso, en vez de en el resultado general¹¹⁸. No estoy, sin embargo, al tanto de ninguna defensa elemental del mayoritarismo judicial¹¹⁹. La defensa usual, basada en igualdad y equidad, no está disponible. Sospecho que si el uso de la DM por los tribunales fuese defendido, lo sería ya sea como un simple instrumento técnico para decidir sin mayores ramificaciones teóricas¹²⁰, o sobre las bases del teorema judicial de Condorcet (el voto mayoritario realizado por un grupo de juzgadores aritméticamente aumenta la competencia del grupo más allá de la competencia promedio de sus miembros)¹²¹. Si fuese la última, entonces la defensa de la DM es parte del argumento relacionado con el resultado en favor de la competencia judicial, lo que significa que tendría que competir con un argumento similar que puede aducirse para grupos más grandes de votaciones en los legislativos¹²². Aunque este argumento se desarrollase, mi opinión es ésta: no existe un argumento adicional sobre la equidad para el uso de la DM por los tribunales, como sí existe para su uso por los legislativos.

Los últimos puntos deberían recordarnos que las respuestas que hemos imaginado para el desafío de C_n a los procesos legislativos y judiciales no se

¹¹⁸ Véase, *e.g.*, Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, “The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts”, *California Law Review*, vol. 81, 1993; Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, “Unpacking the Court”, *Yale Law Journal*, vol. 96, 1986; David Post & Steven C. Salop, “Rowing Against the Tidewater: A Theory of Voting by Multijudge Panels”, *Georgetown Law Journal*, vol. 80, 1992.

¹¹⁹ Una razón para esto es que los defensores del control judicial prefieren no hablar acerca del uso del voto por mayoría simple ente los jueces respecto de cuestiones de derechos. Quieren poder condenar el voto mayoritario sobre derechos como si fuera característico de los legislativos. Si se les presiona, admitirán que, por supuesto, los jueces deciden asuntos por, digamos, mayoras de 5-4 o 6-3 en la Corte Suprema. Nunca he escuchado, sin embargo, a un defensor del control judicial introducir esto en una discusión por sí mismo, mucho menos se comprometen a explicar por qué es una buena idea.

¹²⁰ Véase Hannah Arendt, *On Revolution*, foto. reimpresión de 1982 [1963], p. 163 (donde dice que “el principio de mayoría es inherente en el mismo proceso de la toma de decisiones” y es “proclive a ser adoptado casi automáticamente en todos los tipos de consejos o asambleas deliberativas”).

¹²¹ Marquis De Condorcet, “Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making (1785)”, reimpreso en Keith Michael Baker (ed. & trans.), *Condorcet: Selected Writings*, Macmillan, 1976, p. 33.

¹²² El teorema de Condorcet sostiene que mientras más grande sea el grupo votante, mayor es el aumento de la competencia del grupo por encima del promedio de la competencia del votante individual, en una votación por mayoría. Por supuesto, el resultado presupone que el promedio de competencia individual es más alto del cincuenta por ciento. Para una discusión de las dudas de Condorcet sobre la aplicación de esta última condición, Véase Jeremy Waldron, “Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau Revisited”, *American Political Science Review*, vol. 83, 1989, pp. 1317, 1322.

sostienen por sí solas. Posiblemente también deberíamos proponer un argumento relacionado con el resultado para responder a su desafío. Pienso, sin embargo, que he podido demostrar en esta parte y en la previa, que el argumento relacionado con el resultado no es conclusivo (o está a favor de los legislativos) mientras que el argumento relacionado con el proceso se encuentra totalmente del lado del legislativo. Recordemos también lo que hemos dicho en la sección IV. Las razones de ambos lados conciernen a los derechos. Si una institución o la otra fuera claramente superior en determinar cuáles derechos en realidad tienen las personas, entonces nos inclinaríamos fuertemente a favor de esa institución. Pero este no es el caso. Del lado del proceso, las instituciones que dan autoridad final sobre estos asuntos a los jueces no ofrecen ninguna respuesta adecuada a la reclamación de equidad de la ciudadanía ordinaria, basada en el principio —y no sólo el valor— de la igualdad política. Esa carencia podría ser tolerable, si existiese una argumentación basada en el resultado para esa toma de decisiones judiciales. Los defensores del control judicial pretenden que existe. Pero como hemos visto anteriormente, es una afirmación sin sustento.

Posiblemente, conscientes de esto, los defensores del control judicial han tratado una serie de intentos desesperados buscando reconciliar su institución favorecida con los valores democráticos. Consideraré éstos brevemente, porque no hay mucho de valor en ellos.

Primero, los defensores del control judicial afirman que los jueces no toman sus propias decisiones acerca de los derechos, sino que aplican simplemente las decisiones de la gente que se encuentran incorporadas en la Carta de Derechos, la cual, por sí misma tiene credenciales democráticas, ya sea como legislación o como parte de la Constitución. Esta afirmación no socava la argumentación central contra el control judicial de la legislación. Asumimos que la Carta de Derechos no resuelve los desacuerdos que existen en la sociedad acerca de los derechos individuales y minoritarios. Tiene influencia en ellos, pero no los resuelve. A lo mucho, los términos abstractos de la Carta de Derechos son sitios seleccionados popularmente para disputas acerca de estos asuntos. La cuestión que hemos estado considerando es quién debe resolver esos asuntos que se disputan en esos sitios.

Segundo, y en gran medida en la misma línea, los defensores del control judicial afirman que los jueces simplemente están aplicando los compromisos de la sociedad para con los derechos. La sociedad se ha atado al mástil sobre ciertos principios de lo correcto y, como los compañeros de la nave de Ulises, los jueces simplemente se aseguran que las cuerdas continúen apretadas. Esta analogía común ha sido exhaustivamente desacreditada en la

literatura¹²³. Brevemente, la respuesta es que la sociedad no se ha comprometido con ninguna visión particular sobre lo que implica un determinado derecho, de modo que cuando los ciudadanos discrepan acerca de esto, no es claro por qué dar a los jueces el poder de decidir debería ser entendido como un modo de sostener el precompromiso. Si alguien, no obstante, insiste en que la sociedad se ha comprometido con una visión particular acerca del derecho en cuestión (y los jueces, al votar entre ellos, de algún modo afirman ese compromiso), una vez que un entendimiento alternativo de ese derecho se encuentre en juego, no es claro por qué el precompromiso existente debería prevalecer. El modelo del Ulises funciona solamente cuando el precompromiso protege contra varias aberraciones, no cuando nos guarda contra cambios de opinión en relación a desacuerdos legítimos sobre cuál sería un resultado razonable¹²⁴.

Tercero, los defensores del control judicial afirman que si los legisladores discrepan con una decisión judicial acerca de derechos, ellos pueden hacer una campaña para enmendar la Carta de Derechos para explícitamente anularla. No hacer esto equivale a una aprobación tácita democrática. Este argumento es defectuoso, dado que no defiende el punto de partida que la toma de decisiones judiciales establece. Enmendar la Carta de Derechos característicamente involucra una súper-mayoría, o si es legislación constitucional del tipo británico —o neozelandés, tendrá credenciales en la cultura política que aumenta la apuesta e incrementa la carga asociada con el esfuerzo de enmendar. Si nuestro disgustado ciudadano C_n pregunta por qué la baraja ha de ser sorteada de este modo, la única respuesta que podemos darle se remite a la decisión judicial. Y ello se ha mostrado insuficiente.

Cuarto, los defensores del control judicial insisten en que los jueces sí tienen credenciales democráticas: son nominados y elegidos por funcionarios electos, y el tipo de nominación judicial que un candidato a un cargo político es proclive a hacer hoy en día juega un importante papel en la campaña electoral del candidato¹²⁵. Esto es verdad, pero (como ya señalé) el

¹²³ Véase Jon Elster, *Ulysses Unbound*, Cambridge University Press, 2000, pp. 88-96, (generando dudas sobre algunos argumentos realizados en Jon Elster, *Ulysses And The Sirens: Studies In Rationality And Irrationality*, Cambridge University Press, 1984, p. 93); Véase también Waldron, *supra* nota 14, pp. 255-281.

¹²⁴ Véase Waldron, *supra* nota 14, pp. 266-270.

¹²⁵ Eisgruber, *supra* nota 13, p. 4 (“Aunque los Magistrados no son elegidos mediante elección directa, ellos, no obstante, son seleccionados a través de un proceso que es político y democrático... [E]llos son elegidos por funcionarios electos: son nominados por el presidente y confirmados por el Senado... los Magistrados tienen... un pedigrí democrático: ellos deben sus cargos a sus posturas políticas y sus conexiones políticas tanto como... a sus habilidades legales.”).

asunto es comparativo, y esas credenciales no son remotamente competitivas con las credenciales democráticas de los legisladores electos. Además, en la medida en que aceptemos a los jueces por sus credenciales democráticas, socavamos el argumento que se aduce a favor del control judicial como una forma distintivamente valiosa de toma de decisiones políticas.

Quinto y último, los defensores del control judicial afirman que la práctica podría ser justificada como un modo adicional de acceso a la contribución del ciudadano en el sistema político. A veces los ciudadanos acceden al sistema como votantes, a veces como cabilderos, a veces como litigantes. Dicen que deberíamos evaluar la legitimidad del paquete completo de varios modos de acceso ciudadano, no sólo las credenciales democráticas de este particular componente. La tesis es válida, hasta este punto. Sin embargo, introducir el control judicial en un orden más amplio de modos de participación ciudadana no altera el hecho de que éste es un modo de intervención ciudadana que no es disciplinado por los principios de igualdad política que usualmente son considerados como cruciales en la democracia. Las personas tienden a recurrir al control judicial cuando quieren mayor peso en sus opiniones del que la política electoral les podría otorgar. Tal vez, este modo de acceso pueda parecer respetable cuando otros canales de cambio político se encuentran bloqueados¹²⁶. Discutiremos esto en la sección VIII. Pero las actitudes hacia los conciudadanos que el control judicial transmite, no son respetables en la argumentación central que estamos considerando, donde los legislativos y los arreglos electorales se encuentran en razonablemente buena forma en lo que se refiere a los valores democráticos.

VII. LA TIRANÍA DE LA MAYORÍA

Quiero darles a los defensores del control judicial —para los casos centrales— una última mordida a la manzana. La preocupación expresada más comúnmente acerca del trabajo de un legislativo democrático es que, dado que se encuentran organizados sobre la base mayoritaria, los procesos legislativos podrían dar paso a la “tiranía de la mayoría”. Tan difundido es este miedo, tan conocido es este elemento en nuestra cultura política, tan fácil es decir “tiranía de la mayoría”¹²⁷, que la necesidad de límites judicialmente vigilados

¹²⁶ Véase John Hart Ely, *Democracy And Distrust: A Theory Of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

¹²⁷ Una crítica de Mill a *Democracy in America* de Tocqueville era que el probable efecto político de su popularización de la frase, “la tiranía de la mayoría”, daría a las fuerzas conservadoras retórica adicional con la cual oponerse a la legislación progresista. Véase John

sobre las decisiones legislativas, se ha vuelto más o menos axiomática. ¿Qué otra seguridad tienen las minorías contra la tiranía de la mayoría?

Considero que este argumento común es gravemente confuso. Concedamos, por ahora, que la tiranía es lo que le sucede a alguien cuando le niegan sus derechos. La primera cuestión a reconocer es que, de acuerdo con esta definición, la tiranía se encontrará en juego en casi cualquier desacuerdo sobre derechos, la parte a favor de la comprensión más amplia de un determinado derecho (o la parte que afirma reconocer un derecho que el otro niega) pensará que la postura de la parte opuesta es potencialmente tiránica. Por ejemplo, los fumadores de peyote considerarán tiránico someter sus sacramentos a las leyes generalmente aplicables a los narcóticos. Quienes se oponen a las leyes sobre el financiamiento de las campañas pensarán que esas leyes son tiránicas. Es una pregunta abierta, sin embargo, si están en lo correcto. Algunas de estas afirmaciones sobre la tiranía son, sin duda, correctas. Pero no se vuelven correctas simplemente porque son afirmadas. De hecho, en algunos casos, habrá alegaciones de tiranía por parte de ambas partes de una cuestión de derechos. Los defensores del aborto consideran que la postura de los pro-vida sería tiránica para las mujeres, pero la gente pro-vida considera que la postura de los pro-elección es tiránica para otro tipo de personas (los fetos, que son personas para ellos). Algunos piensan que la acción afirmativa es tiránica, otros consideran que lo tiránico es fracasar en implementar programas de acción afirmativa, etc.

Concedamos lo que hemos reconocido en el apartado IV, en nuestra discusión sobre la paradoja de Wollheim. Las instituciones democráticas en ocasiones alcanzarán e impondrán decisiones incorrectas sobre los derechos. Esto significa que ocasionalmente actuarán tiránicamente. Lo mismo, sin embargo, es verdad en cualquier proceso de decisiones. Los tribunales esporádicamente actuarán también de manera tiránica¹²⁸. La tiranía, bajo la definición que estamos utilizando, es más o menos inevitable. Es solo cuestión de cuánta tiranía es posible que exista, lo que fue el tema de nuestra discusión en la sección V.

Stuart Mill, "M. de Tocqueville on Democracy in America", *Edinburgh Review*, Oct. 1840, reimpresso en *Dissertations And Discussions: Political, Philosophical, And Historical*, foto. reimpresión 1973, [1859], vol. 2, pp. 79-81.

¹²⁸ No me refiero a sus pecados de omisión (no protegernos contra ciertos abusos legislativos contra los derechos). Para ejemplos de éstos, Véase *supra* nota 82. Aquí, refiero a sus pecados de comisión: a veces el poder de control judicial será ejercitado tiránicamente para evitar que los legislativos concedan a la gente (lo que son de hecho) sus derechos. Para referencia a algunos ejemplos, Véase *supra* nota 4 y el texto que la acompaña.

¿Se agrava la tiranía de una decisión política por el hecho de ser impuesta por la mayoría? Dejo de lado el punto pedante de que un tribunal quizás tomó decisiones mediante votaciones por mayoría. ¿Es la tiranía de la mayoría popular (e.g., una mayoría de representantes electos, cada uno apoyado por una mayoría del electorado) una particularmente atroz forma de tiranía? No veo cómo podría serlo. O decimos que la tiranía es tiranía sin importar cómo (y entre quiénes) se ha realizado la decisión tiránica, o decimos –y esta es mi opinión– que la característica mayoritaria en realidad mitiga la tiranía, porque indica que hubo al menos una cosa no tiránica acerca de la decisión: no fue realizada de un modo que tiránicamente excluyera a ciertas personas de participar como iguales.

Esto puede parecer poco serio, así que déjeseme plantear la cuestión de modo menos provocador. El temor más comúnmente expresado acerca de una autoridad legislativa no restringida es que las minorías o los individuos puedan sufrir opresión en relación a la mayoría. Podrían ser oprimidos, o discriminados, o sus derechos pueden ser negados y violados en comparación con los de la mayoría, o sus intereses ser excesivamente subordinados a aquellos miembros de la mayoría (por ejemplo, lesionados o descuidados de una forma condenada por la justicia). Al describir estas formas de tiranía, opresión, o injusticia, utilizamos los términos “mayoría” y “minoría”, pero en este particular contexto, no son necesariamente términos relacionados a procesos de toma de decisiones políticas. Permítanme explicar.

Injusticia es lo que sucede cuando los derechos o intereses de la minoría son erróneamente subordinados a aquéllos de la mayoría. Ahora, hemos concedido que esto puede suceder como resultado de la toma de decisiones políticas por la mayoría. Cuando sucede, sin embargo, necesitamos distinguir, al menos en primera instancia, entre la mayoría y la minoría “decisional” y lo que he llamado mayoría y minoría “temática”¹²⁹ [*topical*]—i.e., los grupos mayoritarios y minoritarios cuyos derechos se encuentran en juego en la decisión. En algunos casos, la membresía de la mayoría decisional podría ser la misma que la membresía de la mayoría temática, y la membresía

¹²⁹ Utilizo “temática” dado que sus derechos e intereses son el tema de la decisión. El término “minoría temática” es laxo y existe siempre la posibilidad de una disputa acerca de que a quiénes comprende (y lo mismo es cierto para “mayoría temática”). Pero la laxitud no es problema. Aun laxamente definido, la distinción entre minorías temáticas y decisionales nos permite ver que no todo el que vota por la parte perdedora en un asunto de derechos debería ser considerado como un miembro del grupo cuyos derechos han sido adversamente afectados por la decisión. Véase Waldron, *supra* nota 14, pp. 13-14; Waldron, “Precommitment and Disagreement”, *supra* nota 19; Waldron, “Rights and Majorities”, *supra* nota 19, pp. 64-66.

de la minoría decisional —aquellos que votaron contra la injusticia— podría ser la misma membresía de la minoría temática. Esto es a menudo verdad en el caso de la injusticia radical, por ejemplo: los legisladores blancos (mayoría decisional) votan por el privilegio de los blancos (mayoría temática); los legisladores negros pierden en la lucha por iguales derechos para los negros. Estos son los casos que presento sobre los que deberíamos estar especialmente preocupados bajo el título de “la tiranía de la mayoría”.

Con esta distinción en mente regresemos a los casos de desacuerdo sobre derechos. Supongamos que existe un desacuerdo en la sociedad sobre cuáles son los derechos de una minoría temática. Asumiendo que este desacuerdo debe resolverse, la sociedad habrá de deliberar acerca del mismo y aplicar sus procesos de toma de decisiones al asunto. Supongamos que la sociedad utiliza la DM para resolver el asunto, yo tomo parte en esta toma de decisión utilizando mi voto y la parte por la que voto pierde. Soy, por ende, miembro de la minoría decisional en el asunto. Hasta el momento, sin embargo, no se ha mostrado que algo tiránico me haya sucedido. Para demostrarlo, deberíamos tener que mostrar otras dos cosas adicionales: (1) que la decisión realmente fue errónea y tiránica en sus implicaciones respecto de los derechos de los afectados; y (2) que yo fui parte de la minoría temática cuyos derechos fueron adversamente afectados por esta decisión errónea.

El punto a recordar aquí es que nada tiránico me sucede simplemente en virtud del hecho de que la comunidad a la que pertenezco no actúe de acuerdo a mi opinión. Siempre que la opinión sobre la que se actúe tome mis intereses apropiadamente en cuenta junto con los de los demás, el hecho de que mi opinión no prevalezca no es en sí una amenaza a mis derechos, o a mis libertades, o a mi bienestar. Nada de esto cambia necesariamente si soy también miembro de la minoría temática cuyos derechos son el tema a tratar. Las personas —incluyendo a los miembros de las minorías temáticas— no necesariamente tienen los derechos que creen tener. Podrían estar equivocadas acerca de los derechos que tienen, la mayoría podría estar en lo correcto. Un diálogo responsable acerca de la “tiranía de la mayoría” mantendrá estos puntos analíticos en mente.

En resumen, la tiranía de la mayoría es posible, pero el término no debería ser utilizado simplemente para marcar el desacuerdo de quien habla con los resultados de la decisión mayoritaria. La manera más fructífera de caracterizar a la tiranía de la mayoría es decir qué sucede cuando las minorías temáticas son alineadas con las minorías decisionales. En la parte VIII, consideraré la aplicación de esto a lo que son denominadas “minorías

discretas e insulares”¹³⁰. Aunque, por ahora, notaremos que este tipo de alineación es exactamente lo que no esperaremos bajo los supuestos centrales que estamos considerando. El tercer supuesto fue que a la mayoría de las personas, y por ende a gran parte de los miembros de una mayoría decisional, les importan los derechos tanto como a los miembros de una determinada minoría decisional. Y el cuarto supuesto sobre el desacuerdo fue que el desacuerdo usualmente no es impulsado por intereses egoístas. El desacuerdo es suficientemente explicado por la complejidad y dificultad de los mismos temas. Lo que Rawls denominó “las cargas del juicio”¹³¹ arguye precisamente contra el tipo de alineación entre opinión e intereses que, como hemos visto, un diálogo responsable sobre la tiranía de la mayoría debería suponer.

La conclusión no es, sin embargo, que la tiranía de la mayoría sea algo sobre lo que no debemos preocuparnos. Más bien, la conclusión es que la tiranía de la mayoría –si el término es utilizado responsablemente– es característica de los casos no centrales, en los que a las personas les preocupan poco los derechos individuales y de las minorías, sólo les importan los derechos propios. No quiero negar que esto suceda, pero creo que es importante enfatizar su incompatibilidad con mi tercer supuesto y no tratar de hablar *simultáneamente* acerca de una sociedad comprometida con los derechos en la cual la tiranía de la mayoría es, no obstante, una posibilidad endémica.

Las distinciones realizadas en este apartado pueden ayudarnos a lidiar con otros dos argumentos sobre el control judicial de la legislación. Primero, Ronald Dworkin sostiene en *Freedom's Law* que una toma democrática de decisiones es inherentemente tiránica si los derechos de las personas no son respetados. Esto no es así simplemente porque puede generar resultados tiránicos, sostiene Dworkin, sino porque el respeto a los derechos es una condición de trasfondo para la legitimidad de cualquier sistema político de toma de decisiones. Dworkin no sólo está insistiendo en el reconocido argumento de que la democracia depende (constitutivamente) de ciertos derechos, como el derecho a votar o, indirectamente, el derecho a la libertad de expresión o el de asociación. Su argumento es algo más sofisticado. Sostiene que procesos como el de la DM no tienen legitimidad en lo absoluto en un contexto democrático (o cualquier otro) a menos que a cada votante se le asegure que los demás ya lo consideran con igual preocupación y respeto. Un grupo de terroristas que decida mi destino por decisión mayoritaria (aun un proceso de DM donde se me otorgue voto) no tiene legitimidad

¹³⁰ Véase *infra* el texto que acompaña a las notas 137-141.

¹³¹ Rawls, *Political Liberalism*, *supra* nota 53, pp. 54-58.

en lo absoluto, dado que la condición de trasfondo no es cumplida. En general, Dworkin argumenta que difícilmente se puede esperar que una persona acepte las decisiones de una mayoría como legítimas, si sabe que otros miembros de la comunidad no toman sus intereses en serio o si las instituciones establecidas de la comunidad evidencian desprecio o indiferencia hacia su especie¹³².

Dworkin considera que esto refuta la objeción democrática al control judicial de legislación¹³³. Supongamos que una legislación es promulgada por una asamblea elegida y después desafiada por un grupo de ciudadanos con el argumento de que socava el derecho *D*, un derecho que es condición para la legitimidad democrática. Imaginamos que otros discreparán, algunos porque piensan que *D* no es una condición de la democracia, otros porque entienden a *D* de un modo muy distinto. Supongamos que el asunto es asignado a un tribunal para su decisión final y el tribunal deroga la legislación, aceptando la impugnación de los ciudadanos ¿Existe una pérdida de democracia? La respuesta, dice Dworkin, depende enteramente en si el tribunal toma la decisión correcta. Si lo hace –esto es, si la legislación realmente era incompatible con los derechos requeridos como condiciones para la legítima aplicación de la DM– entonces la democracia seguramente ha sido mejorada por lo que ha hecho el tribunal, porque la comunidad es ahora democráticamente más legítima de lo que hubiese sido si se hubiese permitido que la legislación permaneciera¹³⁴.

Hay muchas cosas que están mal en este argumento, algunas las he señalado en otro lugar¹³⁵. En primer lugar, Dworkin parece sugerir que si una decisión política *es sobre* la democracia, entonces no existe una cuestión interesante a plantear sobre el proceso institucional por el que fue realizada. Esto me parece erróneo. Si una decisión sobre el proceso mayoritario (o sobre las condiciones de su legitimidad) fuese hecha utilizando un procedimiento que, por ejemplo, impidiera la participación de las mujeres, las objeciones al procedimiento basadas en la igualdad no serían descalificadas

¹³² Dworkin, *supra* nota 10, p. 25.

¹³³ Dworkin es cuidadoso al decir que este no es un argumento a favor del control judicial de la legislación. *Idem*, p. 7 (“La democracia no insiste en que los jueces tengan la última palabra, pero no insiste en que no deban tenerla.”).

¹³⁴ *Idem*, en pp. 32-33 (“[S]i asumimos que la decisión del tribunal fue errónea, entonces nada de esto es cierto. Ciertamente perjudica a la democracia cuando un tribunal autoritativo realiza una decisión errónea acerca de lo que las condiciones democráticas requieren –pero no más de lo que lo afecta cuando un legislativo mayoritario toma una decisión constitucional errónea que se permite que permanezca. La posibilidad de error es simétrica.”).

¹³⁵ Para una respuesta completa, ver Waldron, *nota supra*, 282-312

simplemente porque la legitimidad del proceso mayoritario fuese el tema en cuestión. Nos interesan los valores del proceso, aun cuando es el proceso el que se encuentra en el centro de nuestro desacuerdo.

La objeción más elocuente, sin embargo, es ésta. Concedamos la premisa de Dworkin –que los procedimientos democráticos son legítimos sólo entre las personas que respetan los derechos de los demás–. Esto puede ser leído de dos maneras: (1) los procedimientos democráticos son legítimos sólo entre las personas que sostienen y actúan sobre una correcta visión de los derechos de los demás; o (2) los procedimientos democráticos son legítimos sólo entre las personas que toman los derechos de los demás en serio y que, de buena fe, tratan con todo esmero de descifrar cuáles son estos derechos. La primera lectura es demasiado fuerte, ningún sistema político imaginable la satisfaría. No puedo encontrar una objeción a la segunda lectura de la premisa de Dworkin, pero si la leemos de este modo, entonces la premisa de Dworkin es satisfecha por el tipo de sociedad que hemos imaginado en este ensayo. Aun si las personas discrepan sobre los derechos, podrán tomarse los derechos de uno y otro en serio. Las mayorías decisionales podrían prevalecer. Algunas veces estarán en lo correcto sobre los derechos, algunas otras en lo incorrecto. Esto es algo que tienen en común con todos los sistemas de toma de decisiones y que por sí sólo no puede socavar su legitimidad, siempre y cuando las minorías temáticas tengan una garantía de que la mayoría de sus conciudadanos se toman sus derechos en serio.

Segundo, también podemos utilizar las distinciones desarrolladas en este apartado para ayudarnos a lidiar con el alegato de que la toma de decisiones sobre derechos no revisables por parte del legislativo involucra a la mayoría, que se convierte en un juez en su propia causa. Aquellos que invocan la máxima *nemo iudex in sua causa* en este contexto, dicen que requiere que una decisión final sobre los derechos no debería ser dejada en las manos del pueblo. Más bien, ésta debería pasarse a una institución independiente e imparcial, tal como un tribunal.

Es difícil observar la fuerza de este argumento. Casi cualquier decisión-regla eventualmente involucrará a alguien decidiendo sobre su propio caso. A menos que vislumbremos una cadena de apelaciones literalmente interminable, siempre habrá una persona o institución cuya decisión sea final. Y de esa persona o institución, siempre podremos decir que dado que tiene la última palabra, sus miembros están *ipso facto* fallando sobre la aceptabilidad de su propia opinión. Las invocaciones superfluas de la máxima *nemo iudex in sua causa* no son excusa para olvidar la lógica elemental de la legitimidad: las personas discrepan y existe una necesidad de una decisión final y un procedimiento para alcanzar esa decisión final.

Lo que este argumento sobre la necesidad de un control judicial podría significar es que los miembros de la mayoría temática —i.e., la mayoría cuyos derechos e intereses se encuentran en juego— no deberían de ser aquellos cuyos votos sean decisivos para determinar si esos derechos e intereses deben mantenerse ascendientes. Y hay fundamentos legítimos para preocuparse cuando las mayorías temáticas se alinean con las mayorías decisionales. (Si esta alineación es endémica, entonces considero que estamos tratando con casos no centrales, por razones que explicaré en el apartado VIII). Es impactante, sin embargo, la poca frecuencia con que esto sucede, incluyendo lo poco frecuente que sucede en este tipo de casos que normalmente son lidiados con el control judicial en los Estados Unidos. Pensemos en los dos ejemplos que he mencionado antes: el aborto y la acción afirmativa. En ninguno de ambos casos existe el tipo de alineamiento que puede preocuparnos. Varias mujeres apoyan el derecho a abortar, pero también varios hombres y mujeres se les oponen. Varios afroamericanos apoyan la acción afirmativa, pero también varios miembros de la mayoría blanca, y varios afroamericanos se oponen a ésta. Esto es lo que debemos esperar en una sociedad en que nuestros supuestos tercero y cuarto, establecidos en el apartado III, sean satisfechos. Es de esperarse que personas que se toman los derechos en serio discrepen sobre ellos, pero es un signo de que se toman los derechos en serio que estos desacuerdos sean relativamente independientes de los intereses personales que los individuos tengan en el asunto.

VIII. CASOS NO CENTRALES

Los argumentos que he propuesto hasta ahora se basan en cuatro supuestos bastante exigentes. ¿Qué sucede con estos argumentos cuando los supuestos fallan, o para las sociedades en que los supuestos no son sostenibles? Tengo en mente particularmente mi primer supuesto que una sociedad tenga instituciones democráticas y legislativas en buen estado, en cuanto respecta la igualdad política, y mi tercer supuesto que los miembros de la sociedad que estamos considerando están ampliamente comprometidos con la idea de los derechos individuales y de las minorías. Creo que para muchas personas la argumentación a favor del control judicial descansa en el rechazo a estos cuatro supuestos. El control judicial es en parte una respuesta a los percibidos fracasos de las instituciones democráticas, o es en parte respuesta al hecho de que muchas personas no toman los derechos suficientemente en serio (de modo que necesitan que un tribunal lo haga por ellos). En suma, los partida-

rios de la práctica dirán que necesitamos control judicial de la legislación en el mundo real, no en el mundo ideal definido por mis cuatro supuestos.

Una serie de cosas deben decirse en respuesta a esto, antes de regresar a un par de asuntos específicos sobre los casos no centrales. Primero, los supuestos sobre los que he procedido no son irreales. El tercer supuesto, por ejemplo –un compromiso general con los derechos en la sociedad– es fácilmente satisfecho, dado que la argumentación a favor del control judicial casi siempre asume que de alguna forma la sociedad para la cual este control ha sido diseñado cuenta con una Carta de Derechos que tiene algún tipo de relación real con las visiones de los ciudadanos. El primer supuesto trató sobre que los arreglos electorales y legislativos se encontrasen en buen estado, manteniendo en mente que aun en nombre de la igualdad política no estamos en condición de exigir perfección. También, en el apartado VI, cuando hablé sobre la legitimidad de los tribunales y los legislativos, de nuevo he especificado que mis argumentos no dependían de que existiera una respuesta perfecta a la demanda de los individuos por voz y participación. La argumentación a favor de la legitimidad de la toma de decisiones legislativas no depende de ningún supuesto de perfección utópica de las instituciones legislativas, ni en que perfectamente encarnen el principio de igualdad política en sus aspectos electivos y procedimentales. Sólo ascienden a que estas instituciones estén explícitamente orientadas a este principio, organizadas de una forma diseñada para satisfacer el principio, y de que realicen un esfuerzo razonable para lograrlo. Finalmente, me he ocupado de citar las verdaderas deliberaciones de un legislativo verdadero –la Cámara de los Comunes respecto de la *Medical Termination of Pregnancy Bill* de 1966– como ejemplo de cómo los legislativos podrían funcionar, no alguna referencia a un a priori filosófico.

Habiendo dicho todo lo anterior, aun hemos de preguntar: ¿Qué sucede con el argumento contra el control judicial si los supuestos no se cumplen?

En los casos donde no se cumplen los supuestos, el argumento en contra el control judicial presentado en este ensayo no prevalece. Como he enfatizado en la sección III, mi argumento es de naturaleza condicional¹³⁶. Sin embargo, no se sigue que el control judicial de la legislación sea defendible cuando los supuestos no se cumplen. Puede que haya otros buenos argumentos contra el control judicial que no estén condicionados a supuestos como los que he presentado. O puede que ocurra que el control judicial no ofrezca esperanza de aminorar una situación particular. Puede que no sea

¹³⁶ Véase *supra* el texto que acompaña a la nota 43. Para un ejemplo de la frascado del argumento, Véase Waldron, *supra* nota 47.

apropiado establecer el control judicial de la legislación si la toma de decisiones judiciales en una sociedad no es menos corrupta o no se encuentra menos parcializada que la toma de decisiones legislativas. Los argumentos que presentamos para los casos centrales son en gran parte comparativos, y esta lógica también es aplicable a los casos no centrales.

Supongamos que estamos tratando con un caso que no es central en virtud de que no se cumple el primer supuesto. En este caso, los legislativos son inadecuadamente representativos o deliberativos, el sistema de elecciones se encuentra comprometido y los procedimientos utilizados en el legislativo no tienen ninguna relación creíble con la legitimidad política. Dos preguntas surgen: (1) ¿Es posible mejorar la situación en lo relacionado con el legislativo? (2) ¿Debería establecerse un poder en los tribunales para tomar decisiones finales sobre asuntos de derechos, asumiendo que los tribunales manejarían estos asuntos de mejor manera? Las preguntas son independientes, dado que podríamos razonablemente pensar que algunos asuntos sobre derechos son demasiado urgentes para esperar el surgimiento de un legislativo más responsable y representativo. Pero ellas no son absolutamente independientes. Establecer el poder final de decisión en los tribunales podría hacer más difícil reformar el legislativo o más difícil desarrollar un *ethos* legislativo como el que presupone el primer supuesto y posiblemente el segundo. He escuchado especulaciones al respecto sobre los Estados Unidos: la idea es que los legislativos de los Estados Unidos, particularmente los estatales, operan irresponsablemente y de un modo no se toma los derechos en serio porque saben que los tribunales están como respaldo, lo que hace más difícil que se desarrolle una cultura responsable entre los legisladores. No se hasta dónde sea esto cierto. Es ciertamente digno de ser considerado.

Quiero finalizar discutiendo una forma bien conocida en la que se piensa que mi primer supuesto falla. Tengo en mente la sugerencia del juez Stone en el famoso caso *Carolene Products*, en la cuarta nota al pie: “[E]l prejuicio contra las minorías discretas e insulares podría ser una condición especial, la cual tiende seriamente a restringir la operación de aquellos procesos políticos que ordinariamente sería confiados a proteger a las minorías...”¹³⁷. Esta me parece una excelente manera de caracterizar el tipo de casos no centrales en que tiene algo de plausibilidad el argumento a favor del control judicial de las decisiones legislativas. Las minorías en esta situación podrían

¹³⁷ United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. pp. 144, 153 n. 4 (1938); Véase también Keith E. Whittington, “An “Indispensable Feature”? Constitutionalism and Judicial Review”, *N.Y.U. Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 6, 2002, pp. 21, 31 (afirmando que mi descuido respecto de esta idea en *Law and Disagreement* es “impactante desde la perspectiva de la teoría constitucional estadounidense”).

necesitar un cuidado especial que sólo las instituciones no electivas pueden proveer –cuidado especial para proteger sus derechos, y cuidado especial (como señala John Hart Ely) para reparar el sistema político y facilitar su representación—¹³⁸.

Sin embargo, tenemos que ser precavidos sobre este argumento. Se desprende de lo que sostuve en la sección VII que no toda minoría amerita este tratamiento especial: ciertamente no toda minoría decisional, e incluso no toda minoría temática¹³⁹. No existe razón para suponer que cada minoría permanente merece este tratamiento especial, ciertamente no las minorías decisionales permanentes –los bolcheviques en los Estados Unidos, por ejemplo–.

Muy a menudo, la frase “discreta e insular” es utilizada de forma desconsiderada. No toda minoría distinta e identificable es discreta e insular. No hay nada mágico en el lenguaje del Juez Stone. No obstante, si se han de tomar en serio, “discreto” e “insular” son adjetivos útiles, porque comunican no sólo la idea de una minoría que existe aparte de la toma de decisiones políticas –en otras palabras, una minoría temática– sino también una minoría cuyos miembros se encuentran aislados del resto de la comunidad en el sentido de que no comparten varios intereses con no-miembros que les permitirían construir una serie de coaliciones para promover sus intereses. El alineamiento de las minorías decisionales y temáticas que hemos advertido en sección VII es un buen ejemplo de “insularidad” en este sentido y es una causa de preocupación.

¿Qué hay del otro criterio que el juez Stone mencionó –que la minoría es víctima del prejuicio? El perjuicio penetrante es ciertamente incompatible con mis supuestos tres y cuatro; éste connota indiferencia u hostilidad hacia los derechos de los miembros del grupo y podría guiar a los miembros de la mayoría a diferir irracionalmente de la estimación que los miembros de la minoría tienen sobre sus derechos. El término “prejuicio”, sin embargo, podría ser demasiado estrecho, y sus connotaciones no capturar la profundidad de la antipatía aferrada e inconsciente existente entre un grupo y otro¹⁴⁰. El punto no es insistir sobre cualquier particular modo de antipatía,

¹³⁸ Ely, *supra* nota 126, pp. 135-179.

¹³⁹ Tushnet, *supra* nota 11, pp. 159 (“Cada ley derroca la postura de la minoría que pierde... Tenemos que distinguir entre *meros* perdedores y minorías que pierden dado que ellas no pueden protegerse a sí mismos en la política.”).

¹⁴⁰ Véase Charles R. Lawrence III, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism”, *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, p. 317. Agradezco a Ian Hancy-Lopez por enfatizar este punto.

sino distinguir entre sus varios modos y el fenómeno del desacuerdo razonable sobre los derechos¹⁴¹.

En tales casos, la argumentación central contra el control judicial que he delineado no puede ser sostenida. No obstante, de nuevo, esto no es lo mismo que decir que se ha argumentado a favor del control judicial de la legislación. Todo depende de si las mayorías judiciales se encuentran infectadas con el mismo prejuicio que las mayorías legislativas. Si lo están, entonces la argumentación podría no sólo no ser central, sino desesperanzadora. La práctica del control judicial no puede hacer nada por los derechos de las minorías si no existe en absoluto en la sociedad apoyo a éstos. La argumentación que usualmente se propone a favor del control judicial en estas circunstancias asume que existe algo de respeto por los derechos relevantes de la minoría fuera de los miembros de la misma, pero que éste se encuentra en gran medida confinado a las élites políticas. La idea es que la mayoría de los miembros ordinarios de la mayoría no comparten esta simpatía. Ahora, los miembros de la élite que comparten la simpatía por la minoría –los llamaré simpatizantes de la élite– podrían estar en el legislativo o en la judicatura. El argumento para dar autoridad final a los jueces es que los simpatizantes de la élite en la judicatura se encuentran en mejor condición que los simpatizantes de la élite en un legislativo electo para protegerse cuando están de acuerdo con los derechos de los miembros de una minoría impopular. Son menos vulnerables a la ira del público y no tienen por qué preocuparse de represalias. Por tanto, son más propensos a proteger a la minoría.

Notemos cómo este argumento a favor del control judicial depende de un supuesto particular sobre la distribución del apoyo a los derechos de la minoría. Se presume que la simpatía es más fuerte entre las élites políticas. Si esto es falso –si la simpatía es más fuerte entre las personas ordinarias– entonces no hay razón para aceptar el argumento del párrafo anterior. Al contrario, las instituciones electivas podrían ser más aptas para proteger los derechos de la minoría, dado que los arreglos electorales proveerán un modo de canalizar el apoyo popular de los derechos de la minoría hacia el legislativo, mientras que no hay tales canales hacia la judicatura. Sin duda, la distribución del apoyo a los derechos de la minoría varía de caso a caso, pero encuentro interesante que la mayoría de los defensores del control ju-

¹⁴¹ Es importante también distinguir entre prejuicios y posturas sostenidas fuertemente en bases religiosas o éticas. No deberíamos considerar las posturas de los defensores pro-vida como prejuicios simplemente porque no compartimos las convicciones religiosas que las fundamentan. Casi todas las posturas sobre los derechos incluyendo las posturas pro-elección–son profundamente sentidas y encuentran su fundamento, en el análisis final sobre firmes y profundas convicciones de valor.

dicial de la legislación, cuando asumen que habrá algo de apoyo a los derechos de la minoría en una sociedad, están convencidos de que en todos los casos se encontrará entre las élites, si es que ha de ser encontrado en algún lugar. Defenderán esto como una afirmación empírica, pero debo de decir que es completamente consonante con prejuicios antiguos sobre la toma de decisiones democráticas.

Otro factor para tomar en cuenta es si una práctica establecida de control judicial hará más fácil o difícil a largo plazo remediar las disfunciones electorales y legislativas que imaginamos aquí. En ciertas circunstancias, las minorías discretas e insulares podrían beneficiarse de la intervención judicial para proteger sus derechos, pero institucionalmente, la diligencia judicial podría empeorar las cosas, o al menos, fracasar en hacerlas mucho mejor. Como lo descubrieron los Estados Unidos en los cincuenta y sesenta, por toda la emoción de los ataques judiciales contra la segregación en *Brown* y otros casos, lo que al fin se necesitó fue una fuerte intervención legislativa (en la forma de la *Civil Rights Act*), y resultó que la principal divergencia no fue *per se* entre los tribunales contra los legislativos, sino entre las instituciones federales contras las estatales, con el legislativo federal jugando el papel decisivo al final.

Sobre todo, no deberíamos leer la nota al pie de página de *Carolene Products*, o cualquier doctrina similar, como un modo de “apalancar” la existencia de una práctica más general de control judicial de constitucionalidad¹⁴². El problema de las minorías discretas e insulares no debe concebirse como un tipo de caballo de Troya a favor del control judicial o como el fundamento para plantear argumentos en su contra. El objetivo de considerar tales casos no es defender el control judicial de la legislación; en cambio, sino hacer lo que mejor asegure los derechos de la minoría afectada. Deberíamos enfocarnos directamente en esto, conscientes del hecho de que no existe un argumento general convincente a favor del control judicial que pueda ser tratado como un tipo de vanguardia ideológica.

IX. CONCLUSIÓN

No he buscado mostrar que la práctica del control judicial de la legislación sea inapropiada en todas las circunstancias. Procuré en cambio mostrar por qué el control judicial basado en derechos es inapropiado para las sociedades

¹⁴² Véase Tushnet, *supra* nota 11, pp. 158-163, para una buena discusión de los límites sobre la utilidad de esta línea argumentativa en apoyo del control judicial de la legislación.

razonablemente democráticas, cuyo mayor problema no es que sus instituciones legislativas sean disfuncionales, sino que sus miembros discrepen sobre los derechos.

El desacuerdo sobre los derechos no es irracional y las personas pueden discrepar sobre los derechos tomándoselos en serio. En estas circunstancias, es necesario adoptar procedimientos para resolver sus desacuerdos que respeten las voces y opiniones de las personas —en ocasiones, millones— cuyos derechos se encuentran en juego en estos desacuerdos, y tratarlos como iguales en el proceso. Al mismo tiempo, deben asegurar que estos procedimientos traten, de un modo responsable y de modo deliberativo, los difíciles y complejos asuntos que generan los desacuerdos sobre derechos. He argüido que los procedimientos legislativos ordinarios pueden hacer esto y que una capa adicional de revisión final por los tribunales añade poco al proceso, excepto por una insultante forma de privación de derechos y ofuscación legalista de los asuntos morales en juego en nuestros desacuerdos sobre derechos.

Tal vez existen circunstancias —patologías particulares, instituciones legislativas disfuncionales, culturas políticas corruptas, legados de racismo y otras posibles formas de perjuicio endémico— en que valga la pena soportar por el momento estos costos de ofuscación y privación de derechos políticos. Los defensores del control judicial de la legislación, sin embargo, deben comenzar a hacer sus afirmaciones a favor de la práctica de forma franca sobre esas bases —y hacerlo con un grado de humildad y vergüenza respecto de las circunstancias en que se obtiene— en vez de predicarlas como si fuese la épitome del respeto de los derechos, y como un elemento normal y normativamente deseable de democracia constitucional moderna.

CAPÍTULO IX

CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA

Robert ALEXY*

SUMARIO: I. *El problema del control de constitucionalidad*. II. *Teoría de los principios*. III. *Derechos constitucionales, derechos humanos y representación*. IV. *Representación argumentativa*.

I. EL PROBLEMA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

La cuestión acerca de cómo puede justificarse el poder jurídico de un tribunal constitucional para anular actos del parlamento es el asunto teórico central en el campo del control judicial de constitucionalidad. Este asunto se relaciona con el problema perenne de la relación entre el control judicial de constitucionalidad y la democracia.

Hans Kelsen aborda el control judicial de constitucionalidad como una cuestión propia de la validez de la legislación. El parlamento está facultado por la Constitución, en tanto norma superior del sistema jurídico, para promulgar leyes, las cuales si no se profieren de acuerdo con las reglas procedimentales de la Constitución o no se adecuan a las restricciones constitucionales sustantivas, en particular a los derechos constitucionales, entonces tales leyes que pretenden entrar en vigencia, resultan inconstitucionales¹. En esta situación el control judicial de constitucionalidad se dice que resulta indispensable para asegurar la “total obligatoriedad jurídica” (*volle*

* Traducción de Leonardo García Jaramillo publicada con la gentil y expresa autorización del autor. El traductor agradece a Laura Clérico, Marina Gascón y Jorge Fabra por sus observaciones a la primera versión de la traducción.

¹ Hans Kelsen, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 5, 1929, pp. 30-35.

Rechtsverbindlichkeit)² que exige el “principio de la mayor legalidad posible” (*Prinzip möglicher Rechtsmäßigkeit*)³. Esta imagen del control judicial es correcta, pero incompleta. No dice nada acerca de cómo se establece la inconstitucionalidad de una ley promulgada por el parlamento. Esto acarrea un serio problema, por lo cual la cuestión de la constitucionalidad será controvertida en muchos casos.

Dos cuestiones surgen en estas situaciones: una metodológica o de tipo teórico-argumentativo y una institucional. La cuestión metodológica es si, en casos de desacuerdo, tiene sentido intentar encontrar la mejor respuesta —una respuesta mejor, por ejemplo, que una obtenida al azar como lanzando una moneda—. La cuestión institucional es si es o no compatible con la democracia que a un tribunal constitucional le sean otorgados poderes para intentar conseguir esta respuesta. Mis reflexiones sobre estas cuestiones referirán a los derechos constitucionales, un campo donde los problemas del control constitucional se plantean con una urgencia especial.

Procederé en dos partes. En la primera presentaré la teoría de los principios como un modelo de argumentación constitucional y en la segunda abordaré la idea del control constitucional como “representación argumentativa” del pueblo. Mi tesis es que el control judicial de constitucionalidad se justifica, de una parte, sobre la base de la teoría de los principios y, de otra, sobre la base de la teoría de la representación argumentativa.

II. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

1. *Reglas y principios*

El fundamento normativo y teórico de la teoría de los principios es la distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas que requieren que algo sea realizado de manera definitiva. Son por tanto *mandatos definitivos*. Su forma de aplicación es la subsunción. En contraste, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Así, los principios son mandatos

² Ibid., p. 78.

³ Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin-Grunewald, Rothschild, 1931, p. 5. Vers. cast. de Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el guardián de la constitución?* Madrid, Técno, 1999, pp. 3-4.

de *optimización*⁴. Su forma de aplicación es la ponderación. Esta distinción teórico-normativa se articula con la interpretación de los derechos constitucionales mediante la tesis conforme a la cual estos derechos tienen esencialmente la naturaleza de principios⁵.

Esto, sin embargo, no significa que las disposiciones que comportan los derechos constitucionales no puedan también expresar reglas o elementos propios de las reglas. Un ejemplo de un derecho constitucional con naturaleza de regla en la Constitución de Alemania se encuentra en su artículo 102, el cual establece: “Queda abolida la pena de muerte”. Otro ejemplo de una decisión tomada por los redactores de la Constitución que tiene naturaleza de regla es el artículo 104, sobre garantías jurídicas en caso de privación de libertad, en su numeral 2, conforme al cual: “La policía, en ejercicio de su autoridad, no tiene autorización para mantener a nadie bajo su custodia más allá del fin del día siguiente a la detención”. Otro ejemplo proviene de los detalles de una regulación sumamente compleja sobre la adopción de medios técnicos para la vigilancia acústica de una residencia donde se cree que se alberga un sospechoso, se encuentra en el artículo 13, sobre inviolabilidad del domicilio, en sus numerales 3 a 6, de la Constitución. En estos casos los redactores de la Constitución eludieron las cuestiones relacionadas con la ponderación al establecer reglas, y el intérprete de la constitución está obligado a aplicarlas⁶. Existe, sin embargo, un gran número de casos en los cuales no está disponible una decisión vinculante tomada por los redactores de la Constitución para resolver el caso. En este punto la ponderación entre principios es indispensable. Este caso también se presenta cuando un tribunal constitucional va más allá de la redacción de la constitución, como hizo, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán cuando, en una decisión tomada el 9 de febrero de 2010, creó el derecho social a un mínimo existencial⁷.

⁴ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (1ra ed., 1985), Julian Rivers (trad.), Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 47-48. Vers. cast. de Ernesto Garzón Valdés, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; 2da ed., con trad. de Carlos Bernal, 2007.

⁵ Cfr. sobre este punto, Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, en: *China Yearbook of Constitutional Law*, 2010, pp. 221-235. Vers. cast., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 91, 2011, pp. 11-29, y “Derechos fundamentales y proporcionalidad”, en Laura Clérico, Griselda Capaldo y Jan Sieckmann (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, pp. 183-197.

⁶ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights. op. cit.*, p. 83.

⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional Federal (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, citadas de aquí en adelante con la sigla acostumbrada: BVerfGE), 125, 175 (222) [*N. del T.*].

2. *Naturaleza de los principios y análisis de proporcionalidad*

La definición de los principios como mandatos de optimización conduce de inmediato a la conexión necesaria entre los principios y la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad^{8**}, el cual durante las últimas décadas ha recibido aún más reconocimiento internacional en la teoría y la práctica del control judicial de constitucionalidad⁹, está integrado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres subprincipios expresan la idea de la optimización. Los principios, en tanto mandatos de optimización, requieren ser optimizados de forma relativa tanto a lo que es fáctica como jurídicamente posible. Los subprincipios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización relativa a las posibilidades fácticas, la cual tiene que ver con la cuestión acerca de si una posición se puede mejorar sin perjudicar a la otra. Así, los dos primeros subprincipios requieren la optimalidad de Pareto.

La optimización relativa a las posibilidades fácticas consiste en evitar los costos que sean efectivamente evitables. Los costos, sin embargo, son inevitables cuando los principios colisionan. La ponderación se vuelve entonces necesaria. La ponderación es el sujeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio expresa lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Esta regla puede denominarse la “ley de la ponderación”¹⁰, y establece que:

⁸ **El concepto *Verhältnismäßigkeits* significa literalmente moderación (*mäßigkeit*) de una relación (*verhältnis*). En este contexto *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* o *Verhältnismäßigkeitsprinzip* se suelen traducir, respectivamente, como mandato (*grundsatz*) o principio (*prinzip*) de proporcionalidad. De la primera forma, también así: *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. La proporcionalidad en sentido amplio se ha denominado, además de mandato y principio: regla, criterio, factor y juicio. Esta amplia caracterización es criticada por Clérico (*El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*). Los tres submandatos de la proporcionalidad tienen carácter de reglas y, más precisamente, reglas de segundo grado porque determinan cómo deben aplicarse las normas principales. El mandato o principio no se pondera frente a otros mandatos o principios, sino que determina cómo deben ponderarse los objetos de la ponderación. De ahí que se fundamente la recomendación de referirlo como “examen de proporcionalidad”, pero por convencionalismo se traduce como “principio” [*N. del T.*].

⁹ Cfr., por ejemplo, David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004. Alec Stone Sweet – Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008, pp. 72-164.

¹⁰ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 102.

Cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

3. *Ley de la ponderación*

La ley de la ponderación muestra que la ponderación puede dividirse en tres etapas; la primera implica establecer el grado de no-satisfacción, o de afectación, del primer principio; la segunda establece la importancia de satisfacer el principio enfrentado, y finalmente, en la tercera se determina si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica la afectación o la no-satisfacción del primero. Esto muestra que la ponderación presupone que es posible realizar juicios racionales sobre, primero, la intensidad de la interferencia, segundo, sobre el grado de importancia, y tercero, sobre su relación recíproca.

Críticos de la ponderación, como Jürgen Habermas y Bernhard Schlink, objetan la racionalidad de tales juicios¹¹. La cuestión acerca de si la ponderación es una forma de argumentación racional no puede discutirse aquí en detalle¹², por lo cual me limitaré a presentar un panorama breve de dos casos que ilustran por qué y cómo son posibles los juicios racionales sobre intensidad de la interferencia, su grado de importancia y su relación entre sí. Un caso particularmente sencillo es la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre advertencias relativas a la salud¹³. El Tribunal caracterizó el deber impuesto a los productores de tabaco de colocar sobre sus productos advertencias relativas a los riesgos que fumar tiene sobre la salud, como una interferencia relativamente menor o leve en el derecho a ejercer libremente su profesión. Por el contrario, una prohibición total sobre todos los productos derivados del tabaco sería una interferencia intensa. Entre tales casos sencillos y serios pueden encontrarse otros de intensidad o interferencia moderadas. De esta manera, se puede desarrollar una escala con las etapas de “leve”, “moderado” e “intenso”. Nuestro ejemplo muestra que es posible otorgar asignaciones válidas siguiendo esta escala. Lo mismo

¹¹ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms* (ed. orig. de 1992), William Rehg (trad.), Cambridge, Polity Press, 1996, p. 259 (*Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998). Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. 2, Peter Badura – Horst Dreier (eds.), Tübinga, Mohr Siebeck, 2001, p. 460.

¹² Sobre este punto cfr. Robert Alexy, “The Construction of Constitutional Rights”, en *Law & Ethics of Human Rights*, No. 4, 2010, pp. 26-32. Vers. cast., “La construcción de los derechos fundamentales”, en Robert Alexy, *La Construcción de los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, pp. 19-37.

¹³ BVerfGE 95, 173.

es posible tratándose de las razones enfrentadas. Los riesgos para la salud que resultan de fumar son grandes. Por lo tanto, las razones que justifican la interferencia tienen mucho peso. Si en este sentido la intensidad de la interferencia se establece como leve y el grado de importancia de las razones de la interferencia como altas, entonces el resultado de examinar la proporcionalidad en sentido estricto podría ser adecuadamente descrito –como en efecto hizo el Tribunal Constitucional Federal Alemán– como “obvio”¹⁴.

Las enseñanzas de los juicios sobre el tabaco se confirman al observar otros casos. Uno mucho más difícil se presentó debido a la decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la vigilancia de información electrónica. Un estudiante de ciudadanía marroquí y de religión islámica presentó un recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra una orden impartida por la corte inferior distrital de Düsseldorf –ratificada por los tribunales superiores– en virtud de la cual se solicitaba a las oficinas de registro de residentes, al registro central de extranjeros y a las universidades a enviar información sobre personas de sexo masculino entre los 18 y 40 años de edad, relativa, entre otras cosas, a la religión que predicaban, su país de origen, su ciudadanía y la carrera que están cursando. Esta información se transmitió a un procesador automático de datos con el fin de identificar potenciales terroristas. La medida se encontró justificada a la luz del peligro general de intentos de actos terroristas después del 11 de septiembre¹⁵.

La mayoría de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal clasificó la medida como una interferencia de “considerable peso”¹⁶ respecto al derecho del demandante a la autodeterminación de la información, el cual –conforme al Tribunal– es un caso especial del derecho general a la personalidad (art. 2 (1) en concordancia con el art. 1 (1) de la Constitución). El Tribunal consideró justificada esa interferencia en casos de peligro inminente¹⁷ y también en casos de peligro real, pero no en casos de peligro abstracto o general¹⁸. Ahora bien, este caso se dice que es meramente de peligro abstracto¹⁹, caracterizado por una “situación generalmente amenazante”²⁰. Esto implica que la interferencia en el derecho del demandante es inconstitucional. La razón para sustentarlo –no muy claramente elaborada en la decisión, la cual se enfoca en la interferencia en el derecho más que en las

¹⁴ BVerfGE 95, 173 (187).

¹⁵ BVerfGE 115, 320 (331).

¹⁶ BVerfGE 115, 320 (347).

¹⁷ BVerfGE 115, 320 (363).

¹⁸ BVerfGE 115, 320 (360).

¹⁹ BVerfGE 115, 320 (369).

²⁰ BVerfGE 115, 320 (364).

razones de dicha interferencia— es que en casos de peligro abstracto o, podríamos decir, meramente abstracto, las razones para la interferencia tienen solo un peso moderado o de cualquier forma un peso menos considerable²¹ respecto de la interferencia con el derecho del demandante. Por lo tanto, la queja constitucional se consideró justificada.

Si se siguen las clasificaciones de la mayoría, el resultado es inevitable. Sin embargo el voto en disidencia del Magistrado Haas muestra que diferentes clasificaciones o gradaciones son concebibles. Según Haas la interferencia con el derecho del demandante tiene solo un “peso bajo”²², mientras que la garantía de la seguridad tiene una gran importancia. Estas clasificaciones implican que la queja constitucional no estaría justificada. Solo dos puntos son de interés aquí: el primero es que ambas posiciones, es decir la mayoritaria y la disidente, presentaron numerosos argumentos para sus respectivas clasificaciones. Los argumentos de la mayoría para la estimación de la interferencia como seria se extienden por más de once páginas²³, los del Magistrado Haas para su estimación como leve se desarrollan en cuatro páginas²⁴. Esto ilustra que la ponderación no es simplemente una cuestión de clasificación, gradación o categorización, sino esencialmente de argumentación. El segundo punto es que, como en el caso del tabaco, los argumentos pueden no solo conducir a un acuerdo, sino también a un desacuerdo. La cuestión relevante es lo que esto significa para el control judicial de constitucionalidad.

4. *Discrecionalidad*

Sería posible realizar un análisis mucho más profundo y preciso de los dos casos por medio de la fórmula del peso²⁵, que no es otra cosa que una

²¹ Esta alternativa presupone la aplicación de una escala doble-triádica. Cfr., Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption”, en *Ratio Juris*, Vol. 16, 2003, p. 445. Vers. cast., “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en *Foro Jurídico. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, vol. 9, 2009, pp. 40-48

²² BVerfGE 115, 320 (379).

²³ BVerfGE 115, 320 (347-57).

²⁴ BVerfGE 115, 320 (371-4).

²⁵ Robert Alexy, “The Weight Formula” (ed. orig. de 2002), en *Studies in the Philosophy of Law*, vol. 3, Jerzy Stelmach – Bartosz Brożek – Wojciech Załuski (eds.), Cracovia, Jagiellonian Press, 2007, pp. 9-27. Vers. cast. de Carlos Bernal Pulido incluida, como “La fórmula del peso”, en la 2da edición de la *Teoría de los derechos fundamentales. op. cit.*, pp. 349-374; reimpressa en, Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá: Universidad Externado, 2007, pp. 15-49

reconstrucción matemática de la ley de la ponderación conjuntamente con su vínculo a una segunda ley de la ponderación que se refiere a su certeza epistémica²⁶. Esto, sin embargo, no será desarrollado aquí. Solo un punto es de interés en el presente contexto. Es el hecho de que la teoría de la ponderación, basada en la teoría de los principios, está intrínsecamente articulada con una teoría de la discrecionalidad. Dos tipos de discrecionalidad se han de diferenciar: una estructural y otra epistémica.

El tipo de discrecionalidad estructural más importante es la discreción en la ponderación²⁷. La ponderación presupone, como ilustran los dos casos anteriores, escalas²⁸. En el derecho constitucional solo es posible establecer escalas aproximadas y discretas. La escala triádica, integrada, a saber, por las categorías de leve, moderada e intensa, es un ejemplo. Existen numerosas posibilidades para refinar esta escala. Una escala doble-triádica reviste particular interés. Opera con nueve pasos o valores que se inician con leve leve, es decir, muy leve, continúan con mediano leve, y terminan con grave grave, es decir muy grave. Es de la mayor importancia que las posibilidades de refinamiento estén limitadas. Todas las clasificaciones representan juicios, los cuales, como ilustran estos dos casos, necesitan justificaciones. Una justificación solo puede otorgarse por aquello que se comprende. Así, es suficientemente sencillo entender una afirmación como: “la interferencia es leve” u otra como “la interferencia es seria moderada”. Pero, ¿cómo debe comprenderse la afirmación: “la interferencia es grave leve de un tipo moderado”?²⁹ Por esta razón la escala no puede ser infinitesimal o continua. Tiene que ser aproximada y discreta. Mientras más aproximada sea la escala, más frecuentes serán los casos que llegan a un punto muerto, por ejemplo, cuando una escala triádica utiliza la frecuencia de casos en los cuales sobre ambos lados podrían encontrarse interferencias “leves”, “moderadas” e “intensas”. En tales casos de punto muerto el parlamento, desde el punto de vista de la constitución, es libre para decidir lo que desee.

La discrecionalidad epistémica no es menos importante. Acontece en casos de falta de certeza empírica y normativa donde el principio formal de competencia del poder legislativo para la toma de decisiones, puede justificar el ejercicio de la discrecionalidad por su parte³⁰.

²⁶ Robert Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 418-419.

²⁷ *Ibíd.* pp. 396-414.

²⁸ Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 166.

²⁹ Robert Alexy, “The Construction of Constitutional Rights”, *cit.*, pp. 30-31.

³⁰ Robert Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 422-425. Robert Alexy. “Comments and Responses”, en Matthias Klatt (ed.). *Institutionalized Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2012, cap. 5.

La existencia de estos dos tipos de discrecionalidad muestra que el razonamiento del tribunal constitucional es diferente al del parlamento. La mayoría del parlamento no puede promulgar una ley que exprese más que aquello que es posible decidir tanto a favor como en contra de una determinada regulación. Un tribunal constitucional puede tomar tal decisión, y en efecto tiene que hacerlo así, en todos los casos que vinculen la discrecionalidad. Esto implica que el control judicial de constitucionalidad está limitado a controlar los límites de la competencia del legislativo. Este es un punto importante pues allí donde se toma en consideración el principio de la democracia se reduce la intensidad con la cual el control judicial de constitucionalidad interfiere con el principio de la democracia.

III. DERECHOS CONSTITUCIONALES, DERECHOS HUMANOS Y REPRESENTACIÓN

La concesión representada por la discrecionalidad o la deferencia sirve para mitigar la severidad del problema planteado por la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. Esta concesión sin embargo no nos ubica por sí misma en una posición para resolver el problema, toda vez que deja abierta la cuestión institucional acerca de quién debería determinar los límites de la competencia legislativa. En casos de colisión entre derechos constitucionales así como entre derechos constitucionales y bienes colectivos, este problema solo se puede resolver por medio de la ponderación. Los límites establecidos por la ponderación podrían denominarse “límites ponderativos”.

Un límite ponderativo se transgrede por el legislativo cuando la interferencia de cierta regulación en un derecho constitucional tiene un peso mayor respecto de las razones que lo justifican. Un parlamento que promulgue esta regulación afirmará, no obstante, con frecuencia, que dicha regulación es constitucional, lo cual implica que es proporcional, lo cual también implica que las razones que justifican la interferencia tienen al menos tanto peso como la interferencia. Un crítico del control judicial de constitucionalidad que acepte la tesis de que la ponderación es una forma de argumentación racional podría preguntarse, de todas formas, en tales casos, ¿por qué las estimaciones de la corte constitucional deberían tener prioridad sobre las estimaciones del legislativo? La respuesta a esta pregunta se deriva de la conexión de tres argumentos: uno formal, uno sustantivo y uno procedimental.

1. ¿Control o no control?

El argumento formal consiste en la máxima clásica *nemo iudex in sua causa*³¹. Jeremy Waldron ha sostenido que “es difícil observar la fuerza de este argumento”³². Siempre tiene que haber “alguna persona o institución cuya decisión sea inapelable”³³ y la persona o institución que tiene la última palabra “decide *ipso facto* sobre la base de la aceptabilidad de su propia perspectiva”³⁴. Se debe estar de acuerdo con Waldron en el punto de que la última instancia no puede ser controlada por una instancia posterior, ya que si este fuera el caso la última instancia no sería en realidad última. Pero el problema de la última instancia debe distinguirse respecto del problema del control. Si no hay revisión judicial de constitucionalidad no hay control del poder judicial con respecto a la cuestión de si –al seguir sus propias evaluaciones de los requisitos de los derechos constitucionales– ha violado estos derechos. Es una cuestión aparte el hecho de que no exista un control institucionalizado hacia las instancias de control. Que la última instancia no está controlada no implica que no se puedan controlar instancias que no son definitivas. Entonces, nos quedamos con la cuestión de si el control ejercido por una instancia que no es controlada en sí misma, es preferible a que no haya control en absoluto. Considero que los derechos constitucionales estarían en una mejor situación si seguimos la primera opción. Pero, ¿por qué deberían tener una mejor protección? Esta pregunta conduce al segundo argumento, el sustantivo.

2. Derechos constitucionales y derechos humanos

El argumento sustantivo se basa en la importancia de los derechos constitucionales, la cual surge del hecho de que son derechos que han sido incluidos en una constitución con la intención –subjettiva u objetiva³⁵– de transformar los derechos humanos en derecho positivo o, en otras palabras, con la intención de positivizar los derechos humanos en tanto son derechos morales³⁶.

³¹ Cfr. sobre esto, Hans Kelsen. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit., p. 6 [La expresión latina significa que ningún juez debe ser parte en un caso donde tenga algún interés. *N. del T.*]

³² Jeremy Waldron. “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal* 115, 2006, p. 1400. (Vers. cast. en este volumen).

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, p. 1401.

³⁵ Cfr., sobre esto, Robert Alexy. “Constitutional Rights and Proportionality”. *op. cit.*

³⁶ Robert Alexy. “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris* Vol. 23, 2010, p. 178.

Los derechos morales son válidos exclusivamente por razón de su corrección. En este sentido, son derechos ideales, razón por la cual los derechos constitucionales, como intentos de positivizar los derechos humanos, tienen una doble naturaleza: en tanto derechos positivos tienen una dimensión real o institucional; pero la dimensión ideal y crítica de los derechos morales, en tanto derechos supra-positivos, existe independientemente de su positivización. Esto trae como consecuencia que la justificación del control judicial de constitucionalidad no está limitada, como Kelsen nos habría hecho creer, a una apelación a la estructura jerárquica del derecho positivo. Más allá de esto, la justificación del control judicial de constitucionalidad también se puede basar en razones morales. Ahora bien, los derechos humanos, en tanto derechos morales, incluyen un derecho de protección, el cual no se elimina por su positivización. Por el contrario, su positivización debe concebirse como un intento de fortalecer los derechos humanos en tanto derechos morales. Renunciar al control judicial de constitucionalidad implicaría quebrantar en lugar de fortalecer, el derecho de protección de los derechos constitucionales.

Un argumento basado en la naturaleza de principios de los derechos constitucionales, los cuales, de nuevo, pueden ser apoyados por el argumento de los derechos humanos³⁷, debe ser agregado a esta cuestión. Los derechos constitucionales, en tanto principios, requieren ser optimizados, es decir, desarrollados conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. En casos donde el parlamento responde a la pregunta por su violación en sentido negativo, se goza de mayor protección si existe un tribunal constitucional con la competencia de responder a esta pregunta en sentido afirmativo³⁸. Esta mayor protección es exigida por parte del principio de protección de los derechos constitucionales, el cual a su vez es un meta-principio, con respecto a diferentes principios, representado por los derechos constitucionales. Este meta-principio articula los argumentos formal y sustantivo.

IV. REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA

Sin embargo, el argumento de la mayor protección es razonable solo si dicha protección es legítima y correcta. Tanto la legitimidad como la corrección

³⁷ Robert Alexy. "Constitutional Rights and Proportionality". *op. cit.*

³⁸ En casos de colisiones entre derechos constitucionales y bienes colectivos, resulta evidente la mayor protección de los derechos constitucionales. La cuestión se torna sin embargo más compleja en casos de colisiones entre derechos constitucionales. Aquí la mayor protección de un derecho implica correlativamente la menor protección del otro. En este caso "mayor protección" significa "mayor protección donde sea exigida por la corrección".

pueden establecerse en un paso final por medio de la representación argumentativa. Este es el argumento procedimental.

1. *Democracia y representación*

La legitimidad del control judicial de constitucionalidad con respecto al principio de la democracia tiene un aspecto negativo y otro positivo. El aspecto negativo se refiere a la cuestión acerca de cuán intensamente interfiere el control judicial con la competencia legitimada democráticamente del parlamento. Mientras menor sea el grado de interferencia, mayor será el grado de legitimidad. Este es el tema de la teoría de la discrecionalidad o deferencia. La teoría de la discrecionalidad o deferencia establece casos en los cuales la interferencia con el principio de la democracia es descartada por la constitución. Estos casos se podrían denominar “casos de no-interferencia”. El aspecto negativo consiste en otorgarle al principio de la democracia un peso más bajo respecto al principio de la protección de derechos constitucionales –un peso bajo proporcional al grado de discrecionalidad que corresponde al legislativo.

El aspecto positivo tiene que ver con la ampliación del peso del principio de protección al articularlo con el principio de la democracia. Tal articulación significa que el principio de la democracia se encuentra en ambos lados de la colisión. Con este desarrollo el argumento a favor del control judicial se mejora considerablemente. Se deben distinguir dos versiones del argumento positivo. La primera es el argumento bien conocido conforme al cual el control judicial es legítimo porque sirve para proteger las condiciones presupuestas por una democracia. Esta, sin embargo, no será considerada aquí. La segunda versión del argumento positivo es mucho más interesante debido a que hace referencia a todos los derechos constitucionales, no solo a aquellos que son relevantes para el proceso de formación de la voluntad democrática. Este es el argumento de la representación argumentativa.

El punto de partida del argumento de la representación argumentativa es el hecho de que el control constitucional es un ejercicio de autoridad estatal. En casos en los cuales las leyes son invalidadas se trata, como expresó Kelsen, de “un acto de legislación negativa”³⁹. En tiempos más recientes los tribunales constitucionales a menudo imparten directrices al parlamento relativas a acciones positivas que debe tomar el Estado en el campo de los derechos de protección, así como también en el campo de los derechos sociales. Esto es, o al menos se acerca mucho a, un acto de legislación posi-

³⁹ Hans Kelsen. “Judicial Review of Legislation”, *The Journal of Politics*, vol. 4, 1942, p. 187; id. *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 318.

tiva. En un Estado democrático en el cual –como afirma el artículo 20 (2) de la Constitución de la República Federal de Alemania– “Todo poder del Estado emana del pueblo”, el control judicial, en tanto legislación negativa o positiva, puede ser legítimo solo si emana del pueblo. Esto significa que es legítima solo si puede concebirse como una representación del pueblo.

La representación constituye una relación de dos lugares entre representado (*repraesentandum*) y representante (*representans*). En el caso de la legislación que proviene del parlamento, la relación entre los representados –el pueblo– y los representantes –el parlamento– se determina esencialmente por elecciones libres y generales, así como por la posibilidad de ejercer controles al negar la reelección. Ahora es posible dibujar una democracia que no contenga nada más que un sistema de toma de decisiones centrado en los conceptos de elección y regla de mayorías. Este sería un modelo puramente decisionista de democracia. Un concepto adecuado de democracia tiene que comprometer, sin embargo, no solo a la decisión sino también el argumento. La inclusión del argumento en el concepto de democracia la vuelve deliberativa. La democracia deliberativa es un intento de institucionalizar tanto como sea posible el discurso como un medio para la toma de decisiones públicas. Por esta razón, la articulación entre el pueblo y el parlamento tiene que determinarse no solo por decisiones expresadas en elecciones y votos, sino también por los argumentos esgrimidos en sustento de las decisiones. De esta forma, la representación del pueblo por el parlamento es, al mismo tiempo, volitiva o decisional, y argumentativa o discursiva.

2. Representación esencialmente argumentativa

La representación del pueblo por un tribunal constitucional es muy diferente. Los magistrados del tribunal no tienen, como regla, legitimación democrática directa y, lo que es más importante, el pueblo normalmente no tiene posibilidad de ejercer ningún control al negarles la reelección. Por esta razón, en un artículo anterior circunscribí la representación del pueblo por un tribunal constitucional como “puramente argumentativa”⁴⁰. Matthias Kumm ha señalado que una representación puramente argumentativa sería compatible, por ejemplo, con un “consejo de reyes filósofos hereditarios

⁴⁰ Robert Alexy. “Balancing, constitutional review, and representation”, en *International Journal of Constitutional Law*, No. 3, 2005, p. 579. Vers. cast., “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México: Fontmaara, 2005, pp. 89-103; reimpresa en Perfecto Andrés Ibáñez – Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México D.F., UNAM, 2006, pp. 1-18.

que buscan la justicia” e, insiste, “debe existir un vínculo volitivo/decisional entre el pueblo y los tribunales constitucionales si van a considerarse como instituciones genuinamente representativas”⁴¹. Kumm está en lo correcto en este punto. En una democracia al menos un vínculo electoral indirecto entre el pueblo y el tribunal constitucional —instaurado, por ejemplo, al nombrarlo por parte de los representantes que son elegidos de manera directa— es necesario y, más allá de esto, la toma de decisiones que acontece dentro del tribunal debe involucrar algún tipo de procedimiento mayoritario. Pero esto no afecta el punto esencial de mi argumento. El punto decisivo es que la independencia de los magistrados de un tribunal constitucional requiere que el pueblo no tenga posibilidad de ejercer control al votar para que abandonen su cargo o —de cualquier forma— negándoles la reelección. Esto es suficiente para caracterizar la representación del pueblo por un tribunal constitucional como *esencialmente* argumentativa⁴². Sin lugar a dudas, la representación del pueblo, tanto por el parlamento como por un tribunal constitucional, tiene una dimensión volitiva o decisional, así como también una dimensión argumentativa o discursiva. En ambos casos la dimensión volitiva o decisional representa el lado real, y la dimensión argumentativa o discursiva el lado ideal. La diferencia decisiva es que la dimensión argumentativa no es en el caso del control judicial simplemente una segunda dimensión junto a la dimensión decisional. Es la dimensión esencial. Esto implica que la dimensión ideal es dominante en el control judicial.

3. *Representación argumentativa, corrección y aceptación*

Un crítico del control judicial de constitucionalidad bien podría plantear una objeción y afirmar que esto, a fin de cuentas, es una sobre-idealización. El crítico sostendrá que la representación esencialmente argumentativa es una quimera. Una vez que lo ideal domina lo real, el tribunal constitucional es libre para proclamar todo argumento como un argumento que representa al pueblo. El camino que se inicia con los derechos constitucionales y continúa con la ponderación, la argumentación y el control judicial, termina con una ilusión, en la cual sería posible lograr la legitimación de todo.

Esta objeción puede rechazarse si es posible mostrar, primero, que el control judicial como argumento o discurso no lo permite todo y, segundo,

⁴¹ Mattias Kumm. “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, Matthias Klatt (ed.). *Institutionalized Reason*, cit.

⁴² Robert Alexy. “Comments and Responses”, Matthias Klatt (ed.). *Institutionalized Reason*, cit.

que el control constitucional como representación puede se puede asociar con lo que el pueblo realmente piensa. El control judicial como argumento no permite que todos los argumentos constitucionales, de los buenos a los malos o de los mejores a los peores, puedan diferenciarse los unos de los otros en un número considerable de casos. Esta es una cuestión teórico-argumentativa que he intentado responder por medio de una teoría del discurso racional. Ciertamente, la teoría del discurso racional no excluye el “desacuerdo razonable”⁴³. Excluye, sin embargo, la idea de que todos los desacuerdos son razonables. Si todos los desacuerdos sobre derechos fueran razonables, el argumento de Waldron contra el control judicial, que se basa esencialmente en la existencia del desacuerdo⁴⁴, sería, de hecho, bastante fuerte. Hay casos, sin embargo, en los cuales solo es discursivamente posible otorgar una respuesta⁴⁵ que sería, en este sentido, justa o correcta. El caso sobre el tabaco bien podría ser un ejemplo. En el caso de la información electrónica, la situación es más compleja. El voto disidente muestra que existe un desacuerdo dentro del tribunal. Ambos lados elevan una pretensión de corrección y la mayoría decide. Esta articulación entre argumento y decisión es legítima si se concibe al control judicial como un proceso de aproximación hacia la corrección o la verdad. Es nuestro mejor medio para acercarnos a lo que es discursivamente necesario.

La existencia de argumentos buenos o correctos es suficiente para la deliberación o la reflexión, pero no para la representación. Por esta razón, el nivel ideal de argumentación y corrección tiene que conectarse con el nivel real de la aceptación actual. La afirmación de la Corte de que sus argumentos son los argumentos del pueblo, no es suficiente. Un número suficiente de personas, al menos a largo plazo, debe aceptar estos argumentos sobre la base de que son correctos. Esto muestra que hay dos condiciones fundamentales para la verdadera representación argumentativa: primero, la existencia de argumentos razonables o correctos, y segundo, la existencia de un número suficiente de personas racionales, es decir, personas que pueden y están dispuestas a aceptar argumentos razonables o correctos por la razón de que son de hecho razonables o correctos. Estas personas se podrían

⁴³ John Rawls. *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 55.

⁴⁴ Jeremy Waldron, “The Core of the Case against Judicial Review”. *op. cit.*, pp. 1366-1369. Vers. cast., “El núcleo del argumento central contra el control de constitucionalidad”, sección 2.4.

⁴⁵ Sobre los conceptos de posibilidad discursiva, necesidad e imposibilidad, cfr. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (1.ª ed., 1978), Ruth Adler y Neil MacCormick (trads.), Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 207.

denominar por analogía al concepto de “persona liberal” de John Rawls⁴⁶, “personas constitucionales”. Estas dos condiciones muestran cuan exigentes son los presupuestos del control judicial: expresan una confianza en la razón toda vez que sin la razón toda la empresa del constitucionalismo democrático sería un arreglo débil. Esto nos conduce a la conclusión conforme a la cual si la razón justifica el constitucionalismo democrático, como pienso que lo hace, entonces el control judicial se justifica como uno de sus elementos necesarios.

⁴⁶ John Rawls. *Political Liberalism*, cit., p. 290.

CAPÍTULO X

STRAUSS, DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO DEL ÁRBOL VIVO

Wilfrid J. WALUCHOW*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algo de historia constitucional canadiense*.
III. *El desafío democrático*. IV. *Moralidad constitucional*. V. *Comentarios
conclusivos*.

I. INTRODUCCIÓN

En un libro reciente, *The Living Constitution*, el Profesor David Strauss defiende una teoría con la cual estoy casi en completo acuerdo¹. Comparto con Strauss la tesis de que las constituciones son, o al menos pueden ser, entidades vivas; de que existe un sentido muy importante en el cual una Constitución es mucho más que un texto escrito; de que es innecesario y erróneo restringir a los intérpretes constitucionales a las intenciones y entendimientos originales de los autores de la Constitución; de que incluso aquellos quienes profesan o defienden la práctica del originalismo (como el juez Antonin Scalia) no pueden cumplir sus postulados; de que las constituciones pueden crecer y se les debe permitir hacerlo para acomodarse a las circunstancias cambiantes, y de que la mejor forma de ver este proceso de crecimiento y adaptación es pensar que este proceso encarna, o al menos emula, las formas familiares del razonamiento del *common law*. En otras palabras, la interpretación y el desarrollo de las disposiciones abstractas y moralmente cargadas de las constituciones en una gran medida reflejan las formas en las cuales el *common*

* Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora y Leider Gómez Caballero.

¹ David Strauss, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010. Para mi defensa, véase, W. J. Waluchow, *A Common law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. [hay traducción de Pablo de Lora, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el 'common law'*, Madrid, Marcial Pons, 2009].

law ha exitosamente desarrollado nociones como “negligente”, “razonable” e “inherentemente peligroso” en otras áreas del Derecho². Además, también creo que, aunque el proceso de determinar de esta forma los contornos de Constitución viva puede ser desarrollado por actores no judiciales, los jugadores primordiales son inevitablemente los jueces, quienes son los llamados a proporcionar respuestas autoritativas a las preguntas constitucionales y los casos altamente controversiales. Y, finalmente, también creo que el uso del razonamiento del *common law* en los casos constitucionales no resulta en una aplicación libre e indisciplinada del Derecho, como los críticos del árbol vivo algunas veces acusan sus defensores. Por el contrario, cuando el constitucionalismo basado en el *common law* es realizado con la humildad que propone Burke, y el debido respeto por las necesidades rivales de seguridad y flexibilidad, ejemplifica una búsqueda ilustrada del Estado de Derecho.

El profesor Strauss y yo no estamos solos en la aceptación de estas proposiciones. El constitucionalismo del árbol vivo ha sido, por muchas décadas ya, el paradigma aceptado en la teoría y práctica constitucionales canadienses. Como sostendré más adelante, esto se hace claro cuando se analiza la historia jurídica de Canadá, en particular, las tesis de la Corte Suprema Canadiense, el órgano mayormente responsable de determinar como debe concebirse la relativamente nueva *Constitución Canadiense*, y como las varias disposiciones de su *Carta de Derechos y Libertades* deben ser interpretadas y aplicadas en los casos concretos³. Como explicaré, las Cortes Canadienses, casi sin excepción, han explícitamente rechazado el originalismo y abrazado la idea, introducida por primera vez en el Derecho canadiense en 1929, que la Constitución es “un árbol vivo”. Así que, al contrario de los Estados Unidos, donde la ideología y práctica constitucionales parecen estar, al menos a los ojos del observador externo, profundamente divididas entre aquellos que proponen alguna forma de originalismo, y otros quienes, como el Profesor Strauss, promueven alguna forma de constitucionalismo vivo, Canadá se ha adherido completamente este último. El que sea lo mismo en Latinoamérica, y que sea posible iniciar un diálogo con entre la visión canadiense y latinoamericana, es una pregunta que espero los lectores puedan responder.

² Dado que las controversias sobre la interpretación constitucional casi siempre se refieren estas disposiciones abstractas y moralmente cargadas de los derechos civiles, mi exposición se centrará exclusivamente sobre ellas.

³ Véase, *Canadian Constitution Acts, 1867 to 1982*, <<http://www.canlii.org/en/ca/const/const1982.html>> (última consulta marzo 30 de 2013).

Esta es la forma que mi escrito tomará. Comenzaré, en la sección II con un poco de historia constitucional canadiense, comenzando con *Edwards*, un famoso caso decidido por el *Privy Council* del Reino Unido en 1929, mucho antes de que la nueva *Constitución Canadiense* y su *Carta de Derechos y Libertades* fueran formalmente adoptadas en 1982⁴. Entonces regresaré a la historia más reciente, enfocándome en el proceso algo tortuoso que condujo a la adopción de la *Carta* y me enfocaré en una muestra de tempranas decisiones fundamentales en las cuales la Corte Suprema se esforzó en presentar una definición y defensa a su aproximación a la aplicación e interpretación de este instrumento jurídico transformacional. Como veremos, la Corte continuó explícitamente abrazando la idea de un constitucionalismo vivo articulada en *Edwards*. También continuó abrazando el método de interpretación constitucional con el que, en el concepto de la Corte, esta teoría constitucional particular está más asociada: el método que la Corte denomina “interpretación propositiva” [*purposive interpretation*]. Al acoger el constitucionalismo vivo y la interpretación propositiva, los Jueces tienen la obligación de responder una variedad de objeciones, muchas de las cuales también tienen que ser respondidas por todas las Cortes constitucionales, y las cuales creo son bien respondidas por Strauss. Sin embargo, existe una objeción poderosa a la cual creo que ni Strauss ni las cortes han respondido, en mi concepto, satisfactoriamente. La objeción que tengo en mente es la afirmación de que el constitucionalismo vivo y, en particular, las prácticas de control judicial de constitucionalidad [*charter review*]⁵ e interpretación constitucional con la que ha venido a ser asociada, son inherentemente anti-democráticas. Al contrario de lo que hace Strauss, la Corte Canadiense ha sido propensa a repudiar este cargo. Pero no creo lo haya hecho de una forma particularmente convincente. La Corte se ha basado en la premisa innegable de la Carta Canadiense no fue creada e impuesta por el poder judicial, sino que fue el producto de los procesos democráticos legítimos, los cuales, al menos de entrada, le dejaron a los jueces mucho del desarrollo e interpretación de la Carta. Esta defensa contra la objeción democrática, de forma algo entendible, ha dejado a los oponentes del constitucionalismo vivo casi com-

⁴ *Edwards v. Attorney-General of Canada* [1930] A.C. 124. Puede ser consultado online en <<http://www.chrc-ccdp.ca/en/browseSubjects/edwardspc.asp>> (última consulta marzo 30 de 2013).

⁵ Con esta expresión, me refiero a cualquier práctica donde el poder judicial está encargado de evaluar la conformidad de legislación y otros actos del gobierno con los derechos abstractos de moralidad política que se encuentran típicamente en las constituciones y las cartas de derechos.

pletamente insatisfechos. Y no es difícil ver por qué. Después de todo, el que una sociedad haya por alguna razón escogido, a través de medios democráticos legítimos, someterse a sí misma a un mando tiránico e unipersonal difícilmente sería suficiente para considerar este mando como una forma democrática de gobierno, y mucho menos para considerarla una legítima. De forma más general, el que una forma de gobierno o proceso de toma de decisiones haya sido escogido por medios democráticos no implica que el objeto escogido automáticamente disfrute de legitimidad democrática. Y esto opera para las constituciones y el control judicial de constitucionalidad. Strauss también se toma seriamente la objeción democrática, pero él ha decidido una aproximación diferente en su respuesta. Su respuesta es, según entiendo, decir lo siguiente: aunque no existe nada en la aproximación basada en el *common law* a la Constitución que convierta al sistema constitucional de los Estados Unidos en anti-democrático; sí existe en realidad algo en la idea misma de Constitución que es anti-democrático, especialmente cuando su interpretación y aplicación son acopladas con las formas fuertes de control judicial de constitucionalidad introducidas en *Madbury v Madison*⁶. Y así, parece sugerir, que es algo con lo que debemos vivir. En la Sección III, intentaré mostrar por qué creo que esto es una concesión demasiado fácil a los oponentes del árbol vivo democráticamente inspirados, y porque ella puede ser disminuida e incluso evitada completamente. Sostendré que existen muchos recursos en las ideas de Constitución y control judicial de constitucionalidad basado en el *common law* que pueden ser utilizados para responder los críticos de forma exitosa; es decir, que existen una multiplicidad de recursos para explicar cómo y por qué el constitucionalismo de la variedad del árbol vivo no necesita entrar en conflicto con los principios fundamentales de la democracia.

II. ALGO DE HISTORIA CONSTITUCIONAL CANADIENSE

1. *Edwards*

Uno de los casos más famosos e influyentes de la historia jurídica canadiense es indudablemente *Edwards v. Attorney-General of Canada*, decidido por el Comité Judicial del *Privy Council* del Reino Unido en 1929, y el cual es conocido hoy como “el Caso de las Personas”. El asunto en cuestión en *Edwards* era

⁶ Strauss, *The Living Constitution*, cit., pp. 46-49.

una pregunta clave del *The British North America Act (BNA Act)* de 1867, un *Act* del Parlamento del Reino Unido que creó el Dominio de Canadá y definió varias entidades y oficinas gubernamentales.* Cuando Emily Murphy, una activista social de Alberta, fue nombrada en 1916 como la primera funcionaria pública en la provincia, el nombramiento fue demandando bajo el fundamento de que las mujeres no eran consideradas “personas” bajo el *BNA Act*. De acuerdo a la sección 24 del acto, “[e]l Gobernador General deberá de vez en cuando, en el nombre de la Reina, mediante un Instrumento bajo el Gran Sello de Canadá, nombrar a las *personas* calificadas al Senado; y sujeto a las disposiciones de este *Act*, toda *persona* así nombrada deberá convertirse en miembro del Senado y senador”. En 1917, la Corte Suprema de Alberta dispuso que las mujeres eran en realidad “personas”, pero este fallo sólo tenía aplicación en esa provincia. Muchos años después, la señora Murphy postuló su nombre como candidata al Senado Canadiense, pero el Primer Ministro Broden rechazó su candidatura sobre fundamentos similares, citando el hecho de que ella no era, para los propósitos del *BNA Act*, una “persona” y por esta razón no calificaba para el nombramiento. En 1927, la señora Murphy, conjuntamente con otras cuatro prominentes defensoras de los derechos de las mujeres, hoy inmortalizadas en Canadá como “Las Cinco Famosas”, demandaron la decisión del Primer Ministro ante la Corte Suprema de Canadá. La Corte falló en contra de ellas. El Presidente de la Corte, conjuntamente con otros tres miembros, defendieron la incapacidad de la mujer para ejercer cargos públicos basándose en el *common law* y en varios casos que habían sido resueltos bajo normas legislativas diferentes sobre el derecho de las mujeres derecho a votar en las elecciones parlamentarias. El juez Duff estuvo de acuerdo con la conclusión final de la mayoría, pero su razonamiento se basaba en el fundamento más limitado de que un examen detallado de las

**N. del T.* Para mayor claridad de la exposición que sigue, debe tenerse en cuenta que “The British North America Act, 1867” organizó las tres colonias británicas en Norte América (New Brunswick, Nova Scotia y la Provincia de Canadá [hoy Ontario y Quebec]), que fueron transformaron en un Dominio Británico, un tipo de organización política autónomo que se encontraban nominalmente bajo soberanía británica, y que vinieron a constituir el Imperio británico y la Mancomunidad [*Commonwealth*] de Naciones. El *BNA Act de 1867*, un *acto del Parlamento Británico* (no un acto soberano Canadiense), era, para todos los efectos prácticos, la parte orgánica de la Constitución de Canadá. Este acto constituyó el Dominio federal y estableció el marco de la operación del Gobierno y sus sistemas federales, legislativos, judiciales y tributarios. Sin embargo, después de 1982, el *Act* se convirtió en la constitución, y actualmente es citado como *Constitutional Act, 1867 (UK)*, 30 & 31 Victoria. Puede ser consultado en: <<http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/30---31-vict-c-3/latest/30---31-vict-c-3.html>> (última consulta, marzo 30 de 2013).

palabras del *BNA Act* revelaba que la palabra “personas” en la sección 24 estaba restringida a los miembros del sexo masculino. Sin embargo, el resultado era siempre el mismo, y todos los jueces siempre sostuvieron que las palabra “personas” no incluía a las mujeres, y que la señora Murphy, aunque estaba calificada en todos los demás aspectos, era por lo tanto inelegible al Senado.

Sin ser persuadidas por este resultado, las Cinco Famosas apelaron al Comité Judicial del *Privy Council* del Reino Unido, la corte más alta de apelaciones bajo el Derecho canadiense del momento. En octubre 18 de 1929, Lord Sankey, *Lord Chancellor* del *Council*, anunció que la decisión del órgano era que la palabra “personas” en la sección 24 *sí* incluía a las mujeres, y por tanto las mujeres eran elegibles y podían convertirse en miembros del Senado de Canadá. Además, su fallo dispuso que “la exclusión de las mujeres de todos los cargos públicos es una reliquia de días más bárbaros que los nuestros”.⁷ Y que aquellos “qué se pregunten por qué la palabra ‘personas’ debería incluir a los humanos del sexo femenino, la respuesta obvia es, ¿Por qué no?”⁸ Así, *Edwards* es un caso famoso e importante por dos razones: Primero, establece que las mujeres son en realidad “personas” y por tanto elegibles para ser nombradas en cargos públicos, tales como el Senado Canadiense. Pero igualmente importante, también introdujo en el Derecho constitucional canadiense la metáfora del “árbol vivo”, una idea a la cual las cortes canadienses se han adherido repetidamente. Esta idea fundamenta las características claves de la Constitución de Canadá y la aproximación que las cortes canadienses han asumido para su interpretación y desarrollo. Expliquemos como esta metáfora figuró en la decisión del *Council*.

Las Cinco Famosas se enfrentaban a dos dificultades mayores en su caso. Primero, en ningún lugar en el *BNA Act* se mencionaban a las mujeres o a las personas femeninas. En realidad, la legislación utilizaba la palabra “personas” cuando la intención era claramente referirse a más de una persona, y la palabra “él” era empleada cuando el referente intentado era una persona singular. Segundo, y quizá de forma más importante, con algunas excepciones notables, las mujeres generalmente no eran consideradas jurídicamente competentes para ejercer cargos públicos bajo el *common law* del siglo XIX. “En Inglaterra ninguna mujer por debajo del grado de Reina o Regente, casada o soltera, podía tomar parte del gobierno del Estado. Una mujer estaba bajo una incapacidad jurídica de ser elegida para servir al Parlamento, ni siquiera las miembros de la nobleza podían, ni tampoco estaban legitimadas como un incidente nobiliario a recibir un *writ of summons*

⁷ *Edwards*, [1930] A.C., p. 143.

⁸ *Idem*, p. 128.

en la Cámara de los Lores”.⁹ Por lo tanto, parecía obvio que, exceptuando unos casos altamente inusuales de los cuales este no era un ejemplo, el entendimiento jurídico original de la palabra “personas” en 1867 era una que prohibía a las mujeres acceder a cargos públicos. Pero por varias razones, el *Council* se abstuvo de basar su decisión en este entendimiento original. La más notable de todas fue la tesis del *Council* sobre la naturaleza especial de las constituciones, incluso aquellas que tenía un origen legislativo ordinario: la idea de que tales instrumentos están diseñados deliberadamente para facilitar su evolución de forma tal que pudieran enfrentarse a circunstancias sociales y visiones morales y políticas cambiantes; y su observación de que el lugar de las mujeres dentro de la sociedad ha evolucionado considerablemente desde el siglo XIX.

El *British North America Act* plantó en Canadá un árbol vivo capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales. El objetivo del *Act* era proporcionar una Constitución para Canadá. Como todas las constituciones escritas ha estado sujeta al desarrollo mediante uso y convención... Sus señorías no conciben que sea un deber de este organismo —y ciertamente no es su deseo— limitar las disposiciones del *Act* mediante una interpretación estrecha y técnica, sino darle una interpretación amplia y liberal tal que el Dominio sea en una gran medida, pero dentro de determinados límites, el amo de su propia casa...¹⁰

Citando a el *Canadian Constitution* de Clement, el *Council* añadió lo siguiente:

El *Privy Council*, en realidad, ha establecido que las Cortes de derecho deben tratar a las disposiciones del *British North America Act* con los mismos métodos de interpretación y exposición que ellas aplican a la demás leyes ordinarias. Pero existen leyes de leyes; y la interpretación estricta que se considera adecuada en, por ejemplo, una ley penal o tributaria o una que se encarga de regular los asuntos de una parroquia [división administrativa] inglesa, serían a menudo subversivas de la verdadera intención del Parlamento si se aplicaran a un *Act* promulgado para asegurar la paz, el orden y el buen gobierno de una Colonia Británica.¹¹

⁹ *Idem*, p. 128.

¹⁰ *Idem*, p. 136.

¹¹ *Idem*, p. 136-7 (citando a W.H.P. Clement, *The Law of the Canadian Constitution*, 3ª edición, 1916, p. 147).

Y, finalmente, el Comité Añadió, “[e]l *Act* debe ser interpretado en todas las ocasiones en un espíritu amplio, liberal y comprehensivo, considerando la magnitud de los asuntos que pretende regular en muy pocas palabras”.¹²

Esta concepción del árbol vivo introducida en *Edwards* continuó ejerciendo considerable influencia en las cortes canadienses, y fue muy útil para darle forma a la reacción inicial de la Corte Suprema a la revolucionaria *Carta de Derechos y Libertades*. En realidad, diferentes ecos de *Edwards* pueden ser detectados en *Shapinker*, el primer caso decidido bajo el nuevo régimen constitucional¹³. Pero antes de discutir *Shapinker*, me gustaría considerar brevemente otro caso anterior a la *Carta*, uno que se relacionaba con la legitimidad de los intentos del gobierno de introducir una nueva Constitución canadiense en los años ochenta. También es muy instructivo.

2. *La consulta de la Patriación*

Entre 1867 y 1982, el Derecho constitucional canadiense giró principalmente sobre la aplicación e interpretación del *BNA Act* de 1867. Como fue notado anteriormente, este era un instrumento que no había sido formalmente adoptado (o aprobado o ratificado) por el pueblo de Canadá ni por sus representantes. Por el contrario, era legislación ordinaria del Parlamento del Reino Unido, una legislación que, para estar seguros, tenía la función más bien extraordinaria de establecer una nueva nación, aunque con fuertes vínculos coloniales con su madre patria. Aunque para todos los propósitos prácticos, Canadá evolucionó en un país completamente independiente en las décadas que siguieron a su creación, en sentido estricto, el país debía su existencia jurídica continuada a los buenos oficios del Parlamento y las cortes del Reino Unido¹⁴. En 1931, se convocó una Conferencia del Imperio y se invitaron a los líderes de todos los países del Imperio Británico de entonces. Entre los resultados notables de esta conferencia fue un acuerdo general sobre contenido del *Statute of Westminster* (1931), el cual fue adoptado

¹² *Idem*, p. 137.

¹³ *Law Society of Upper Canada v. Shapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

¹⁴ Como fue señalado anteriormente, en 1929, cuando *Edwards* fue decidido, la corte final de apelaciones del derecho canadiense era el Comité Judicial del *Privy Council*. Esta competencia del Comité Judicial como corte superior de apelación no finalizó hasta 1939 para apelaciones penales y 1949 para apelaciones civiles. También vale la pena notar que el *BNA* fue reformado en múltiples ocasiones antes de 1982, usualmente por petición del Gobierno Federal de Canadá, actuando en nombre propio o en nombre de las provincias.

formalmente por el Parlamento del Reino Unido más tarde el mismo año¹⁵. Este estatuto, sujeto a ratificación por los poderes legislativos nacionales relevantes de los Estados miembros del Imperio, concedió completa independencia a todos los dominios existentes, reemplazó el Imperio Británico por la Mancomunidad de Nacionales [*Commonwealth of Nations*] e intentaba escindir al *BNA Act* de sus raíces británicas. El Parlamento Canadiense estaba entre los Dominios que inmediatamente ratificaron el Estatuto de Westminster, pero solicitó un aplazamiento para su implementación porque no podía asegurar el acuerdo de todos los gobiernos provinciales sobre la adición de una fórmula de reforma al *Act*. Se necesitarían otros cincuenta años antes de que se pudiera alcanzar un acuerdo (casi unánime) sobre una nueva Constitución –antes de que, en otras palabras, el *BNA Act* con una fórmula de reforma y una carta de derechos pudiera ser “patriada” a su nuevo hogar canadiense como el *Constitution Act* de 1982.*

El proceso que condujo a la patriación distó de ser fácil. El gobierno federal del momento, conducido por el Primer Ministro Pierre Trudeau, experimentó una resistencia considerable, no sólo por la nueva fórmula de enmienda sino porque, y principalmente, por la propuesta del gobierno de incluir una carta de derechos recientemente acuñada. Esta adición habría de transformar radicalmente el sistema canadiense de uno basado principalmente en modelo de Westminster de soberanía parlamentaria ilimitada (dentro de las esferas de la jurisdicción federal y provincial, apropiadamente definidas por la Constitución), a uno que incorporaba límites morales substantivos a los poderes del parlamento y los legislativos provinciales. Las objeciones eran predecibles. Tal transformación otorgaría mucho poder político a los jueces, con ello afectando el Estado de Derecho y socavando los principios de la democracia. El pueblo y sus representantes ahora estarían asediados por las reflexiones de jueces no elegidos democráticamente quie-

¹⁵ *Statute of Westminster, 1931* (22 & 23 Geo. V c. 4, 11 December 1931).

* *N. del T.* Para mayor claridad, *Patriation* [Patriación] es un término no jurídico utilizado en Canadá para describir un proceso de cambio constitucional en el cual se apropian de su Constitución. Hasta 1982, la Constitución hacía parte del Derecho Británico y podía ser modificada únicamente mediante un acto del Parlamento Británico (con consentimiento del gobierno Canadiense). En específico, la patriación se refiere al proceso de la potestad de modificación de la Constitución sea solamente de Canadá, sin ningún rol del Parlamento del Reino Unido, es decir, la patriación se refiere con la adopción de una fórmula de reforma constitucional, y con ello, la adquisición de soberanía completa. El término surge como una modificación de *repatriation* (repatriación), que significa a volver a su propio país. Como la Constitución canadiense era Derecho británico, no podía, ser “repatriada” o “regresada” a Canadá en sentido escrito. Así, el primer ministro Lester B. Pearson acuñó el término “patriación” para referirse a este proceso.

nes, al momento de interpretar las disposiciones morales abstractas de la carta, lo harían de acuerdo con sus creencias morales y perjuicios personales. A pesar del esfuerzo considerable de parte del gobierno de Trudeau en la negociación de la patriación, no se pudo llegar a un acuerdo suficiente entre las provincias. Como resultado, el gobierno de Trudeau consideró incluso la posibilidad de solicitar unilateralmente que el Parlamento del Reino Unido patriara la Constitución previamente enmendada. La resistencia continuó, apoyada por la afirmación de que tal paso, sin el consentimiento previo de las provincias, cuyos poderes serían gravemente afectados, sería una violación grave del Derecho constitucional. El resultado final fue un decisión hoy conocida como *La consulta de la Patriación*¹⁶, en el cual varias provincias solicitaron a la Corte Suprema Canadiense declarar que el gobierno de Trudeau intentó un movimiento unilateral inconstitucional. La Corte decidió, de forma algo paradójica, que tal petición, aunque no era violatoria el Derecho constitucional, era no obstante inconstitucional. Y al hacer eso, dio respaldo a la afirmación de que, al menos en Canadá, las cosas son como sugiere Strauss que son en los Estados Unidos, es decir, que la Constitución es mucho más que el documento o documentos escritos que la contienen.

Para llegar a esta decisión un tanto paradójica –que la acción propuesta por el gobierno era inconstitucional, aunque no violatoria del Derecho constitucional–, la Corte se basó en una distinción de Dicey entre *normas constitucionales* y *convenciones constitucionales*:

¹⁶ *In Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753. *N. del T.* Se traduce “*Reference*” (abreviado para la citación del caso, “*In Re*”) por “consulta”. En derecho canadiense, un *reference question* es un procedimiento a través el cual el gobierno federal puede presentar una pregunta jurídica la Corte Suprema de Canadá o los gobiernos provinciales a las cortes provinciales de apelación. En el procedimiento federal, regido por la *Supreme Court Act*, el gobierno presenta una pregunta a la Corte Suprema y las partes interesadas pueden intervenir en audiencia y la corte puede nombrar *amicus curiae* para la determinación de ciertas cuestiones fácticas. La decisión de la Corte tiene la forma de una sentencia pero no es jurídicamente vinculante. Sin embargo, el gobierno nunca ha ignorando la decisión. El proceso provincial se rige por las normas respectivas de cada provincia, y es muy similar al procedimiento federal, solamente que aquí quien presenta la pregunta es el gobierno provincial y quien responde es la Corte Superior o la Corte de Apelación (según cada provincia). La mayor diferencia es el gobierno provincial tiene el derecho a apelar a la Corte Suprema de Canadá, como se verá en la sección II.E. Desde los tiempos del *Privy Council*, se ha considerado que el papel de las cortes en las “consultas” no es judicial, sino que funciona como un asesor de la rama ejecutiva. Es de notar que otras jurisdicciones del *common law* han explícitamente eliminado las consultas a las cortes, que solo se puede manifestar en decisiones de casos concretos. Notablemente, la sección III de la Constitución de Estados Unidos y el capítulo III de la Constitución de Australia, prohíben tales consultas y limitan a las cortes a manifestarse a través de sus decisiones en la resolución de casos.

El primer conjunto de reglas son “leyes” en sentido más estricto, dado que ellas son las reglas (sean escritas o no, promulgadas por la legislación o derivadas de una mezcla entre convención, tradición o máximas de elaboración judicial conocidas como *common law*) aplicadas por las cortes; estas normas constituyen el “Derecho constitucional” en el sentido apropiado del término, y pueden en gracia de la distinción ser denominadas colectivamente “el Derecho de la Constitución¹⁷”.

De acuerdo con la Constitución Canadiense, así interpretada, no existía nada que prohibiera al gobierno de Trudeau de hacer una petición formal al Parlamento del Reino Unido. Tampoco existía nada en la Constitución que prohibiera al Parlamento acceder a ello. Pero la Corte opinó que existe algo más en una Constitución que Derecho Constitucional. Para fundamentar su afirmación, los Jueces de nuevo volvieron a Dicey, esta vez para citarlo de forma extensiva:

“El otro conjunto de reglas consiste en convenciones, interpretaciones, hábitos o prácticas las cuales, aunque regulan la conducta de los varios miembros del poder soberano, del Ministro, de los demás funcionarios, no son en realidad leyes en absoluto dado que no son aplicadas por las cortes. Esta porción del Derecho constitucional puede, en aras de la distinción, ser denominada como “convenciones de la Constitución” o moralidad constitucional”. [Citando a Albert Dicey, *The Law of the Constitution*, 10a edición. London: McMillan and Company, 1959, pp. 23-4]

Más tarde, en la página 27, después de discutir varios ejemplos de la práctica jurídica inglesa, él [Dicey] manifiesta: “Bajo la Constitución inglesa, ellas tienen un punto en común: ellas no son ‘leyes’ en el sentido verdadero de esta palabra, dado que si alguna o todas ellas fueran violadas, ninguna corte aprehendería el conocimiento de su violación”. [Dicey, *The Law of the Constitution*, cit. p. 27]

Y adicionalmente, en las páginas 30-31, él [Dicey] añadió: “Con las convenciones o interpretaciones, él [el jurista o el profesor de derecho] no tienen ninguna ocupación directa. Ellas varían de generación en generación, casi de año a año. El que un Ministro derrotado en las urnas deba retirarse en el día que se sabe el resultado de la elección o pueda de forma legítima mantener el cargo hasta que sea derrotado en el Parlamento, es o puede ser una pregunta de importancia práctica. Las opiniones que prevalecen hoy sobre este punto difieren (se dice) de la opiniones que prevalecieron treinta años atrás, que son posiblemente diferentes de las opiniones o interpretaciones que pudieron prevalecer treinta años antes de ese momento. Precedentes importantes y altas

¹⁷ *In Re: Resolution to amend the Constitution*, cit., p. 855.

autoridades son citados en ambos lados de esta pregunta espinosa. (...) La cuestión, sin embargo, no es jurídica sino una cuestión política, y no debería molestar a ningún jurista o profesor de derecho. Si él se ocupa de ellas de alguna forma, sería sólo en la medida en que pueda mostrar que existe una conexión (si existiera alguna) entre las convenciones de la Constitución y el Derecho de la Constitución” [Dicey, *The Law of the Constitution*, cit. pp. 30-31]¹⁸

Debido a su aceptación de las tesis de Dicey sobre la naturaleza y el papel de las convenciones constitucionales, era una opción para la Corte simplemente notar la distinción y dejar la cuestión ahí. En otras palabras, habiendo determinado que no existía nada en el *Derecho* constitucional que le prohibiera al gobierno Trudeau de actuar de esta forma, la Corte pudo haberse abstenido de tratar la pregunta adicional de si tal acción sería no obstante violatoria de la convención constitucional. Después de todo, como la Corte anotó, tales convenciones no son aplicables judicialmente. Pero la Corte eligió no tomar esta ruta fácil. Por el contrario, falló de fondo sosteniendo que, en su concepto, el curso de acción propuesto por el gobierno de Trudeau violaría gravemente una importante convención constitucional, lo que volvería inconstitucional la actuación. No hay ninguna duda de que la Corte tomó esta ruta debido a su manifiesta creencia que algunas convenciones constitucionales son de hecho más importantes que muchas normas constitucionales –y que una convención directamente relacionada con este caso era una de ellas–. La Corte señaló:

Debe tenerse en mente que, sin embargo, aunque no son leyes, *algunas convenciones pueden ser más importantes que algunas leyes*. Su importancia depende del valor o principio que se supone salvaguardan. También ellas forman *parte integral de la Constitución* y del sistema constitucional. Ellas vienen a hacer parte del significado de la palabra “Constitución” en el preámbulo del *British North America Act*, 1867: “Dado que las Provincias de Canadá, Nova Scotia y New Brunswick han expresado su deseo de estar unidas federalmente... con una Constitución en principio similar a la del Reino Unido.”

Por ello es perfectamente apropiado decir que *violar una convención es hacer algo que es inconstitucional aunque ello no implique ninguna consecuencia jurídica directa*. Pero las palabras “constitucional” e “inconstitucional” pueden también ser usadas en un sentido jurídico estricto, por ejemplo, con respecto a una ley que es encontrada *ultra vires* o inconstitucional. Lo anterior tal vez pueda ser

¹⁸ In *Re: Resolution to amend the Constitution*, cit., 854-5, citando a Albert Dicey, *The Law of the Constitution*, 10a edición. London: McMillan and Company, 1959, pp. pp. 23-24, 27, 30-1. Nota del autor: Compárese con, *Edwards* donde el *Privy Council* anotó que el documento constitucional estaba “sujeto al desarrollo mediante uso y convención” (*Edwards*, cit. 136).

resumido en una ecuación: *convenciones constitucionales más Derecho constitucional igual al total de la Constitución del país*¹⁹.

Para añadir peso adicional a su afirmación de que algunas convenciones constitucionales son más importantes que muchas normas constitucionales, la Corte notó...

...que muchos canadienses quizá se sorprenderían al saber que partes importantes de la Constitución de Canadá, con las cuales ellos están más familiarizados porque ellas se relacionan directamente con el ejercicio de su derecho al voto en las elecciones federales o provinciales, no se encuentran en ninguna parte del Derecho de la Constitución. Por ejemplo, es un requisito fundamental de la Constitución que si la oposición obtiene la mayoría en las urnas, el gobierno debe presentar su renuncia inmediatamente. Pero tan fundamental como es, este requisito no forma parte del Derecho de la Constitución²⁰.

Más tarde, la Corte añadió la siguiente observación al asunto de si las constituciones son entidades vivas:

El propósito principal de las convenciones constitucionales es asegurar que el marco jurídico de la Constitución será operado de acuerdo con los valores constitucionales prevalentes o principios del período. Por ejemplo, el valor constitucional que es el fundamento de las convenciones señaladas anteriormente y relacionadas con el gobierno responsable es el principio democrático: los poderes del Estado deben ser ejercidos de acuerdo con los deseos del electorado²¹.

En la visión de la Corte, entre las convenciones constitucionales más importantes de Canadá estaba la antigua convención de que “el Parlamento Canadiense no solicitará una enmienda que directamente afecte las relaciones federales – provinciales sin la consulta previa y acuerdo con las provincias²²”. La Corte añadió que “la naturaleza y el grado de la participación provincial en el proceso de enmienda, sin embargo, no permite una

¹⁹ *Ibid.*, pp. 883-4, énfasis añadido.

²⁰ *Ibid.*, p. 877-8.

²¹ *Ibid.*, p. 880.

²² Esta convención ahora está formalizada en la formula de enmienda incluida en la nueva Constitución. La disposición 38(1) establece: “Una enmienda a la Constitución de Canadá puede hacerse mediante una proclamación expedida por el Gobernador General bajo el Gran Sello de Canadá cuando sea autorizada por

(a) resoluciones del Senado y la Cámara de los Comunes; y,

definición simple²³". Pero era claro que el gobierno de Trudeau no había alcanzado, bajo ninguna medida razonable, un acuerdo substancial. Como resultado, el gobierno regresó al punto de partida y volvió a intentar ganar el apoyo de las provincias. En últimas, se alcanzó un acuerdo, pero éste incorporó en la nueva Constitución determinadas características fundamentales diseñadas para aplacar a los críticos más poderosos e influyentes. Entre estas características estaban dos disposiciones, comúnmente conocidas como "la cláusula de las limitaciones razonables" y la "cláusula derogatoria" [*notwithstanding clause*].* La cláusula de las limitaciones razonables, que se encuentra en la sección 1, establece que la Carta "garantiza los derechos y libertades establecidos sujetas sólo a los límites razonables prescritos mediante el Derecho, que puedan ser justificados en una sociedad libre y democrática". Esta disposición intenta dejar amplio espacio al Parlamento y a los legislativos provinciales para perseguir objetivos sociales válidos sin tener la amenaza acechante de los jueces atacando sus esfuerzos legítimos a través de una preocupación desorbitada por los derechos individuales. La cláusula derogatoria o cláusula de anulación proporcionó una válvula de seguridad aún mayor. La sección 33 dispone que "el Parlamento o el legislativo de una provincia puede expresamente declarar en un *Act* del Parlamento o el legislativo, según el caso, que el *Act* o la disposición en cuestión operará sin consideración a las disposiciones incluidas en la sección 2 o secciones 7 a 15 de esta Carta". Con la adición de estas disposiciones, el consentimiento de todas las provincias, a excepción de Quebec, estaba eventualmente asegurado²⁴. En 1982, los parlamentos del Reino Unido y Canadá aprobaron actos paralelos, el *Canada Act* 1982²⁵ y el *Constitution Act* 1982, y en una ceremonia formal en el Parlamento en Ottawa, la Reina Isabel II formalmente firmó ambos actos en abril 17 de 1982, y así, patrió la Constitución de Canadá y consolidó su status como una nación completamente independiente.

(b) resoluciones de las asambleas legislativas de al menos dos tercios de las provincias que representen, en total, según el último censo general, al menos el 50% de la población de todas las provincias"

²³ *Ibid.*, 870.

* *N. de. T.* Traduzco por "cláusula derogatoria" la figura jurídica que se conoce como *notwithstanding clause* y en francés *clause dérogatoire*, que se incluye en la sección 33 y que será explicada a continuación.

²⁴ Hasta la fecha, la provincia de Quebec ha declinado formalmente de asentir el *Constitution Act* de 1982.

²⁵ ([UK] 1982, c.11)

3. *Shapinker*

Como se anotó anteriormente, el primer caso decidido bajo el nuevo régimen constitucional fue *Shapinker*. Joel Shapinker era un ciudadano de Sudáfrica residente en Canadá cuya solicitud a la barra de abogados de Ontario para practicar Derecho fue negada bajo el fundamento de que el *Law Society Act* de Ontario requería ciudadanía canadiense. Shapinker buscó que la disposición relevante del *Act* fuera declarada inoperativa bajo el fundamento de que violaba la sección 6(2)(b) de la *Carta* Canadiense, la cual estipula que “Todos los ciudadanos de Canadá y todas las personas quienes tienen el estatus de residente permanente de Canadá tienen el derecho (...) a ganarse la vida en cualquier provincia”. En el juicio de primera instancia, la demanda de Shapinker fue negada. Después de una apelación exitosa en la Corte de Apelaciones de Ontario, el caso llegó a la Corte Suprema, la cual manifestó que efectivamente los derechos de Shapinker habían sido violados. Para llegar a su decisión, la Corte citó las siguientes razones —razones que revelan la adhesión continua de la Corte al constitucionalismo del árbol vivo:

Existen algunas consideraciones simples pero importantes que guían a la Corte en la interpretación de la *Carta*.... La *Carta* no deriva de los niveles legislativos del gobierno, sino de la Constitución misma. Es parte de la estructura fundamental del Derecho canadiense. En realidad, “es el derecho supremo de Canadá”: *Constitution Act*, 1982, s. 52. No puede ser fácilmente enmendada. El fino y constante proceso de ajuste de estas disposiciones constitucionales ha sido dejado por una tradición de necesidad a la rama judicial. La flexibilidad debe ser balanceada con la certeza. El futuro debe, en la mayor medida previsible, ser acomodado en el presente. La *Carta* ha sido diseñada y adoptada para guiar y servir a la comunidad canadiense por un largo tiempo. La interpretación estrecha y técnica, sino es modulada por un sentido de lo desconocido del futuro, puede entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve. Todo esto ha estado con nosotros en el proceso de desarrollo de las instituciones del gobierno bajo el *B. N. A. Act*, 1867 (hoy, *Constitution Act*, 1867). Con el *Constitution Act*, 1982, viene a una nueva dimensión, una nueva medida de reconciliación entre el individuo y la comunidad y sus respectivos derechos, una dimensión que, como el balance de la Constitución, aún debe ser interpretada y aplicada por la Corte²⁶.

²⁶ *Law Society of Upper Canada v. Shapinker, cit.*, Par. 11.

De forma interesante, la Corte vino a invocar la experiencia estadounidense con especial referencia a los casos *Marbury* y *M'Culloch*. Particularmente relevante para nuestros propósitos, ha aquí una cita de la última:

Una Constitución, si contuviera el detalle exacto de todas las subdivisiones que sus grandes poderes admiten, y de todos los mecanismos a través de los cuales pueden ser llevados a ejecución, participaría de la prolijidad del código jurídico, y escasamente podría ser abarcada por la mente humana. Probablemente nunca podría ser entendida por el público. Su naturaleza, por tanto, requiere que solamente sus grandes contornos deban ser marcados, sus objetos importantes designados, y los ingredientes menores que componen esos objetos sean deducidos de la naturaleza misma de aquellos.... Al considerar esta pregunta, entonces, no debemos nunca olvidar, que es *una Constitución* a lo que nos estamos exponiendo²⁷.

4. *Big M Drug Mart*

Shapinker trataba con los derechos de movilidad y el derecho a ganarse la vida en el campo que se escoja. *Big M Drug Mart*²⁸, la siguiente gran decisión de la Corte y su entendimiento evolutivo de la *Carta*, trajo al foro un problema más espinoso relacionado con la libertad religiosa. El asunto en cuestión era que la *Lord's Day Act*, R. S. C. 1970* obligaba a que la mayor parte de los negocios cerrara los domingos. El propósito claramente intentado por esta legislación, observó la Corte, era el deseo de mantener el Sabbat cristiano como un día santo. Y la pregunta principal a resolver era si legislación con tal propósito infringía la Sección 2(a) de la *Carta* que garantiza "libertad de conciencia y religión". La Corte falló que sí lo hacía, pero de nuevo, el punto más importante para nuestros propósitos fue la forma en la cual ella alcanzó tal decisión. Como la Corte vio las cosas, "[e]l significado de un derecho o libertad garantizado por la *Carta* [debe] ser determinado mediante el análisis del propósito de tal garantía; [debe] ser entendido... a la luz de los intereses que se pretenden proteger".²⁹ Y el propósito de un derecho o libertad "debe buscarse en referencia a la naturaleza y a los objetos mayores de la *Carta* misma, al lenguaje escogido para articular el derecho o libertad específica, a los orígenes históricos de los conceptos consagrados, y, cuando

²⁷ *Idem*, Par. 13, citando a *M'Culloch v. State of Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton's) 316 (1819), p. 407.

²⁸ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

* *N. de. T.* "Ley del día del Señor"

²⁹ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *cit.*, Par. 116.

fuera aplicable, al significado y propósito de los otros derechos y libertades específicas con los que está asociado dentro del texto de la *Carta*”³⁰. Adicionalmente, “la interpretación debe ser una generosa y no una legalista, apuntalada a hacer cumplir el propósito de la garantía y a asegurar a los individuos el beneficio completo de la protección de la *Carta*”.³¹ “Al mismo tiempo,” la Corte agregó, “es importante no pasar por alto que el propósito real del derecho o libertad en cuestión, sino que se debe recordar que la *Carta* no fue promulgada en el vacío, y, por tanto, como esta decisión de la Corte [*Shapinker*] ilustra, debe ser ubicada en sus contextos lingüísticos, filosóficos e históricos”³².

Así, mientras que la Corte Suprema daba relevancia a un rango de factores que incluían los significados e intenciones originales históricamente declarados, tales factores en ninguna forma eran tomados como decisivos. Eran tratados como si tales factores pudieran “entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve”. En otras palabras, limitarnos al entendimiento original sería olvidar una de las lecciones centrales de *Edwards* y *McCulloch*, es decir, no estaríamos olvidando de que es una *Constitución* a lo que estamos siendo expuestos.

5. *B.C. Motor Vehicle Act*

El siguiente caso fue el *Re: B.C. Motor Vehicle Act*³³, un caso que una vez más generó preguntas fundamentales de teoría constitucional, incluyendo la naturaleza y la misma legitimidad del control judicial de constitucionalidad. Además, planteó cuestiones fundamentales concernientes a la validez de varias técnicas de interpretación constitucional. Lo que se discutía en *B.C. Motor Vehicle* era la constitucionalidad de una norma que creaba un delito de responsabilidad objetiva en la conducción de automóviles. De acuerdo con la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C., 1979*, todo aquel que condujera mientras tuviera una prohibición para hacerlo era culpable de un delito y condenado al pago de una multa o pena de prisión. Como lo estimó la Corte, la norma “creó un delito de responsabilidad absoluta en el que se probaba la culpabilidad con el hecho de conducir, sin importar si el acusado conocía o no la

³⁰ *Idem*, Par. 117.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Reference re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. *N. de. T.* Este caso, como el caso de la Patriación, es una consulta.

* *N. de. T. Ley de Vehículos de Motor* de la Columbia Británica de 1979.

prohibición o la suspensión...”³⁴ La consulta fue presentada por Vicegobernador* de la Columbia Británica a la Corte de Apelaciones, la cuál encontró que la sec. 92(4) del *Motor Vehicle Act* no tenía fuera efecto jurídico debido a su inconsistencia con la sección 7 de la *Carta*. Esta disposición establece que “Todas las personas tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser privado de ésta, a menos que sea en concordancia con los principios de justicia fundamental.” Las infracciones de tráfico de responsabilidad absoluta, sostuvo la Corte, no eran compatibles con los principios de justicia fundamental. No contento con este resultado, el Procurador General [*Attorney-General*] de la Columbia Británica apeló para que la consulta fuera enviada a la Corte Suprema de Canadá, que confirmó el primer fallo. Sin embargo, una vez más, de particular importancia para nuestros propósitos no es el resultado final, sino cómo la Corte vio su tarea y la forma en la que justificó su decisión.

Escribiendo a nombre de la Corte, el Juez Presidente Lamer empezó advirtiéndole que el caso traía al foro “preguntas fundamentales de teoría constitucional, incluyendo la naturaleza y la legitimidad misma del proceso de adjudicación constitucional bajo la *Carta*, al igual que la corrección de varias técnicas de interpretación constitucional.”³⁵ Además, observó que “la característica novedosa de la *Constitución* de 1982... no es que de repente le haya dado poder a las cortes para determinar el contenido de la legislación. Esto se ha hecho durante un buen número de años cuando se analiza los *vires** de la legislación.”³⁶ “Los valores sujetos a la adjudicación constitu-

³⁴ Reference re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, *cit.*, Par. 6, citando la sección 94(2) de *Act*.

* *N. de. T.* En el original en inglés *Lieutenant Governor*, que puede traducido literalmente como “Teniente Gobernador”. La traducción oficial del gobierno canadiense, mucho más apropiada, es “Vicegobernador”. En el sistema parlamentario canadiense, el vicegobernador es el representante de la monarquía en las provincias. El equivalente en el nivel federal es el “Gobernador General”, *Governor General*, que representa a la jefe de Estado (la reina Isabel) en Canadá. Debe recordarse que el sistema canadiense es parlamentario, en el cual la jefatura del gobierno está en cabeza del Primer Ministro, y la jefatura de Estado en cabeza de la Reina de Inglaterra. Los poderes constitucionales del Gobernador General y de los Vicegobernadores, como los de la Reina, son casi todos simbólicos y ceremoniales.

³⁵ Reference re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, *cit.*, Par. 10.

* *N. de. T.* *Vires*, en latín, significa poder. Para mayor claridad, la Corte se refiere al análisis de validez la legislación basada en la competencia del que la expide. Si la Corte encuentra que una norma es *intra vires*, es decir, dentro de los poderes del funcionario o institución que la expidió, la declara por ello válida. Si, por el contrario, si una norma es *ultra vires*, es decir, que no estaban dentro de los poderes del funcionario que la expidió, esta norma se declara inválida.

³⁶ Reference re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, *cit.*, Par. 12.

cional ahora se refieren también a los derechos individuales, y no sólo a la distribución de los poderes gubernamentales.”³⁷ Por lo tanto, “el derecho de revisar el contenido de la legislación hace parte del alcance de la adjudicación constitucional, la cual ha sido alterada pero no modificada en su naturaleza.”³⁸ Enfatizando estos aspectos cruciales, Lamer estimó que “la sección 7, como muchas otras en la Constitución, pone límites a la acción legislativa. Es función de la Corte determinar si la legislación bajo examen ha respetado esos límites. Este proceso exige la revisión constitucional de los contenidos legislativos.”³⁹ Hasta este punto, todo va bien: la defensa de la Carta necesita una evaluación del contenido legislativo para poder determinar si éste puede ser reconciliado con los derechos reconocidos por la Constitución. Pero, ¿no implica esto que las cortes son las llamadas a evaluar la sabiduría de las decisiones legislativas (que son tomadas, dicho sea de paso, por aquellos que han sido autorizados democráticamente para ello)? Ésta es la posición de muchos que siguen repudiando de la inclusión de una *Carta* en la nueva Constitución y que desean restringir sus efectos en la mayor medida posible. “En el contexto de la sección 7, y en particular, de la interpretación de los ‘principios de justicia fundamental’, ha prevalecido en algunos sectores el supuesto de cualquier cosa diferente a una interpretación estricta de la sección 7 inexorablemente llevará a las Cortes a ‘cuestionar la sabiduría de los actos del legislador’, y se podrán a juzgar sobre los méritos de las políticas públicas.”⁴⁰ Y desde este supuesto “han surgido advertencias sobre los peligros de una ‘super-legislatura’ judicial por fuera de los alcances del Parlamento, los legislativos provinciales y del mismo electorado. El Procurador General de Ontario, en su argumento escrito, afirmó que... ‘La judicatura no es representante del electorado, ni es responsable frente al él, bajo cuya autoridad se seleccionan las políticas y se le da efecto jurídico a las leyes del territorio.’”⁴¹ En la respuesta de esta popular objeción, Lamer presentó la línea no satisfactoria de defensa sobre la cual llamé la atención anteriormente:

Éste es un argumento que se ha escuchado incontables veces antes del atrincheramiento de la *Carta* pero cuya verdad, para bien o para mal, fue resuelto por la misma entrada en vigencia del *Constitution Act, 1982*. No debe olvidarse que la decisión histórica de atrincherar la *Carta* en nuestra Constitución no

³⁷ *Idem*, Par. 13.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Idem*, Par. 15.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Idem*, Par. 16.

fue tomada por las cortes sino por los representantes elegidos por el pueblo de Canadá. Fueron esos representantes quienes extendieron el alcance de la adjudicación constitucional y confiaron a las cortes esa nueva y onerosa responsabilidad. Se debe aproximar a la adjudicación bajo la *Carta* libre de toda duda persistente sobre su legitimidad.⁴²

Entonces, bajo la perspectiva de la Corte, las preguntas alrededor de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad bajo la *Carta* deben ser resueltas sobre el fundamento de que el proceso y sus consecuencias inevitables, en efecto, fueron adoptadas por los representantes elegidos por el pueblo. Pero, por supuesto, esto sólo el comienzo de una respuesta a las críticas de aquellos que se preocupan por los asuntos de la legitimidad, porque el mero hecho que las Cortes deban aplicar la Carta en la evaluación de la legislación, deja abierto el problema de *cómo* ello debe hacerse. En otras palabras, deja abierto cómo se han de concebirse las restricciones impuestas por la carta y cómo los jueces van a interpretar esos límites cuando se embarcan en el proceso de control constitucional. Y fue aquí que la Corte, una vez más, se comprometió firmemente con el constitucionalismo del árbol vivo y rechazó de forma explícita cualquier teoría remotamente parecida a una teoría originalista robusta. Este fue su argumento.

La cuestión fundamental en *B.C. Motor Vehicle* era cómo interpretar la sección 7, en particular su referencia a “los principios de justicia fundamental.”⁴³ ¿Debía entenderse que esta frase contemplaba solamente justicia procedimental pura, o se extendía a principios de justicia más sustantivos? La Corte finalmente decidió que la frase abarcaba más que el simple procedimiento, pero tuvo que ahuyentar la preocupación de que la apertura de la sección 7 de esta forma reintroduciría la cuestión de la legitimidad democrática. Como Lamer observó,

La preocupación predominante y legítima de que las Cortes no deben cuestionar la sabiduría de las promulgaciones, y la presunción de que el legislador podría no haber intentado lo mismo, han distorsionado en cierta medida la discusión alrededor del significado de los “principios de justicia fundamental.” Esto ha conducido a que algunos vean aquí el espectro de una “super-legislatura judicial” ... Esto, a su vez, ha conllevado a una estrecha caracterización del asunto y al supuesto de que sólo un contenido procedimental de los “principios de justicia fundamental” puede disuadir a las Cortes de juzgar

⁴² *Ibidem*.

⁴³ La pregunta se parece a los debates en los Estados Unidos sobre si la cláusula del debido proceso contempla el debido proceso sustantivo.

sobre los méritos o la prudencia de las leyes. Si este supuesto se aceptara, el corolario inevitable, con el cual tendría que estar de acuerdo, es que el legislador quiso que las palabras “principios de justicia fundamental” se refirieran al procedimiento.⁴⁴

La respuesta de la Corte fue multifacética. Primero, señaló que la frase “principios de justicia fundamental” connota una categoría conceptualmente más amplia que la frase “principios de justicia procedimental o natural.” Segundo, las Cortes del *common law*, históricamente, han considerado mucho más que la simple justicia procedimental cuando evalúan las leyes. “Desde hace mucho tiempo e incluso recientemente las cortes han desarrollado el *common law* más allá de las restricciones procesales sin interferir con los ‘méritos o la sabiduría’ de las promulgaciones⁴⁵”. Entonces, no existen impedimentos conceptuales o jurídicos para que la Corte al menos considere la cuestión de si la sección 7 debe ser interpretada según los principios de justicia sustantiva, al igual que los de justicia procedimental. Pero eso condujo a la Corte nuevamente a los problemas fundamentales de interpretación tratados en *Shapinker* y *Big M Drug Mart* donde, como hemos visto, la Corte adoptó con entusiasmo el constitucionalismo del árbol vivo y la interpretación propositiva. “El significado de un derecho o libertad garantizado por la *Carta* debe ser determinado mediante el análisis del propósito de tal garantía; en otras palabras, ser entendido a la luz de los intereses que se pretenden proteger... la interpretación debe ser una generosa y no una legalista, apuntalada a hacer cumplir el propósito de la garantía y a asegurar para los individuos el beneficio completo de la protección de la *Carta*”⁴⁶ Entonces, ¿cuáles son los “intereses” específicos que la sección 7 buscaba proteger? La respuesta es proporcionada, en parte, por las secciones 8 a la 14, las que “... tratan sobre privaciones específicas del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona en violación de los principios de justicia fundamental.” Sería “incongruente interpretar la sección 7 de forma más estrecha que los derechos consignados en las secciones 8-14...” y “[c]laramente, algunas de esas disposiciones encarnan principios que están más allá de algo que pueda ser caracterizado como ‘procedimental’”⁴⁷

Estas apelaciones al análisis conceptual, la historia del *common law*, la evidencia textual interna, y el compromiso de la Corte con el constitucionalismo del árbol vivo no parecen ser suficiente para aplacar las críticas, como

⁴⁴ Reference re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, *cit.*, Par. 19.

⁴⁵ *Idem*, Par. 20.

⁴⁶ *Idem*, Par. 22, citando a *Big M Drug Mart*.

⁴⁷ *Idem*, Par. 28.

la Corte parece notar. Todavía habría quienes continuarían objetando, pero ahora sobre la base del originalismo.

Varias Cortes han puesto énfasis en las Actas de las Sesiones y Evidencia del Comité Especial Conjunto del Senado y de la Cámara de los Comunes sobre la Constitución en la interpretación de “los principios de justicia fundamental”. En particular, se han basado en los siguientes pasajes que tratan con el testimonio de los funcionarios civiles federales del Departamento de Justicia:

Señor Stayer (viceministro, Derecho Público):

Señor Presidente, es nuestra creencia que las palabras “justicia fundamental” cubrirían lo mismo que es llamado el debido proceso procedimental, que es el significado del debido proceso en relación con la exigencia de un procedimiento justo. Sin embargo, en nuestra opinión, no cubre el concepto de debido proceso sustantivo, que impondría exigencias sustantivas sobre la política de la norma en cuestión.⁴⁸

La respuesta de la Corte a Strayer es similar a la respuesta de Strauss a afirmaciones parecidas, en relación con la relevancia que le se debe asignar a las intenciones originales. Primero, “los discursos y declaraciones hechas por prominentes figuras son inherentemente poco fiables.”⁴⁹ “La *Carta* no es el producto de unos pocos funcionarios, sin importar cuan eminentes sean, sino de una multiplicidad de individuos que jugaron papeles mayores en la negociación, redacción y adopción de la *Carta*. ¿Cómo se puede decir con alguna confianza que dentro de esta enorme multiplicidad de actores, sin olvidar el rol de las provincias, que los comentarios de unos cuantos funcionarios públicos federales pueden ser de alguna manera determinantes?”⁵⁰ Segundo, si la Corte fuera a “otorgar algún peso significativo a estos testimonios, ello sería, en efecto, asumir que podemos conocer un hecho que es casi imposible de probar: la intención de los cuerpos legislativos que adoptaron la *Carta*. En virtud de la naturaleza indeterminada de estos datos, sería errado darle a este material algo mayor que un peso mínimo.”⁵¹ Tercero, claramente los autores de la Constitución perfectamente pudieron haber usado la frase “principios de justicia natural” en vez de “principios de justicia fundamental.” Pero no lo hicieron. Cuarto, al defender la opción originalista,

⁴⁸ *Idem*, Par. 36.

⁴⁹ *Idem*, Par. 50.

⁵⁰ *Idem*, Par. 51.

⁵¹ *Idem*, Par. 52.

los derechos, las libertades y los valores consagrados en la *Carta* se congelan en el tiempo de la adopción con muy poca o ninguna posibilidad de crecimiento, desarrollo y ajuste a las cambiantes necesidades sociales. Obviamente, en este caso, dada la proximidad en el tiempo de los debates, tal problema es relativamente menor, incluso cuando debe notarse que aún en esta etapa temprana de vida de la *Carta*, un buen grupo de problemas y preguntas han surgido los cuales fueron ampliamente imprevistos en el momento de tales procedimientos. Si el “árbol vivo” recientemente plantado que es la *Carta* debe tener la posibilidad de crecer y adaptarse en el tiempo, se debe tener cuidado de asegurar que los materiales históricos, tales como Actas de las Sesiones y Evidencia del Comité Especial Conjunto, no entorpezcan su crecimiento. Como escribiría el Juez Estey en *Law Society of Upper Canada v. Shapinker*, *supra*, pp. 366-367: “La interpretación estrecha y técnica, sino es modulada por un sentido de lo desconocido del futuro, puede entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve. Todo esto ha estado con nosotros en el proceso de desarrollo de las instituciones del gobierno bajo el *B. N. A. Act*, 1867 (hoy, *Constitution Act*, 1867). Con el *Constitution Act*, 1982, viene a una nueva dimensión, una nueva medida de reconciliación entre el individuo y la comunidad y sus respectivos derechos, una dimensión que, como el balance de la Constitución, aún debe ser interpretada y aplicada por la Corte”.⁵²

En quinto lugar, y quizás el más importante para nuestros propósitos, “no se les puede dar a las palabras [de la sección 7] ningún contenido exhaustivo o una definición simple enumerativa, sino que adquieren significados concretos en la medida en que las cortes resuelvan presuntas violaciones de la sección.”⁵³ En otras palabras, la sección 7 se desarrollará de la misma manera que lo hizo el *common law*, como diría Strauss que lo hicieron las disposiciones de la primera enmienda en la práctica constitucional estadounidense.⁵⁴

6. Conclusiones

Entonces, ¿qué es lo que ilustra esta breve y selecta narración de la historia constitucional reciente de Canadá? En primer lugar, obviamente, revela de forma clara que la idea del constitucionalismo vivo ha estado, ya por algún tiempo, viva y establecida en las cortes canadienses. Aunque ha

⁵² *Idem*, Par. 53, citando a *Shapinker*.

⁵³ *Idem*, Par. 67.

⁵⁴ Véase, Strauss, *The Living Constitution*, *cit.*, pp. 51-71.

habido aquellos cuyas tendencias políticas los inclinan hacia alguna forma de originalismo, y quienes han presionado a las cortes con algunas de las variantes de esta postura, no han tenido éxito en persuadir las cortes canadienses. Las cortes han rechazado repetidamente la perspectiva que sostiene que toda teoría por fuera de una adherencia estricta a alguna forma robusta de originalismo constituye una seria amenaza a la democracia y al Estado de Derecho. Desde *Edwards* hasta hoy, el sistema jurídico canadiense ha repudiado cualquier visión teórica que intente atar el significado y efecto de la Constitución a las intenciones originales. Para estar seguros, la Corte Suprema, en algunas ocasiones habla de las intenciones de los constituyentes, y con frecuencia advierte que una interpretación de algunas disposiciones de la *Carta Constitucional* de Canadá deben ser “puestas en sus contextos lingüísticos, filosóficos e históricos correctos.” Pero las intenciones históricas que son tenidas por válidas son casi sin excepción son los *propósitos* generales de la Carta y de muchas disposiciones normativas. Y se asume que estos propósitos son los diferentes derechos y libertades morales que la *Carta* pretende garantizar, convirtiendo así la posición defendida en una forma de constitucionalismo del árbol vivo, o, al menos, en un “originalismo pusilánime.”⁵⁵ “El significado de un derecho o una libertad garantizada por la Carta”, dijo la Corte en *Big M Drug Mart*, “debe ser determinado por un análisis del propósito de tal garantía; debe ser entendido... la luz de los intereses que pretenden proteger.” Pero esos derechos, la Corte ha aclarado repetidamente, no son los derechos *como fueron originalmente* entendidos por aquellos cuya intención fue proveerles de protección constitucional. Verlos de esta forma tendría serios efectos adversos. Como sostuvo la Corte en *Shapinker*, su primer caso en vigencia de la Carta, “El fino y constante proceso de ajuste de estas disposiciones constitucionales ha sido dejado por una tradición de necesidad a la rama judicial. *La flexibilidad debe ser balanceada con la certeza. El futuro debe, en la mayor medida previsible, ser acomodado en el presente.* La Carta ha sido diseñada y adoptada para guiar y servir a la comunidad canadiense por un largo tiempo. La interpretación estrecha y técnica, sino es modulada por un sentido de lo desconocido del futuro, puede entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve.”

⁵⁵ Véase *The Living Constitution*, cit., p. 17, donde Strauss nota que el Juez Scalia se caracteriza como un “originalista pusilánime” quien está “dispuesto a abandonar el originalismo cuando conduce a resultados implausibles”. Al explicar esta pusilanimidad, Scalia provocativa, pero instructivamente dice: “Soy un originalista –no soy un chiflado” [I am an originalist, I am not a nut] (citado en *ibid.*). A esto Strauss observa correctamente: “Esta forma de poner las cosas es cautivadora, esta parece ser una respuesta válida: si seguir una teoría consistentemente te hace un chiflado, ¿no es eso un problema con la teoría? (*ibid.*).”

III. EL DESAFÍO DEMOCRÁTICO

Una de las objeciones más importantes contra el control judicial de constitucionalidad es que es profundamente incompatible con los principios fundamentales de la democracia. No sólo las cartas constitucionales limitan las posibilidades disponibles a los cuerpos legislativos, sino que los límites atrincherados y son de tal naturaleza que invariablemente deben ser interpretados y aplicados por jueces no elegidos democráticamente. Dicho arreglo constitucional, la objeción continúa, sirve para frustrar la voluntad del pueblo expresada a través de sus representantes elegidos, y les confiere a los jueces un poder que no deben tener. No es suficiente simplemente replicar –como la Corte Suprema de Canadá lo hizo alguna vez– que el pueblo ha escogido imponerse esos límites judicialmente interpretados y aplicados a su poder democrático. Existen dos razones.

En *primer* lugar, está la razón sobre la que llamé la atención arriba: el sólo hecho de que un proceso o forma de tomar una decisión X haya sido escogida democráticamente, no convierte automáticamente a X en democrático. Ciertamente, de forma automática no le confiere nada más que un mínimo de legitimidad democrática. En *segundo* lugar, aunque la respuesta tiene algo de plausible cuando aquellos que escogieron limitar los poderes relevantes son los mismos que deben soportar sus consecuencias, esta respuesta pierde toda credibilidad cuando los dos grupos no son idénticos. Sin embargo, este es el caso típico cuando se trata de constituciones, donde los límites atrincherados sobre el poder político que son utilizados para el control, han sido con frecuencia establecidos por grupos diferentes de personas que viven en épocas diferentes. Esta dificultad sólo se agrava por el hecho de que es casi imposible, como en el caso de Estados Unidos y Canadá, reunir la voluntad política y los recursos necesarios que se requieren para llevar a cabo una enmienda constitucional formal para liberar las ataduras impuestas tiempo atrás. Todo esto nos lleva a la cuestión que requiere una respuesta convincente: ¿Qué es lo que posiblemente podría justificar un escenario en el que la “gente de hoy” estuviera severamente limitada en sus decisiones actuales por lo que la “gente de ayer” pudo haber decidido que eran los límites apropiados para consagrar en la Carta y ponerlos en las manos de los jueces?

Aunque es un problema para todos los defensores de las Constituciones,⁵⁶ el desafío de responder a esta cuestión es especialmente problemático cuan-

⁵⁶ Los constitucionalistas del árbol vivo no son la excepción, como el profesor Strauss explícitamente lo admite. Véase, *The Living Constitution*, cit., p. 47.

do la Carta en cuestión está sólidamente casada con una forma robusta del originalismo. Y por esto, entiendo una forma del originalismo que restringe a los interpretes judiciales a los entendimientos originales de las frases morales abstractas que se encuentran en las Cartas, o en el mejor de los casos, le impone una pesada carga para poder apartarse de tales entendimientos.⁵⁷ Tal práctica parece muy incompatible con la noción de auto-gobierno *actual*, la noción que reposa en el corazón de los ideales democráticos. En lugar de ser esclavos de un rey o un déspota, nos convertimos, según esta perspectiva, en esclavos de generaciones previas y sus visiones morales y políticas. Y algunas de esas visiones, por ejemplo, opiniones concernientes a la legitimidad moral de la esclavitud o la falta de estatus jurídicos de las mujeres, son ideas que la mayoría de nosotros (si no todos) rechazamos radicalmente. Adoptar una Constitución, entendida y aplicada como lo requiere el originalismo, representa un admisión insultante de que nosotros, la “gente de hoy”, por alguna razón estamos mejor si le confiamos a las generaciones pasadas nuestras decisiones políticas, incluso en los casos en los que discordamos profundamente con lo que esas generaciones pudieron haber pensado. Se podría decir cualquier cosa de tal acuerdo, excepto que es democrático. También, me aventuro a añadir, que es cualquier cosa menos algo responsable. La estabilidad y consistencia con el pasado son a menudo son logros dignos de perseguir, por una variedad de razones que tienen que ver con el tipo de humildad defendido por Burke, la equidad, las expectativas protegidas, y los valores contenidos dentro del ideal de Estado que llamamos de Derecho. Pero es simplemente irresponsable, moralmente, casarnos con posiciones que ahora confiablemente juzgamos como moralmente reprobables.

La tarea de hacer frente al desafío democrático, énfasis de nuevo, no está reservada a los originalistas. El desafío democrático se aplica, de una manera diferente, pero con la misma fuerza, a los defensores de constitucionalismo vivo. En otras palabras, el desafío democrático se nos presenta de dos formas: primero, está la preocupación expuesta, de que una Constitución atrincherada ata a la “gente de hoy” de forma muy estricta a las decisiones tomadas por la “gente de antes”. Llamemos a esta cuestión “el problema intergeneracional”. Pero de otro lado, está el problema no menos preocupante de que, en la adopción de una Carta, terminamos asignando

⁵⁷ Los originalistas pusilánimes, por supuesto, no enfrentan este desafío particularmente problemático. Pero como Strauss correctamente lo señala, el originalismo pusilánime es en realidad una versión del constitucionalismo vivo. Véase, *The Living Constitutionalism*, cit., p. 28-9. Para un argumento similar, véase, Mitch Berman, “Originalism is Bunk”, *New York University Law Review*, vol. 1, 2009.

a jueces no elegidos la tarea de interpretar y aplicar lo que son, en efecto, disposiciones lingüísticamente abiertas que les dan a los jueces una discreción muy poco regulada. La Carta les asigna a *ellos*, no a la “gente de antes” ni a la “gente de hoy”, la tarea esencialmente irrestricta de responder por nosotros nuestros problemas morales y políticos más fundamentales. A éste llamémoslo el “problema de la discreción.” El constitucionalismo vivo provee una respuesta al primer cuerno del dilema constitucional que surge del desafío democrático: el problema intergeneracional. Pero no es claro cómo es capaz de lidiar exitosamente con el segundo: el problema de la discreción. He aquí por qué.

El constitucionalismo vivo gira alrededor de cuatro cuestiones básicas:

(a) Una Constitución es un instrumento cuyas disposiciones morales abstractas *pueden* crecer y adaptarse al cambio (moral, social y político) sin perder su identidad y su función de guía;⁵⁸

(b) Las disposiciones abstractas de una Constitución *deben* tener permitido crecer y adaptarse a su medio;⁵⁹

(c) Este proceso puede tener lugar a través de una genuina interpretación constitucional, no a través de la “construcción” o de una reforma;⁶⁰ y

(d) puede hacerlo eso legítimamente.

Como vimos en la parte II, las tesis (a)-(d) han sido acogidas entusiastamente por Corte Suprema de Canadá. Estás también constituyen el núcleo del constitucionalismo vivo defendido por Strauss, quien se basa en cada una de ellas como una de las premisas principales de su defensa de esa posición. Al hacerlo, es capaz de confeccionar una respuesta muy plausible –y en mi concepto, adecuada– al problema intergeneracional. Pero siguiendo

⁵⁸ En realidad, ésta es la razón por la cual escogemos disposiciones abstractas. Ellas permiten el crecimiento cuando las visiones concretas cambian.

⁵⁹ Como hemos vistos, muchas de las razones fueron articuladas por el Comité Judicial del *Privy Council* del Reino Unido en *Edwards* y aceptadas y elaboradas por la Corte Suprema de Canadá en sus intentos tempranos de elaborar una aproximación justificada a la interpretación y todas las demás operaciones que debe hacer con la *Carta* canadiense.

⁶⁰ Por “construcción” quiero decir casi lo mismo que el Profesor Whittington quiere decir por tal término. En su visión, una Constitución sirve para guiar y limitar a los actores políticos en el proceso de la creación de políticas públicas. Al hacer eso, también depende de actores políticos, los cuales formulan requisitos constitucionales autoritativos y hacen cumplir esas disposiciones fundamentales en el futuro. El profesor Whittington caracteriza este proceso, por el cual el significado constitucional toma forma por la política al mismo tiempo que la política toma forma a través de la Constitución, como un proceso de construcción, opuesto a un proceso de interpretación. Véase, Keith E. Whittington, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*. Cambridge, Harvard University Press, 1999.

esta línea de defensa se deja abierta la puerta para el segundo cuerno del dilema democrático, el de la discreción.

Es el filo de este cuerno del dilema lo que explica, en parte, la incomodidad que muchos tienen con el constitucionalismo vivo y el atractivo intuitivo del originalismo entre muchos constitucionalistas y juristas –incluso los pusilánimes, como Scalia– quienes piensan que el atractivo es incómodo. Dejando de lado sus serias debilidades en el tratamiento de la cuestión inter-generacional, el originalismo tiene al menos algo a su favor. Propone poner en manos de jueces contemporáneos una tarea que es no muy diferente de la que ellos se encargan a diario en la resolución de casos ordinarios. Es decir, el originalismo requiere que ellos intenten, dentro de lo mejor de sus capacidades, interpretar y aplicar las intenciones y entendimientos de otras personas que poseen la autoridad para crear el Derecho constitucional. También requiere que lo hagan de una forma imparcial, objetiva y moralmente neutral, dentro de lo que humanamente sea posible. Los jueces sin duda tienen cierto grado de discrecionalidad en la decisión de casos constitucionales, incluso dentro de la opción originalista, pero no es de un tipo de discrecionalidad muy diferente de la que ellos rutinariamente ejercen cuando aplican, digamos, leyes ambiguas o vagas.⁶¹ La discreción en estos últimos casos es casi que de manera invariable aceptada, es un precio que debemos pagar para poder conseguir un balance razonable entre la legitimidad democrática y la búsqueda de un Estado iluminado por el Derecho.⁶² Pero en el constitucionalismo vivo parece ser que lo que los autores de la Constitución han logrado es la creación de un modelo moral altamente abstracto con detalles que debe ser llenados por quienes toman las decisiones posteriores en su intento por implementar y aplicar ese modelo a las circunstancias siempre cambiantes. Sin embargo, como hemos visto, esto plantea un problema diferente y quizá más preocupante. En lugar de ser esclavos de generaciones previas con aproximaciones distintivas a las importantes preguntas políticas y morales (y para nuestra mente moderna,

⁶¹ Aunque no es de una *clase* diferente, la discreción involucrada puede ser en un *grado* diferente a la que típicamente ocurre cuando legislación está en juego. Después de todo, las cuestiones que usualmente generan los casos de constitucionalidad son más profundamente morales que aquellas que surgen de los casos ordinarios que tratan de leyes vagas o ambiguas. Además, los factores que los jueces pueden utilizar –es decir, entendimientos originales– pueden no ser tan históricamente accesibles en el caso de Constituciones creadas décadas o siglos antes. Y los jueces tal vez no sean mejores jugando el juego histórico de lo que son jugando al juego de la teoría moral.

⁶² Para argumentos que fundamentan esta conclusión, véase mi *A Common law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, cit. [Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el 'common law', cit.].

profundamente problemáticas), ahora parece que somos esclavos de unos reyes filósofos que se envuelven en togas y enuncian pronunciamientos morales sobrios desde el estrado, haciendo que parezcan como si se tratara de interpretar normas creadas por otros que tienen una autoridad reconocida para ello. Puede parecer que adoptar un Constitución, entendida y aplicada como lo recomiendan los defensores del constitucionalismo vivo le otorga demasiado poder discrecional en manos de esos jueces. En efecto, no representa nada más que una admisión insultante de que nosotros, la “gente de hoy”, estamos mejor si confiamos, no en nosotros mismos ni encarnaciones previas de nosotros, sino en jueces contemporáneos, disfrazados como reyes filósofos, que toman las decisiones morales y políticas más fundamentales por nosotros. Y cualquier otra cosa que se pueda decir a favor de tal abdicación de responsabilidad moral, no se podría decir que es algo democrático. Cualquier esperanza de justificar tal arreglo institucional debe en últimas descansar, parecería, en la innegable suposición de que los jueces son por alguna razón mejores que nosotros y los legisladores que elegimos para que hablen en nombre nuestro, para lidiar responsablemente con las controversias morales, profundamente complejas, que la Carta plantea. Sin embargo, no hay razón para aceptar este supuesto. Los jueces no son mejores que nadie en la toma de decisiones sobre asuntos morales que conciernen a cosas como la naturaleza y los límites de la libertad de expresión y las demandas de equidad o justicia fundamental. Aunque sean especialistas en Derecho, los jueces no son autoridades morales en ningún sentido. Tampoco son expertos en los distintos ámbitos de la política social de la que típicamente se ocupa la acción gubernamental. Ciertamente, tampoco exhiben un grado de agudeza intelectual o moral superior que el de las autoridades gubernamentales sobre cuyas acciones recae el control. Así las cosas, ¿Por qué deberíamos asignarles a ellos la decisión de nuestros asuntos más profundos y problemáticos de moralidad política?

Entonces, el problema de la discreción —el segundo cuerno del dilema constitucional que surge del desafío democrático— es bien importante para los defensores del constitucionalismo vivo. La estrategia empleada por Strauss para lidiar con éste es recurrir a la arraigada práctica y legitimidad del razonamiento del *common law*, que pareciera contener los recursos para controlar el poder discrecional de los jueces y no dejarnos tan vulnerables frente a las arenas cambiantes de su proceso de decisión moral. A pesar de su ya conocida adaptabilidad, una propiedad que con frecuencia les permite a los jueces la flexibilidad de evitar estar demasiado atados al pasado en los casos moralmente problemáticos, siempre es importante no subestimar la habilidad del *common law* para llenar la necesidad de estabilidad y guía

previa de la conducta. Esto es lo que H.L.A. Hart dijo sobre la cuestión: “A pesar de [la habilidad de las cortes de distinguir o derogar precedentes] la aplicación del sistema inglés del precedente ha producido un cuerpo de reglas, gran número de las cuáles, tanto de mayor como de menor importancia, son tan determinadas como cualquier regla contenida en una ley.”⁶³ El grado de fijeza y estabilidad que Hart le adscribe al *common law* ha sido criticado.⁶⁴ Incluso si la caracterización de Hart es correcta, sigue siendo cierto que los sistemas de *common law* pueden alcanzar una flexibilidad y adaptabilidad en una medida mayor que la descrita por Hart y por tanto les dan a los jueces un grado de libertad que reintroduce el problema de la discreción con toda su furia. Pero cualquiera que sea la mezcla de restricción y flexibilidad, el punto sigue siendo que el *common law* tiene una larga historia, más o menos exitosa, que combina estas dos propiedades. Pensemos aquí, en el derecho de la responsabilidad extracontractual y el desarrollo de la noción de “inherentemente peligroso” tan bien explicado por Strauss.⁶⁵ Entonces existe una buena razón para ver al *common law* como un modelo para la comprensión del rol debidamente limitado y disciplinado que los jueces pueden desempeñar en la implementación de los límites morales abstractos sobre los poderes del Estado que las Cartas Constitucionales consagran.

Así que haciendo uso de la disciplina impuesta por el razonamiento del *common law*, los defensores del constitucionalismo vivo podrían abordar con éxito al menos parte del problema de la discreción. Pero no podrían abordarlo todos, y ello por una sencilla razón. Es cierto que el constitucionalismo vivo con la metodología del *common law* nos permite evitar convertir al control judicial de constitucionalidad en el ejercicio arbitrario del poder político que sus oponentes con frecuencia pintan. Es decir, evita que nos volvamos esclavos de los caprichos morales de jueces individuales que deciden casos individuales. La discreción judicial sin ninguna duda seguirá existiendo —como lo hará en cualquier teoría constitucional, incluyendo el originalismo—. Sin embargo, está significativamente confinada mediante el requisito de que cualquier decisión discrecional que un juez pueda hacer en un caso particular, deba ser de alguna manera ser conciliada con las decisiones anteriores para casos similares. Incluso en aquellos casos donde la decisión será apartarse de un precedente ampliamente establecido, es casi que obligatorio decir por qué decisiones eran erróneas, o como es lo más probable,

⁶³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, p. 135. [*El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perlot, 1963, p. 168].

⁶⁴ Véase, A.W.B. Simpson, “The *Common law* and Legal Theory” en A.W.B. Simpson, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2nd series, Oxford, Clarendon Press, 1973.

⁶⁵ Strauss, *The Living Constitution*, *op. cit.*, pp. 80-5.

por qué esas decisiones se tomaron bajo circunstancias diferentes de las que ahora enfrenta la Corte. Todo esto va muy bien, y hay un largo camino para llegar a la solución del problema de la discreción. No obstante, un problema mucho más profundo permanece sin ser resuelto: los límites impuestos por la disciplina del razonamiento del *common law* aún parecen tener su origen en las decisiones de jueces no elegidos, cuya facultad de decisión es la que está en disputa. Ellos, de acuerdo con aquellos que presionan el desafío democrático a los defensores del constitucionalismo vivo, no son los individuos que deberían dedicarse a responder nuestras cuestiones fundamentales de moralidad y política por nosotros. Puede que bajo una Constitución interpretada bajo el razonamiento del *common law* no seamos esclavos de decisiones discrecionales de un juez individual que decide un caso individual, porque su decisión siempre debe ser fiel al pasado, incluso cuando se aparta de éste. Sin embargo, seguimos siendo esclavos del *poder judicial en su conjunto*, e incluso en el largo plazo. En pocas palabras, si todos los *inputs* del proceso decisonal carecen de legitimidad democrática, el *output* será igual.

Es en este punto que Strauss pareciera dispuesto a conceder que el control constitucional, inclusive cuando se combina con su constitucionalismo basado en el *common law*, es inherentemente antidemocrático.

Sin duda, hay algo antidemocrático, en cierto sentido, en el sistema constitucional estadounidense. Aunque no es el enfoque del *common law* lo que hace antidemocrático nuestro sistema. Lo que lo torna antidemocrático a este sistema es el control de constitucionalidad: la práctica que les permite a las cortes tener la última palabra en la mayoría de los problemas de Derecho constitucional. Y, en un nivel más profundo, la Constitución misma es, en algunos aspectos, antidemocrática. Algunas veces evitará que la mayoría se salga con la suya, sí, por ejemplo, la mayoría quiere suprimir el disenso político o discriminar a las minorías raciales. Aunque existe una línea de pensamiento persistente y poderosa que condena al control de constitucionalidad, muchos de nosotros pensaremos que estas características “antidemocráticas” de nuestro sistema son algo bueno.⁶⁶

Así las cosas, el elemento democrático del problema de la discreción sigue cobrando importancia para los defensores del constitucionalismo vivo. Si el defensor del constitucionalismo vivo ve a los jueces como los encargados de proporcionar el contenido a las disposiciones morales abstractas de la Constitución (de forma incremental en el tiempo y a través de la solución caso por caso), él parece haber renunciado a nuestros principios democrá-

⁶⁶ Strauss, *The Living Constitution*, *op. cit.*, pp. 47.

ticos profundamente respetados. Y esto, en la opinión de muchos, es una razón suficiente para abandonar el constitucionalismo vivo, incluso cuando se combina con la disciplina racional y el genio del *common law*. En lo que resta de este trabajo, quiero esbozar una salida posible, y creo que plausible, a este impase. Es algo que he desarrollado y defendido con mayor extensión en trabajos anteriores y lo que creo que podría ser ampliado por otros constitucionalistas vivos como Strauss y la Corte Suprema de Canadá para defenderse del desafío democrático.

IV. MORALIDAD CONSTITUCIONAL⁶⁷

Empecemos por hacer explícito un supuesto sobre el cual se basa mi discusión: las cartas constitucionales hacen referencia a derechos de naturaleza deliberadamente moral. Con este supuesto expuesto con claridad, consideremos ahora la siguiente cuestión: ¿A qué *tipo* de moralidad dirige una Constitución la atención del juez cuando éste la aplica a actos del Estado que potencialmente riñen con ella? ¿Es a la que podemos llamar *moralidad platónica*, la supuesta moralidad objetiva o verdadera que los filósofos, teólogos y estudiantes en los bares han tratado, desde hace mucho tiempo, de descubrir o articular en sus teorías filosóficas? ¿O podría ser algo completamente distinto, quizás lo que los primeros positivistas jurídicos llamaron la *moral positiva*, es decir, los valores morales, creencias y principios ampliamente reconocidos y practicados por los miembros de una comunidad? Tal vez, no sea ninguna de estas cosas, sino otro tipo de moralidad, digamos una que de alguna forma está incorporada en las prácticas constitucionales de la comunidad en la misma forma en que los principios jurídicos están incorporados en el derecho, de acuerdo con la teoría jurídica interpretativa de Ronald Dworkin. Así, al plantear la pregunta no estoy interesado en determinar, por ejemplo, si la teoría moral de Aristóteles proporciona una mejor explicación de las normas morales de la igualdad referenciadas en la sección 15 de la *Carta Canadiense* que las teorías utilitaristas propuestas por Mill y Bentham. Más bien, me interesa determinar si las normas morales del *tipo* defendido por estos filósofos (la moral platónica) son a las que los jueces deberían dirigir su atención cuando aplican su Constitución viva. Parece obvio para algunos que no debería permitirse a las normas morales de ésta última clase jugar

⁶⁷ Algo del material expuesto en esta sección se deriva de mi “On the Nautrality of Charter Reasoning”, en J. Ferrer y Giovanni Ratti, Oxford, Oxford University Press, 2013. [“Sobre la neutralidad del razonamiento conforme a una carta de derechos” en *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2013].

ningún papel en los casos de control judicial de constitucionalidad. Permitirles hacerlo sería asignarles a los jueces el rol de los reyes filósofos, un rol al que ellos no se adaptan bien y que comprometería seriamente nuestros compromisos democráticos. Las cartas constitucionales, se podría decir, pueden ser consideradas democráticas sólo si incorporan los principios ampliamente aceptados de moralidad positiva, es decir, la moralidad del *demos*, algo cuya existencia y contenido puede ser empíricamente descubierto y aplicado por los jueces, sin imponer sus propias convicciones morales subjetivas sobre nosotros.⁶⁸ Sin embargo, esta posición no está exenta de sus propias dificultades. Por ejemplo, parece presuponer un nivel de consenso que simplemente no es evidente en las sociedades pluralistas modernas. Más importante aún, parece contradecir uno de los principios definitorios de las cartas constitucionales. ¿Cómo puede satisfacerse el propósito de ofrecer protección a las minorías de los intentos del gobierno de acomodar las demandas de mayorías demasiado fervorosas y algunas veces erróneas, si las disposiciones morales de la Carta son interpretadas en términos de moralidad positiva, es decir, en términos de las visiones morales de las mismas mayoría contra las cuales se requiere protección?

Parece que, entonces, que hemos sido dejados con una elección incómoda. Si se cree que las disposiciones morales abstractas de una carta incorporan normas de moralidad platónica, entonces terminamos con un sistema antidemocrático y quizá ingenuo: es antidemocrático porque hemos empoderado a jueces que no responden a la democracia a solucionar nuestras preguntas morales más profundas por nosotros; es ingenua porque los jueces no son reyes filósofos con una conexión con la moral objetiva. Si, por el otro lado, una carta constitucional no incorpora nada más que la moralidad positiva, entendida como nada diferente del consenso actual establecido sobre los asuntos morales relevantes, alcanzamos un nivel de legitimidad democrática (el *input* de las decisiones judiciales se origina en el *demos*, así proporcionado al menos un grado de legitimidad a los *outpus*), pero

⁶⁸ Existe, por supuesto, una tercera alternativa: originalismo. De acuerdo con una versión de esta teoría, las normas morales que son establecidas en una carta constitucional no hacen referencia ni a la moralidad verdadera ni a la moralidad positiva, sino que son establecidas por las “intenciones” de sus autores. Las normas morales que *ellos* (los autores) intenten atrincherar son las normas a las que de hecho hace referencia la carta, estén o no tales normas de acuerdo con la moralidad platónica objetiva ni con las normas de la moralidad positiva contemporánea. De acuerdo con una segunda variación originalista, estas normas deben ser encontradas en los entendimientos originales de la comunidad al momento de la adopción de la carta constitucional. Dado que mi enfoque en esta sección es la forma como el constitucionalismo basado en el *common law* puede responder el desafío democrático, dejaré esta opción originalista a un lado.

parece que hemos creado un sistema no menos ingenuo y quizá injusto: ingenuo porque la moralidad positiva compartida está algunas veces seriamente equivocada, influenciada por factores como el miedo y la ignorancia, y aún más a menudo, se puede considerar inexistente, debido a las grandes diferencias de opiniones morales; es injusto porque hemos fracasado en ofrecer una protección adecuada a las minorías y otros grupos e individuos igualmente vulnerables.

Así que parece que estamos entre la espada y la pared, a menos que podamos encontrar una tercera alternativa.⁶⁹ En trabajos previo he intentado proporcionar tal alternativa, al desarrollar una explicación de lo que llamo la “moralidad constitucional de la comunidad” o MCC. Como la concibo, la MCC no es la moralidad positiva empobrecida descrita anteriormente, es decir, una función del mero consenso sobre una pregunta moral, por ejemplo, si el matrimonio homosexual debería ser reconocido, o si la operación discreta de los bares de *swingers* deben ser permitida en una comunidad como Montreal, New York o Bogotá.⁷⁰ Tampoco es la moral personal (consistente en un conjunto de normas morales generales y juicios y opiniones morales) atribuibles a ningún particular o institución, por ejemplo, la Iglesia Católica, el Partido Republicano, o un juez que decida un caso constitucional. Tampoco es la moral decretada por Dios, inherente en la materia misma del universo, o que reside en el mundo platónico de las formas. En vez de ello, es una clase de moralidad positiva basada en la comunidad que consiste en las normas morales fundamentales a las que la comunidad *se ha comprometido* y las cuales han adquirido, de una u otra forma, algún tipo de *reconocimiento constitucional formal*. Es la moralidad política en realidad encarnada o expresada o aceptada por las prácticas constitucionales en la misma forma que se puede decir que los principios y juicios de justicia correctiva están encarnados o expresados o aceptados por la responsabilidad extracontractual de los sistemas jurídicos anglo-americanos. Así interpretada, la MCC es un subconjunto del conjunto más amplio de normas y convicciones morales que disfrutan de alguna medida (no insignificante) de apoyo estable y reflexivo dentro de la comunidad, cualquiera sea la forma en que esta sea identificada. Algunos miembros de este conjunto más amplio de normas y convicciones carecen en absoluto de ninguna clase de reconocimiento jurídico. Incluso si existen, dentro de las moralidades reflexivas y estables de la comunidad de la mayor parte de las sociedades contemporáneas, normas

⁶⁹ Una diferente del originalismo, el cual, claro está, hemos dejado a un lado.

⁷⁰ Para un caso canadiense en el cual la segunda pregunta es respondida, *R. V. Labaye*, [2005] 3 S.C.R., p. 728.

que regulan cuestiones no políticas como la amistad, la gratitud, la fidelidad conyugal y la caridad, al igual que normas no jurídicamente reconocidas que regulan cuestiones políticas como el ejercicio responsable del poder político de las autoridades del gobierno, esas normas no son, en lo esencial, parte de la MCC de esas sociedades porque carecen del reconocimiento jurídico —y mucho menos constitucional—. Por otro lado, las normas y convicciones diferentes que regulan la igualdad y la justicia fundamental son elementos característicos de la MMC de una comunidad. En Estados Unidos y Canadá, y en muchos países de la Unión Europea, el reconocimiento jurídico de las normas de la MCC incluye (aunque no están limitada a) a la consagración de una carta constitucional y la historia legislativa y la jurisprudencia que se combinan para desarrollar los entendimientos locales y concretos, o, para ponerlo en términos tomistas, las “determinaciones” de esos principios para esta comunidad particular.⁷¹

Con esta concepción de moralidad constitucional a la mano, trataré de defender el control judicial de constitucionalidad como es concebido por los defensores del constitucionalismo vivo de sus críticos más ardientes, de forma más notable para nuestros propósitos actuales, de aquellos quienes ven el control judicial de constitucionalidad como presa del desafío democrático. Dicho de forma simple, mi tesis es que la MCC, debido a su origen social, es una fuente de normas morales y convicciones fundamentales que pueden ser utilizadas por los jueces sin comprometer su legitimidad democrática. La premisa fundamental de mi defensa de tal tesis es la afirmación de que el control judicial de constitucionalidad incluye (pero en ningún momento está limitado a) la tarea de asegurarse que los actos del Parlamento o Congreso no infrinjan, de formas que no hubieran sido razonablemente previstas por los legisladores y las que los mismos legisladores hubieran deseado evitar si hubieran tenido la oportunidad de hacerlo, las normas fundamentales de la MCC a la cuales la comunidad se ha comprometido. Si este es el papel que los jueces juegan en un caso particular de control judicial de constitucionalidad, entonces la legitimidad democrática no está comprometida. El juez estará, en efecto, ayudando a implementar y hacer efectiva la voluntad democrática, no a impedirla. Además, es posible esquivar otro tipo de preocupaciones relacionadas con el control judicial de constitucionalidad. Por ejemplo, se puede responder la objeción de que el

⁷¹ Sobre la teoría de Aquino de las “determinaciones de las nociones comunes”, véase, *Summa Theologica*, I-II, Q. 95, AA 1-4. Véase también, John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 281-90 y W.J. Waluchow, *The Dimensions of Ethics*, Peterborough, Ontario, Broadview Press, 2003, pp. 111-116. Tengo más que decir acerca del papel de las determinaciones de las nociones comunes más adelante.

control judicial de constitucionalidad ingenuamente les pide a los jueces servir como reyes filósofos, al pedirles describir las verdades morales platónicas con respecto a la justicia e igualdad y hacer cumplir sus entendimientos o interpretaciones de esas verdades elusivas contra los actos e interpretaciones erróneos de nuestros legisladores democráticamente elegidos. Debido al hecho del pluralismo razonable que existe dentro de nuestras democracias constitucionales modernas, conjuntamente con el hecho de que los jueces (al igual que el resto de nosotros) sufren de las “cargas del juicio” en materiales morales, pedirles hacer eso a los jueces es equivalente a pedirles cumplir lo imposible.⁷² No solo eso, como hemos visto, también sería transformar la tarea judicial en algo significativamente diferente del papel que los jueces han venido tradicionalmente sirviendo, es decir, hacer intentos de buena fe de realizar la aplicación imparcial de estándares jurídicos vinculantes creados mediante procedimientos democráticamente respetables —es decir, jugar el papel que a menudo juegan cuando resuelven los incontables casos ordinarios del día a día—. Los jueces estarían llamados a decidir con base en lo que terminaría siendo *sus propias* opiniones morales discrecionales (posiblemente puramente partidistas) acerca de la elusiva moral platónica. Y sin importar en cuan buena consideración tengamos a nuestros jueces, tal práctica no puede ser tolerada en una democracia liberal. Pero si estoy en lo cierto de que (a) los jueces que ejercen el control judicial de constitucionalidad no están buscando aplicar la moral platónica verdadera, y con ello fracasando inevitablemente, sino que ellos buscan hacer que la comunidad democrática haga cumplir sus compromisos, estables y reflexivos morales constitucionalmente fundados; y si, además de ello, (b) estoy en lo cierto en pensar que el conjunto de mecanismos puede a menudo ser descubierto a través de una clase de razonamiento moralmente neutral e imparcial, entonces, el aguijón de un desafío democrático puede ser evitado en una gran medida. No se les pide a los jueces decidir con base en *su propio* mejor juicio discrecional relacionado con las demandas de la verdad moral platónica; sino que se les pide que decidan con base la que sea, en efecto, su mejor juicio de los mejores juicios *de la comunidad democrática* relacionados con las demandas de la verdad moral platónica. Se puede decir que los jueces, en tales circunstancias, no están haciendo nada más discutible que su mejor intento de buena fe de aplicar de una forma justa e imparcial estándares que

⁷² Sobre la noción de “cargas del juicio” o “cargas de la razón” sobre las cuales laboramos al resolver asuntos controversiales de moralidad política, véase, John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1996, p. 32 [*Liberalismo político*, FCE, p. 72].

se originan de una fuente enteramente legítima, es decir, los compromisos morales fundamentales de una comunidad.

Sería maravilloso si las cuestiones fueran así de fáciles. Lamentablemente no lo son, y he aquí algunas de las posibles razones. Existe en considerable grado de desacuerdo y falta de certeza, e incluso de indeterminación, dado que las demandas de la MCC, especialmente en los casos constitucionales controversiales en los cuales las disputas acerca de sus requisitos concretos van al foro judicial. Y si esto es así, entonces los jueces, al elegir entre las varias soluciones ofrecidas, inevitablemente tienen que introducir sus propias opiniones morales personales, una fuente aparentemente ilegítima para fundamentar decisiones constitucionales en una democracia. No existe ninguna salida al hecho de que el desacuerdo y la amenaza acechante de interpretación amenaza socavar la legitimidad democrática de los intentos de los jueces para justificar sus decisiones basándose en la MCC. ¿Cómo podría la decisión de un juez aplicar una norma de la MCC en una forma particular ser vista como el reflejo de la voluntad democrática si existe tanto desacuerdo partidista acerca de su entendimiento o interpretación adecuada, y si los jueces, en consecuencia, están forzados a basar sus decisiones en sus propias preferencias personales entre las varias visiones en oferta? ¿Qué más podrían hacer en tales circunstancias, ya que no es les permitido declinar de tomar una decisión?

Como intenté en algunos trabajos previos, he defendido que las cosas no son tan desalentadoras como pudieran parecer a los defensores del constitucionalismo vivo. En una buena cantidad de casos relacionados con MCC existe más que una base para un acuerdo y consenso de lo que parece a primera vista. En otras palabras, los límites de la justificación no se extienden sólo a los temas en los que podemos encontrar un acuerdo explícito sobre una pregunta particular. Basándome en la noción de “equilibrio reflexivo”, asociada de forma más cercana a la filosofía política de John Rawls⁷³, he sostenido que nuestros juicios razonados concernientes a los compromisos de la MCC pueden a menudo (o al menos, pueden a veces) generar una suerte de equilibrio reflexivo entre ellos. Ellos pueden, en otras palabras, conducir a reconocer un fundamento para un acuerdo explícito sobre el significado y las implicaciones de las normas relevantes de la MCC, cuando éste inicialmente puede no haber parecido posible. He sostenido que el papel de los jueces en un caso de control judicial de constitucionalidad —donde se deben hacer cumplir los compromisos de la MCC— a menudo le conducirá a basarse en esos fundamentos de acuerdo y decidir de tal forma. Cuando

⁷³ Véase, Rawls, *Political Liberalism*, cit., p. 181.

tal base se haya, y una decisión se funda en ella, el hecho del desacuerdo puede a menudo ser reemplazado por un acuerdo razonable. Esta es la situación, sugiero, con respecto a la pregunta del matrimonio del mismo sexo en Canadá.

A pesar de estos intentos de mi parte de evadir el desafío democrático, no existe ninguna salida a este punto adicional: Es claramente posible que en algunos casos bajo la MCC, especialmente en aquellos en los cuales las pasiones y las controversias lleguen a lo más profundo, y donde las diferencias estén fundadas en visiones morales y políticas comprensivas radicalmente diferentes⁷⁴, la MCC no proporcionará una respuesta única correcta para los jueces, sólo les muestra varias respuestas. Nos podemos razonablemente preguntar, ¿qué deben hacer los jueces si ellos encuentran un caso que parece ser de éstos? Es mi visión, los jueces deben —y de hecho, a menudo hacen— iniciar un razonamiento del *common law*. Ellos desarrollan y deben desarrollar creativamente o construir las normas de la MCC, de una forma incremental, caso a caso, casi en la misma forma como las normas del *common law* sobre la negligencia y el concepto de “objeto inherentemente peligroso” han sido construidas históricamente.⁷⁵ Al hacer eso, ellos expresamente realizan determinaciones tomísticas de nociones comunes, decidiendo entre las soluciones disponibles, ninguna de las cuales están determinada de forma única por la norma o normas relevantes de la MCC, pero cada una de las cuales es más o menos consistente con las normas o normas y los esfuerzos previos de los jueces y legisladores de darles forma a través de los procesos de determinación. Se puede pensar que tales intentos conforman un conjunto de “precedentes de la MCC”. Sin duda, en tales casos los jueces estarán ejercicio discreción entre las opciones no excluidas. Pero, en mi visión, no existe ninguna forma mejor forma de proceder en tales circunstancias.⁷⁶

Ahora, si reconocemos que un proceso de determinación es en realidad lo que debe ocurrir (y quizá es lo que ocurre) en tales casos, entonces una vez más nos encontramos con el desafío democrático. Este desafío, y la razón por la cual lo encontramos de nuevo, debe ser obvio hoy: al desarrollar la MCC de esta forma, no se podría decir que el juez está intentando *seguir*, de una forma justa e imparcial, estándares previamente establecidos por otras personas con la autoridad democrática para establecerlos. Por el

⁷⁴ Aborto y matrimonios del mismo sexo son los ejemplos más claros de esta posibilidad.

⁷⁵ Para una defensa de esta tesis, *A Common law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, cit., capítulos 5 y 6. [*Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el ‘common law’*, , cit.].

⁷⁶ Para una defensa completa, véase *Idem*.

contrario, sería *el juez* quién estuviera estableciendo tales estándares. Como mínimo estaría decidiendo cuáles son los estándares autoritativamente establecidos que deben ser tomados en cuenta y qué significan e implican para el tipo particular de situación en la cual la pregunta constitucional relevante ha surgido. En otras palabras, él estaría envuelto en la *creación* o *construcción* del derecho, no su descubrimiento o aplicación. Así que el admitir, como parece ser cierto, que la MCC no está siempre completamente determinada, amenaza reintroducir la preocupación democrática de que el control de constitucional, como el constitucionalismo modelado en el *common law* lo concibe, no puede posiblemente tiene justificación en una democracia. Parece asignar a los jueces un papel, la construcción creativa de la MCC, que no nos deja ser los amos en nuestras propias casas.

Si, a pesar de lo que he concedido, les seguimos pidiendo a los jueces tomar las clases de determinaciones discrecionales que algunas veces parecen necesarias, entonces parece que hemos sido dejados con dos opciones. Primero, podemos abandonar toda apariencia de reconciliar el constitucionalismo vivo con las demandas de la legitimidad democrática. Es decir, podemos rechazar esa visión completamente, o intentar justificarla a través de valores diferentes, como por ejemplo, valores de justicia o valores asociados con el Estado de Derecho, que es la tesis aparentemente acogida por Strauss.⁷⁷ Alternativamente, se podría desarrollar una explicación más elaborada de lo que los jueces hacen y deben hacer cuando ocurran tales casos donde ellos se deben encargarse de la construcción discrecional de la MCC en forma del razonamiento de *common law*. Esta segunda opción es la tarea que he asumido en mi trabajo más reciente. Sostengo que las construcciones discrecionales de la MCC pueden volverse consistentes con la democracia liberal si ponemos restricciones relevantes a los *tipos* de razones en las cuales los jueces pueden legítimamente basarse cuando ellos realizan el proceso discrecional. Las restricciones que tengo en mente están inspiradas en la teoría de las razones públicas desarrolladas por John Rawls, principalmente en la conferencia VI de *Political Liberalism*.⁷⁸ Este no es el lugar para proporcionar un análisis extenso de las razones públicas. Tampoco es el lugar para responder a aquellos quienes cuestionan su existencia o dudan de su valor en la argumentación pública, incluida la adjudicación constitucional. Pero permítaseme decir algo para explicar la naturaleza y, espero, el atractivo de las razones públicas. Las razones públicas no son razones que todas las personas dentro de una comunidad aceptarían bajo razones ideales de deli-

⁷⁷ Véase, Strauss, *The Living Constitutionalism*, cit., pp. 46-49.

⁷⁸ John Rawls, *Political Liberalism*, cit. [*Liberalismo Político*.]

beración. Tampoco son las razones que toda persona razonable en tales circunstancias consideraría particularmente fuertes, o idealmente merecedoras de apoyo. En vez de ello, según Rawls, son razones que todas las personas juzgarían al menos como “no irrazonables” en el sentido de que aquellos quienes se oponen a ellas pueden al menos entender como personas razonables podrían utilizarlas en la justificación de alguna forma particular de ejercicio del poder público. Al basarse exclusivamente en tales razones, los jueces “deben formular sus argumentos constitucionales en formas que pueden ser atractivas a disidentes razonables... Una persona que esté dispuesta a ser persuadida por el mejor argumento, asume que el desacuerdo moral razonable caracterizará a los casos constitucionales difíciles y concluirá que [el acto] en cuestión está públicamente justificado sólo cuando el Estado ha producido suficientes razones públicas a su favor.”⁷⁹ Las razones públicas así entendidas son “típicamente... tan neutrales como sea posible con respecto al amplio rango de concepciones razonables de lo bueno e ideologías políticas normativas que actualmente existan en la [comunidad].”⁸⁰ Razones no públicas, por otro lado, usualmente “se basan en estándares perfeccionistas de una forma de florecimiento humano, en teorías discutibles de moralidad política, o en afirmaciones empíricas controversiales”.⁸¹ Además, como Bruce Ackerman nota, un argumento “que incorpora una premisa de que una forma de vida particular es pecaminosa, impopular, innatural, no convencional, errada, tonta o idiota es exactamente la clase de argumento que el Estado debe evitar. Un argumento que contiene una premisa de que una forma particular de vida es superior a otras o que ciertas personas son por naturaleza inferiores también es insuficientemente público”.⁸²

Podemos resumir la explicación anterior de razones públicas de la siguiente forma: una razón es pública, y por tanto, es un fundamento legítimo sobre el cual una corte puede basarse cuando realiza la construcción discrecional de la MCC, cuando es una razón a la cual ningún disidente razonable podría razonablemente objetar, debido al deber de civilidad al cual todos los miembros de la sociedad están obligados.⁸³ Es una razón tal

⁷⁹ Ronald C. Den Otter, *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 11

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Idem*, p. 12, basándose en Bruce Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980, pp. 10-1.

⁸³ El deber de civilidad es uno que se aplica a todo aquel que se encuentre en una democracia marcada por las circunstancias del pluralismo razonable. Cada persona así situada notará que obtener los beneficios de la sociedad civil casi inevitablemente requiere que (la

que un disidente, a pesar de sus diferencias, podría aceptar como una razón “suficientemente buena” o al menos, “no irrazonable”. ¿Cómo podría el empleo de tales razones ser empleado en las preguntas concernientes a la justificación del control judicial de constitucionalidad concebido bajo el constitucionalismo vivo? Permítaseme recordar que nos trajo a este punto. Como muchos críticos del constitucionalismo vivo han señalado, esta práctica difícilmente se reconcilia con los principios fundamentales de la democracia. Parece arrebatarse el poder de decisión de las manos de los funcionarios y los representantes (pasados o presentes) democráticamente elegidos, y lo pone en las manos de un grupo pequeño de jueces que no responden a la democracia. Son ellos, no el pueblo mismo o sus agentes democráticamente responsables actuales o pasados, quienes en últimas terminan estableciendo los estándares fundamentales de la moralidad política que gobiernan el ejercicio del poder público en su sociedad. Cualquier caso en el que las demandas de la MCC parezcan ser indeterminadas, los jueces estarán forzados a ejercer discreción para determinar o construir creativamente las normas de la MCC, normas que ellos entonces aplican en esos casos en los que deben producir una decisión. En otras palabras, ellos estarán forzados a realizar una creación discrecional de normas, y no (la esperada) aplicación justa e imparcial de ellas. Y esto, fue reconocido, parece llevarnos de nuevo al desafío democrático —que el control judicial de constitucionalidad bajo el constitucionalismo vivo no puede estar justificado en una democracia liberal moderna—.

Espero que pueda apreciarse como restringiendo a los jueces a las razones públicas en tales casos podría proporcionarnos una ruta promisoría para una defensa frente a la última encarnación del desafío democrático. Los poderes discrecionales de los jueces algunas veces se requieren para hacer que la voluntad sea consistente con los principios democráticos y en la medida en que ellos apelen a razones con las cuales ningún disidente razonable dentro de la democracia podría objetar, dado el deber de civilidad al cual todos los miembros de la comunidad democrática quienes se ven a sí mismos en un estado de pluralismo razonable están comprometidos. Tal disidente, sugiero, no podría objetar más una decisión basada en tales razones de lo que podría objetar una decisión adecuadamente tomada a través de un proceso adecuado de decisión mayoritaria democrático con la que él

mayoría) de nosotros se vea obligado a ceder por algo menor de lo que sería su elección ideal en alguna pregunta política. Cada uno también reconocerá el requisito de que un acuerdo aceptable desde su punto de vista necesariamente es, sin duda por diferentes razones y en alguna medida mayor o menor, un compromiso aceptable para otros cuyas visiones políticas y morales sugieren un orden de preferencia muy diferente.

discrepe. En ambos casos, nuestro disidente puede preferir que se hubiera tomado una decisión diferente. En realidad, él puede incluso discrepar en los fundamentos morales. Pero en ambos casos, debe estar preparado a reconocer la legitimidad de la decisión tomada, a pesar de cualquier desagrado que pueda experimentar sobre su sustancia. Así que requerir que un juez siempre haga un esfuerzo de buena fe para fundamentar su decisión discrecional directamente en algún conjunto aceptable de razones públicas permite que cada ciudadano, incluyendo aquellos que fuerte pero razonablemente difieran de la decisión tomada, se apropien de ella a pesar de eso, y la vean como el producto de un proceso de decisión que apela a razones con las cuales él no podría objetar —que apela, en otras palabras, a *inputs* democráticamente legítimos.

Para finalizar esta breve incursión en el reino de las razones públicas, permítaseme añadir un punto final. Las propuestas que he esbozado y defendido aquí difícilmente ascienden a una receta para un activismo judicial ilimitado de la forma que preocupa a aquellos que se ocupan del desafío democrático. Una decisión con respecto a la cual se hace un intento sincero de ofrecer una justificación basada en el MCC, o cuando no existe tal MCC, se construye en base a un balance razonable de las razones públicas relevantes, no debe ser vista como una fuerza externa que obliga a los ciudadanos democráticos a actuar de una forma independiente de sus convicciones más profundas. Y eso es cierto incluso cuando la decisión es una con la cual ellos discrepan profundamente. En vez de ello, debe ser vista por todos y cada uno de los miembros de la comunidad democrática como un ejercicio de poder público al cual ninguno de ellos, incluyendo a los disidentes razonables, puede objetar razonablemente, dado su compromiso conjunto con el deber de civilidad, un deber de vital importancia en cualquier sociedad democrática marcada por el hecho del pluralismo razonable. Será una decisión con la cual cada miembro de la comunidad democrática puede subscribirse, por así decirlo. Para repetir, ello no equivale a decir que cada miembro del *demos* siempre está de acuerdo con las decisiones tomadas. Tampoco que ellos siempre estarán de acuerdo con el balance de razones públicas con las cuales una corte puede basarse en la justificación de la construcción sobre la cual decide actuar. Pero en tanto que, y en la medida que, la decisión esté justificada como un intento de buena de generar un balance razonable de lo que sinceramente se tiene son las razones públicas relevantes, y dado que este paso se toma únicamente cuando, en opinión de la Corte, todos los otros recursos se han agotado, el producto es una decisión que todos los ciudadanos razonables de la sociedad pueden aceptar como suficientemente buena. Cada uno puede ver la decisión como una que les permite seguir

apropiándose de todas y cada una de las decisiones relacionadas con el ejercicio adecuado del poder público en su sociedad democrática —incluyendo, de forma importante, las decisiones tomadas por los jueces en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad bajo el constitucionalismo vivo—.

V. COMENTARIOS CONCLUSIVOS

En este escrito establezco varias cosas. Primero, y más importante, declaré mi apoyo a la línea de argumento modelada por Strauss en su nuevo y espléndido libro. En una prosa que es clara y elegante, y que presenta argumentos que son adecuados y poderosos, él ha proporcionado una defensa convincente del constitucionalismo vivo basado en el *common law*. Segundo, he intentado fundamentar la afirmación de que existe al menos un régimen en el cual el constitucionalismo vivo ha estado, por muchas décadas ya, sano y salvo. El constitucionalismo vivo echó raíces en Canadá en la primera parte del siglo XX, cuando el *Privy Council* inglés eligió apartarse de cualquier entendimiento original que puedo haber habido, en el Reino Unido y Canadá, sobre el estatus de las mujeres como no-personas. Esta tesis, ahora conocida oficialmente como la doctrina del árbol vivo, fue la fuente primaria de esta decisión fundamental del *Council*. También fue una doctrina oficialmente acogida en el primer caso que fue decidido en 1984 sobre la *Constitución Canadiense* de 1982 recientemente patriada con su revolucionaria *Carta de Derechos y Libertades*. Como la Corte Suprema expresó claramente en *Shapinker*, “el fino y constante proceso de ajuste” de las disposiciones morales de la Carta fue dejado “por una tradición de necesidad a la rama judicial.” Al realizar este proceso, la Corte añadió que “la flexibilidad debe ser balanceada con la certeza. El futuro debe, en la mayor medida previsible, ser acomodado en el presente.” “La Carta,” opinó la Corte, “ha sido diseñada y adoptada para guiar y servir a la comunidad canadiense por un largo tiempo. La interpretación estrecha y técnica, sino es modulada por un sentido de lo desconocido del futuro, puede entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve”. Esta adhesión a una concepción de *common law* de un constitucionalismo del árbol vivo, introducida por primera vez en *Edwards* y retomada en *Shapinker*, continúa al día de hoy y ha modelado de manera definitiva la aproximación que las cortes canadienses han tomado al cumplimiento de sus responsabilidades bajo la Carta. Tercero, he tratado de elaborar alguna forma para dar respuesta al desafío democrático que genera esta aproximación particular a las cartas constitucionales y su interpretación e implementación por los jueces. Mi posición difiere de aquellos que, como

Strauss, parecen simplemente estar dispuestos a admitir que todo el proceso es inherentemente anti-democrático pero sin embargo justificable en otros fundamentos; y también difiere de la Corte Suprema Canadiense, quién parece estar contenta simplemente señalando que el proceso fue elegido por un medio democrático, una réplica que, como he sostenido, no responde al desafío democrático. Por ello, he intentado una concepción de moralidad, la MCC, a la cual una carta constitucional puede hacer referencia, y la que exitosamente proporciona a la carta y al control judicial de constitucionalidad un grado suficiente de legitimidad democrática. Desde esta opción, los *inputs* de las decisiones judiciales deben encontrarse en los compromisos morales de la comunidad democrática, y no en las normas siempre elusivas de la moralidad platónica o en un simple consenso moral (posiblemente errado y probablemente inexistente). Reside en las normas y convicciones que encuentran su lugar en los compromisos estables de la comunidad restringidos de forma relevante y adecuadamente corregidos por los requisitos del equilibrio reflexivo y, si es necesario, por la razón pública. Es cierto, por supuesto, que la decisión final que se basa en estos fundamentos a menudo sigue estando en manos de jueces, quienes no responsables democráticamente⁸⁴. Pero este es, sugiero, un precio que debemos estar preparados a pagar en aras de tener una carta constitucional que sea entendida, interpretada, desarrollada y aplicada como el constitucionalismo vivo recomienda.

⁸⁴ Aunque esto no siempre ocurre así. En Canadá, por ejemplo, la sección 33 de la *Carta* puede ser invocada por un Parlamento o legislatura provincial para negar a los jueces la última palabra sobre un asunto constitucional.

CAPÍTULO XI

UN SISTEMA DEMOCRÁTICO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Horacio SPECTOR*

SUMARIO: I. *El problema del control judicial de constitucionalidad.* II. *El control de constitucionalidad como un derecho dialógico.* III. *El jurado constitucional.* IV. *Conclusiones.*

I. EL PROBLEMA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Podemos considerar al control judicial de constitucionalidad como un modo de restringir el poder de las mayorías al darles a las minorías el poder de impedir o demorar un cambio legislativo, o como una violación al principio una persona-un voto (es decir, igual libertad política) al darles a los miembros de una corte o tribunal constitucional un voto súper calificado para resolver cuestiones constitucionales. En cualquier caso, el control constitucional no-democrático es una institución desconcertante. En un trabajo anterior he sostenido que el mejor argumento a favor del control judicial no es instrumental, sino procedimental, sobre la base de las ideas de derechos y poderes morales.¹ En este trabajo voy a volver sólo sucintamente a mi argumento anterior, pues mi objetivo central es mostrar una nueva posibilidad institucional de establecer el control de constitucionalidad que, sorprendentemente, ha pasado inadvertida en los debates recientes. En efecto, voy a argumentar

* El capítulo X es una versión ligeramente revisada del artículo que fue publicado en la *Revista Argentina de Teoría Jurídica* (2003). Traducción de Catalina Pastoriza.

¹ Horacio Spector, "Judicial Review, Rights, and Democracy", *Law and Philosophy*, vol. 22, 2003, pp. 285-334. Gran parte de la postura que presenté ahí está expuesta como el "right-to-a-hearing conception of judicial review" en Yuval Eylon y Alon Harel, "The Right to Judicial Review", *Virginia Law Review*, vol. 92, 991-1022 (véase además, el capítulo de Alon Harel y Tsvi Kahana, en este volumen)

que un sistema *híbrido* o *bimodal* que mantenga el régimen de revisión judicial (concentrado o difuso, abstracto o concreto) existente contemporáneamente en una mayoría de países, pero que al mismo tiempo incluya un mecanismo democrático de control constitucional es preferible a un sistema judicial puro en el que control de constitucionalidad está exclusivamente en manos de un órgano no democrático.

El control constitucional es un asunto complejo porque abarca disputas de diferentes tipos. Hay dos tipos básicos de disputas constitucionales: *disputas sobre poderes* y *disputas sobre derechos* (Fig. 1). Las disputas sobre poderes incluyen disputas verticales y horizontales. Las disputas verticales pueden surgir en las repúblicas federales donde las diferentes competencias son asignadas al gobierno federal y/o a los gobiernos locales. Gran parte del control judicial en los Estados Unidos está relacionado con las disputas verticales.² Las disputas horizontales (*Organstreit*) son conflictos entre departamentos u órganos que se encuentran en el mismo nivel de gobierno y reclaman por los mismos poderes exclusivos; por ejemplo, los conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.³ Las disputas sobre derechos involucran demandas de los titulares de derechos hacia el gobierno. Es útil diferenciar dos subtipos de disputas sobre derechos de acuerdo con la diferente función que le corresponde al derecho. En la teoría constitucional contemporánea se encuentra generalmente aceptado que los derechos protegen a los ciudadanos pertenecientes a grupos o categorías minoritarias de las decisiones adoptadas por las mayorías ordinarias. Las políticas adoptadas por las mayorías en el poder pueden violar los derechos de las minorías que carecen de influencia política suficiente. Dado que las instituciones democráticas generalmente son incapaces de contrarrestar las preferencias mayoritarias, se considera que los derechos adjudicados y ejecutados por jueces no-electos cumplen el necesario rol de contrarrestar las preferencias mayoritarias, aunque su efectividad práctica continua siendo un asunto empírico controversial. Sin embargo, las disputas sobre derechos pueden ser de otra clase. A veces los derechos protegen a los ciudadanos, incluso a los que pertenecen a grupos o categorías mayoritarias, de la toma de decisiones representativa. Estas disputas surgen cuando un gobierno representativo viola los derechos de los ciudadanos de distintos grupos, incluso los de los grupos mayoritarios. Dado que los fracasos gubernamentales pueden perjudicar a la representación en distintos grados, incluso al punto que grupos de interés bien orga-

² Martin Shapiro, "Juridicalization of Politics in the United States", *International Political Science Review*, vol. 15, núm. 2, 1993, pp. 101-112.

³ Ver: Pasquale Pasquino, "Neutral Power in Constitutional Democracy", inédito.

nizados o elites privilegiadas pueden distorsionar seriamente la representación democrática, los derechos también son necesarios para contrarrestar esos fracasos y rectificar la toma de decisiones representativa. Más que un problema de mayoría/minorías, las disputas que derivan de una toma de decisiones representativa indiferente a los intereses de los electores involucran un típico problema principal-agente. En estas disputas, los derechos protegen los intereses del principal, es decir, el pueblo. Por lo tanto, no es el carácter democrático de estas decisiones lo que causa estas disputas, sino su carácter no-democrático.

CLASIFICACIÓN DE DISPUTAS CONSTITUCIONALES
1. <i>Disputas sobre poderes</i>
a. Conflictos verticales (federalismo)
b. Conflictos horizontales (división de poderes)
2. <i>Disputas sobre derechos</i>
a. Reclamos de minorías hacia las mayorías
b. Reclamos de ciudadanos hacia sus representantes

Fig. 1: Clasificación de disputas constitucionales

En este trabajo, sostengo que los ciudadanos deberían tener el *derecho opcional* a que sus reclamos relacionados con derechos sean resueltos por un *jurado constitucional*. Al igual que una corte constitucional, un jurado constitucional puede decidir cuestiones de interpretación constitucional. Muestro que las credenciales democráticas de los jurados constitucionales derivan del antiguo *graphe paranom* y su semejanza con el tipo de anulación de jurado defendida por Thomas Hobbes y Lysander Spooner. El jurado constitucional respeta tanto a los derechos morales procedimentales como la igual libertad política. Concedo que en las disputas sobre derechos del tipo *a* (por ejemplo, disputas sobre los derechos de los homosexuales) un jurado constitucional puede ser inefectivo, dependiendo de los sentimientos mayoritarios existentes, y que una institución no-mayoritaria sigue siendo una alternativa viable. Sin embargo, sostengo que un jurado constitucional es la institución más efectiva para proteger los derechos en la disputas del tipo *b*, en particular en países donde los jueces son deferentes a los representantes políticos, o en los casos en que los jueces y los representantes tienen intereses

y preocupaciones compartidas. Asimismo, un jurado constitucional es una opción útil cuando los ciudadanos tienen que defender sus derechos frente a grupos corporativos que pueden ejercer influencia sobre la judicatura, de una u otra forma.

Como en mi propuesta los ciudadanos tienen una opción y no una obligación de recurrir a un jurado constitucional, ellos usarán tal opción cuando anticipen que el beneficio esperado del jurado, en términos de la protección de sus derechos constitucionales, es mayor al beneficio esperado de un tribunal. Por consiguiente, no es necesario que una reforma constitucional restrinja el derecho opcional a convocar a un jurado constitucional a un tipo particular de disputas. Antes bien, sería conveniente que la opción sea otorgada en forma general con el fin de que la discrecionalidad en la determinación de si un caso pertenece al tipo especificado no termine desnaturizando todo el sentido de la institución.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO UN DERECHO DIALÓGICO

Además de su contenido sustantivo, los derechos morales incluyen derechos procedimentales dentro de una comunidad deliberativa. En efecto, el titular de un derecho tiene el poder moral de reclamar por el respeto de sus derechos y quejarse por su violación. La idea de poder en este contexto significa que si el titular del derecho realiza un reclamo o una demanda, él está realizando un reclamo válido o una demanda válida, de lo que se siguen ciertas consecuencias morales. Es decir, si alguien defiende sus derechos por medio de un reclamo válido, esto implica que tiene el derecho de participar en una práctica institucional que atienda el agravio y otorgue una respuesta razonada e imparcial.

Los derechos morales incluyen esencialmente poderes morales para expresar agravios y esto se conecta con la idea de dignidad humana. En ese sentido, Joel Feinberg sostiene que “tener derechos nos permite ‘ponernos de pie como hombres’, de ver a los otros a los ojos y sentirnos de alguna manera fundamental a la par de cualquiera”.⁴ Como es obvio, hay una semejanza notable entre el ideal de los titulares de los derechos poseyendo poderes para expresar agravios y el ideal republicano de libertad. En efecto, Philip Pettit sostiene que la no-dominación requiere que se reconozca

⁴ Joel Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, 1980, p. 151

a los ciudadanos el poder de impugnar medidas colectivas.⁵ Dado que la tradición republicana inglesa influenció al constitucionalismo americano hay una superposición conceptual entre la libertad republicana y el poder del pueblo de cuestionar ejercicios arbitrarios de poder. De hecho, las declaraciones de derechos consagran típicamente inmunidades hohfeldianas asociadas a unos poderes jurídicos para cuestionar ejercicios de poder arbitrarios de la legislatura.

Los poderes morales incluidos en la dimensión procedimental de los derechos morales tienen dos facetas: una *faceta de reclamo* y una *faceta de respuesta*. En primer lugar, los derechos morales les dan a los individuos el poder de expresar sus reclamos y demandas sobre violaciones de derechos. La expresión de agravios tiene dos características: los titulares de derecho deben expresar sus reclamos (a) de buena fe y (b) mediante su propia voz. Rawls correctamente dice que “un reclamo es una protesta dirigida a otros de buena fe”.⁶ La buena fe implica que el reclamante suscribe él mismo el principio universal en cuya virtud hace el reclamo. Por ejemplo, las protestas estratégicamente dirigidas para obtener beneficios económicos o ganar poder político deben ser excluidas. La “condición mediante su propia voz” significa que la representación política en la legislatura no agota los poderes contenidos en los derechos morales, dado que esos poderes otorgan a los individuos la capacidad de expresar sus agravios de modo personal, sin el riesgo de partidismo y distorsiones asociados con la representación parlamentaria. Puesto que el poder de expresar agravios implica el derecho de participación directa y personal, puede ser visto como un mecanismo populista dentro de un contexto democrático que es en líneas generales representativo.

En segundo lugar, cuando los titulares de derecho denuncian que sus derechos han sido violados les corresponde recibir una respuesta razonada e imparcial. Esto es, los derechos morales imponen sobre otros el deber de dar una respuesta. Esta respuesta tiene dos aspectos diferentes: *discursivo* y *conductual*. Desde un punto de vista discursivo, el procedimiento moral para emitir una sentencia sobre violaciones de derechos debe asegurar una respuesta razonada e imparcial. El procedimiento para dar una respuesta debe contemplar todos los argumentos morales ofrecidos por el titular del derecho y debe estar basado en razones morales. Por supuesto, los argumentos y razones morales están basados en principios universales que pueden

⁵ Philip Pettit, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 160-167.

⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999, p. 190.

ser razonablemente aceptados por todos. La imparcialidad asegura que el árbitro debe tratar al demandante y al supuesto violador en igualdad de condiciones, es decir, sobre la base de principios universales aceptables por todos. Desde un punto de vista conductual, la respuesta debe ser capaz de rectificar la violación. En suma, cuando los individuos defienden sus derechos reclamando por las violaciones, ellos activan un procedimiento en el que pueden participar de modo directo y sin intermediación, y que eventualmente debe resultar en una decisión fundada en razones imparciales.

¿Cuál es la relación entre los poderes morales de expresar agravios y el procedimiento judicial? El vínculo entre derechos procedimentales y procedimientos institucionales no es ni lógico ni instrumental. No es lógico porque los derechos morales no pueden implicar derechos jurídicos, aunque sólo sea porque los derechos jurídicos presuponen el funcionamiento de agencias públicas como los tribunales. No es instrumental porque los derechos procedimentales no están destinados a alcanzar ciertos resultados particulares, al margen de la existencia de procedimientos que respeten esos derechos. La mejor forma de pensar el vínculo entre los derechos procedimentales y los procedimientos judiciales es mediante conceptos no formales como encarnación o incorporación.⁷ Por ejemplo, uno puede pensar que el proceso judicial, por sus rasgos deliberativos, incorpora derechos procedimentales dialógicos de manera tal que el tribunal constitucional es el lugar adecuado para respetar los poderes morales asociados a esos derechos. El punto fundamental es que los derechos procedimentales morales están para ser implementados al incorporarlos dentro de los procedimientos legales. Al contrario de los derechos morales sustantivos, los derechos morales procedimentales no tienen un criterio de justicia sustantivo o relacionado con cierto resultado que vaya más allá de la realización de los procedimientos relevantes. Por ejemplo, el derecho procedimental de X a un debido proceso no significa que X deba obtener otra cosa que no sea el ejercicio efectivo de las reglas del debido proceso. En el lenguaje de Rawls, los derechos procedimentales constituyen un sistema de *justicia procedimental pura* porque no hay ningún estándar independiente para elegir un resultado correcto.⁸ Por lo tanto, la encarnación o incorporación institucional es el único modo concebible de implementación que estos derechos permiten.

⁷ Rawls utiliza la misma noción cuando sostiene que la justicia como equidad, contrario al utilitarismo, “incorpora los ideales de justicia, como es comúnmente entendida, de modo más directo en sus primeros principios”, *ibid*, 138.

⁸ *Ibid*, 75.

Los derechos morales fijados en la constitución incluyen los poderes morales de expresar agravios en contra de partes privadas o agencias del gobierno que presuntamente violaron esos derechos. El ejercicio de buena fe de estos poderes morales impone sobre los presuntos transgresores, razonablemente, el deber de responder al titular del derecho. Una vez que uno acepta que los derechos morales incluyen tales derechos procedimentales, es razonable establecer un arreglo institucional que permita a los titulares de derechos expresar sus agravios mediante su propia voz, y que les asegure una respuesta deliberada e imparcial. El control judicial por un tribunal colegiado incorpora adecuadamente estos derechos procedimentales porque el demandante tiene el derecho procedimental a presentar su caso ante el tribunal, y el tribunal está obligado a escuchar su caso y llegar a una decisión de modo imparcial y deliberativo. Sin embargo, una cosa es decir que el control por un tribunal colegiado incorpora adecuadamente estos derechos procedimentales, y otra cosa muy distinta es decir que éste es el único arreglo posible para encarnar aquellos derechos. No es el único arreglo posible, y hay razones para explorar alternativas porque, como ya he dicho, el control constitucional es perjudicial a la igual libertad política, aún si las restricciones que impone a la regla de la mayoría son formalmente aplicadas a todos por igual. En la próxima sección voy a explorar un modo alternativo de incorporar los derechos morales procedimentales comprendidos en los derechos constitucionales sustantivos.

III. EL JURADO CONSTITUCIONAL

El jurado constitucional está inspirado en el *graphe paranom*, y el *graphe nomon me epitedeion theinai*, que eran dos tipos de demandas judiciales públicas establecidas en Atenas para cuestionar, respectivamente, decretos recientes o leyes propuestas como *paranomos* (“contrarios a la ley”) ante un tribunal del pueblo (jurado).⁹ Estos procedimientos, que debían ser iniciados por ciudadanos particulares, estaban destinados a proteger a los ciudadanos de sus propios exabruptos de pasión y, por lo tanto, destinados a estabilizar la democracia popular ateniense.¹⁰ Aunque en sentido estricto el cuestionamiento era uno de ilegalidad, Mogens Hansen sostiene que las acciones eran por violaciones de

⁹ Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes, Structure, Principles, and Ideology*, tr. J. A. Crook, Norman, University of Oklahoma Press, 1999, pp. 205-212. See also: Adriaan Lanni, “Judicial Review and the Athenian Constitution”, en Mogens Hansen (ed.), *Demokratia—Ancient and Modern* (Entretiens sur l’Antiquité Classique LVI, Fondation Hardt, Vandoeuvres-Genève, 2010).

¹⁰ Jon Elster, *Ulysses Unbound*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 125-129

principios constitucionales procedimentales – por ejemplo, del principio según el cual ninguna ley nueva puede contradecir una ley vigente sin una derogación explícita previa o simultánea. Mientras que las audiencias del tribunal del pueblo eran públicas, la votación era mediante urnas (secreta) y el debate era dirigido de acuerdo con un método de *marco argumentativo limitado*. Los argumentos a ser considerados estaban limitados a aquellos propuestos por las dos partes: el acusador (cualquier ciudadano) y el acusado (el ciudadano que propuso la ley cuestionada).¹¹ Así, los miembros del jurado atenienso no participaban en una deliberación colectiva, multilateral, y no hacían públicos ni sus razonamientos ni sus votos individuales. El veredicto era obviamente público. En Atenas, el típico *graphe paranom* tenía 501 miembros.¹²

El *Common Law* ha utilizado al jurado como un sistema para resolver disputas criminales y civiles. Aunque en la visión tradicional el jurado sólo establece cuestiones de hechos, y no de derecho, una concepción democrática de los jurados los concibe como organismos que pueden decidir también sobre cuestiones de derecho. Por ejemplo, Hobbes dice que: “De igual manera, en los juicios ordinarios de derechos, doce hombres del pueblo común son los jueces y dictan sentencia, no sólo de los hechos, sino también del derecho.”¹³ Según Edward Andrew, “Hobbes compartía la confianza de los Niveladores (*Levellers*) en la conciencia del hombre común- desde el momento en que la conciencia estaba institucionalizada dentro del derecho como parte del juicio por jurado- y desconfiaba de las razones artificiales de los jueces del common law.”¹⁴ Lysander Spooner también defendía la doctrina de anulación de jurado (*jury nullification*), que les da a los miembros del jurado el poder de rehusarse a aplicar una ley que consideran ilegítima. En esta visión, los jurados también deben atender cuestiones de derecho. De hecho, Spooner proclamó enfáticamente: “Por más de seiscientos años- esto es, desde la Carta Magna en 1215- no ha habido un principio más claro del derecho constitucional inglés o americano que aquel según el cual en los casos penales, no es sólo el derecho y deber de los jurados juzgar cuáles son los hechos, cuál es el derecho, y cuál fue la intención moral del acusado; sino que ese es su derecho, y su deber primordial y fundamental, el de juzgar la justicia del derecho, y tener por inválidas todas las leyes que, en su opinión, sean injustas u opresivas,

¹¹ Hansen, *op. cit.*, 209.

¹² *Ibid.*, 237.

¹³ Thomas Hobbes, *Leviathan*, R. Tuck (ed), Cambridge Cambridge University Press, 1996, p. 195.

¹⁴ Edward G. Andrew, “Hobbes on Conscience Within the Law and Without”, *Canadian Journal of Political Science*, vol. 22, 1999, p. 208.

y como inocentes a todas las personas que violen o resistan la ejecución de tales leyes.”¹⁵ Mientras Hobbes valoraba al jurado porque encarnaba la conciencia del hombre común dentro del derecho, en lugar de la razón artificial, Spooner lo elogiaba por su rol en resistir la opresión del gobierno. Notablemente, el constitucionalismo americano contemporáneo, incluso en sus variantes populistas, omite considerar la significativa función que un jurado de ciudadanos podría cumplir en el control de constitucionalidad. Para mi asombro, un jurado constitucional no había sido propuesto en los tiempos modernos.¹⁶ Sin embargo, la práctica real de los jurados muchas veces se asemeja a esta idea. De hecho, algunos jurados han anulado leyes sobre la base de su inconstitucionalidad. Tanto los jurados del siglo diecisiete en Inglaterra, como los del siglo dieciocho en los Estados Unidos, han absuelto a revolucionarios autores de libelos sediciosos, actuando de este modo como bastiones de las libertades civiles. Para dar un ejemplo reciente, en Canadá un jurado anuló las instrucciones judiciales que indicaban que los médicos que establecieron una clínica para realizar abortos eran culpables de conspiración, y la absolución fue confirmada por la Corte Suprema de Canadá.¹⁷ Estos ejemplos muestran que la idea de un jurado constitucional se acerca mucho a la práctica histórica y contemporánea.

Un jurado constitucional se encarga de controlar la constitucionalidad de las leyes dictadas por la legislatura. Más específicamente, el jurado constitucional controlaría si las leyes respetan los derechos constitucionales, y derogaría aquellas leyes que no satisfagan el test basado en derechos. En la medida que los titulares de derechos sean capaces de expresar sus agravios y presentar sus argumentos frente a los miembros del jurado, la faceta de reclamo de los poderes morales asociados con derechos va a ser adecuadamente realizada. Así como la anulación de los jurados anula las normas legales que los miembros del jurado consideran injustas o ilegítimas, la anulación por parte de los jurados constitucionales anularía leyes que los miem-

¹⁵ Lysander Spooner, “Trial by Jury”, en GH Smith (ed), *The Lysander Spooner Reader*, San Francisco, Fox and Wilkes, 1992, p. 121. Eric Mack llamó mi atención sobre este ensayo.

¹⁶ Inicialmente yo había propuesto el jurado constitucional como un experimento teórico para enfrentar la crítica contramayoritaria. Más tarde, cuando advertí que la propuesta podía ser implementada prácticamente, la defendí para su consideración pública en una revista europea. Ver: Spector, “Judicial Review, Rights, Democracy”, op. cit., pp. 331-333; “The Right to a Constitutional Jury”, *Legisprudence* III/1 (edición especial), 2009. Eric Ghosh analizó mi idea en el siguiente trabajo: Eric Ghosh, “Deliberative Democracy and the Counter-majoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, núm. 2, 2010.

¹⁷ *R v Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30.

bros del jurado consideran contrarias a la Constitución. Como es habitual, la nulidad procedería caso por caso. Asumo que los jurados, al igual que los tribunales en el modelo americano, operan en casos particulares.

Es importante notar que los jurados constitucionales no deberían tener un monopolio en las decisiones constitucionales. El sistema de control judicial estándar debería continuar, dada su función fundamental en proteger los derechos de las minorías frente a las decisiones de las mayorías en el poder (disputas constitucionales del tipo *a*). En consecuencia, el jurado constitucional debería ser establecido como un *derecho opcional* para cuando el demandante no confía en la corte suprema o en el tribunal constitucional por su supuesta lealtad al poder político.

En lo que queda de este trabajo voy a discutir cuatro aspectos de la propuesta de establecer jurados constitucionales. Imagino un escenario en el que los jurados constitucionales funcionan junto con la suprema corte o tribunal constitucional para lograr una interpretación constitucional imparcial. Específicamente, voy a concentrarme en las siguientes preguntas sobre los jurados constitucionales: (a) si estos organismos pueden funcionar en la práctica, (b) si su ejercicio es consistente con la igual libertad política, (c) si pueden otorgar una respuesta imparcial, y (d) si pueden otorgar una respuesta razonada. Mi respuesta a todas estas preguntas va a ser afirmativa.

1. *Los jurados constitucionales pueden funcionar en la práctica*

Me apresuro a decir que no estoy pensando en un jurado de 12 miembros, sino en uno compuesto por un mayor número de miembros, digamos más de 500 miembros, para aumentar la probabilidad de que los miembros del jurado representen una gran diversidad de puntos de vista en toda la comunidad política. ¿Son los jurados grandes instituciones factibles? Funcionaron bien en la antigua Atenas y en los últimos años hemos visto experiencias similares a los grandes jurados en Canadá. De hecho, las provincias de la Columbia Británica y Ontario han organizado asambleas ciudadanas que funcionaron para estudiar los sistemas electorales y para presentar propuestas de reformas electorales. Los miembros de estas asambleas fueron elegidos al azar en cada distrito electoral, procurando mantener una distribución igualitaria entre mujeres y hombres.¹⁸ Mientras que la asamblea de

¹⁸ La información sobre las dos Asambleas Ciudadanas canadienses puede ser encontrada en: www.citizenassembly.bc.ca/public y en www.citizenassembly.gov.on.ca (última vez visitado el 4 de marzo del 2000). Estoy agradecido con Jason Clemens por haberme advertido

Columbia Británica tenía 160 miembros, la asamblea de Ontario tenía 103 miembros. Ambas asambleas, por lo demás, incluían un número mínimo de ciudadanos aborígenes. Las asambleas estudiaron distintos sistemas electorales, realizaron audiencias públicas, y escribieron dos informes detallados. A pesar de que las dos recomendaciones fueron finalmente rechazadas por referéndum, la experiencia de las asambleas ciudadanas canadienses muestra que grandes organismos de ciudadanos elegidos al azar pueden ser organizados y puestos en práctica, y que estos organismos pueden discutir y decidir seriamente sobre cuestiones normativas complejas, como la elección de un sistema electoral para su distrito.

2. *Los jurados constitucionales respetan plenamente la igual libertad política*

Los críticos del control judicial generalmente argumentan que viola la igual libertad política. Ellos están en lo cierto. Sin embargo, generalmente ignoran que la democracia representativa *no* es un régimen de igualdad política. Como dijo Montesquieu, “el sufragio por *sorteo* está en la naturaleza de la democracia; el sufragio por *elección* en la naturaleza de la aristocracia”¹⁹ En la democracia ateniense varias responsabilidades públicas y judiciales eran asignadas a través de sorteos. La selección mediante sorteos asegura una igualdad completa de oportunidades políticas para trabajar en el poder y tomar decisiones políticas.²⁰ Por lo tanto, como claramente muestra el caso del *graphe paranom*, los jurados constitucionales satisfacen por completo el ideal de igual libertad política en relación con derechos procedimentales morales. De hecho, los ciudadanos tienen una oportunidad matemáticamente idéntica de participar directamente, sin representantes, en el procedimiento de decisión que va a establecer la interpretación constitucional. La selección de miembros del jurado al azar asegura que todos los ciudadanos tengan igual oportunidad de formar parte de la decisión constitucional, sin los sesgos que afectan a un sistema de jueces designados.

en el año 2000 sobre esta experiencia deliberativa. Ver también: Mark E. Warren y Hilary Pearce (comps.), *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens' Assembly* (New York: Cambridge University Press, 2008).

¹⁹ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, Bk. 2, Chap. 2, 13.

²⁰ Bernard Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, 1997, pp. 38-41

3. *Los jurados constitucionales pueden otorgar respuestas imparciales*

Es una crítica común al sistema de control judicial la de que no puede cumplir con el principio de imparcialidad porque cinco, nueve o una docena de magistrados provenientes de la elite jurídica difícilmente van a representar los puntos de vista de todo el electorado. Algunos han propuesto mejorar el sistema asegurando que el personal judicial represente a los grupos étnicos o ideológicos prevalecientes en la comunidad política. Creo que todas estas propuestas representan meros remiendos. Ellas no resuelven el verdadero problema, porque el marco institucional constriñe severamente las opciones disponibles. Por el contrario, parece obvio que 500 miembros del jurado seleccionados al azar pueden ser *más representativos* de la variedad de puntos de vista en la comunidad política que un puñado de jueces designados. Es probable que el jurado constitucional sea más imparcial que un tribunal constitucional. A diferencia del control judicial de constitucionalidad, que establece una diferencia antidemocrática entre los jueces y los ciudadanos comunes en relación con la interpretación de la constitución del pueblo, el sistema de jurado constitucional asigna la función de interpretar la constitución del pueblo al pueblo. En particular, los jurados constitucionales parecen especialmente aptos para tratar transgresiones de derechos que los miembros de la elite judicial raramente deben sobrellevar, y, por lo tanto, no están preparados para tener en cuenta o entender del todo. Por ejemplo, si la mayoría de los jueces son hombres, y el tribunal debe decidir sobre el derecho al aborto, una demandante femenina puede creer razonablemente que un jurado constitucional con igual representación de género puede darle una respuesta más imparcial porque los miembros femeninos del jurado (al menos donde la intolerancia no se encuentre extendida) van a simpatizar más fácilmente con su difícil situación que los jueces.

4. *Los jurados constitucionales pueden otorgar respuestas razonadas*

En la visión que presenté más arriba el tribunal constitucional debe dar una respuesta razonada a los titulares de derecho cuando presentan una demanda de violación de derechos. Dado que los tribunales superiores constitucionales son generalmente tribunales colegiados, la posibilidad de una respuesta razonada se ve afectada por un dilema en la suma de las senten-

cias llamada la *paradoja doctrinal/discursiva*.²¹ El problema es que la votación basada en las premisas y la votación basada en la conclusión pueden generar resultados contradictorios. Los tribunales colegiados típicamente evitan este problema al llegar a un consenso superpuesto en los fundamentos de la decisión que consigue el apoyo mayoritario. Ahora los jurados no tienen el problema de la suma de sentencias porque emiten veredictos que no expresan fundamentos. Sin embargo, yo creo que, a diferencia del *graphe paranom*, un jurado constitucional de tipo deliberativo debería dar respuestas razonadas a los demandantes. En lugar de veredictos, el jurado constitucional debería emitir *sentencias razonadas*. Ahora bien, ¿cómo puede un organismo tan numeroso producir el tipo de decisiones razonadas que caracteriza a los pequeños tribunales colegiados? ¿Cómo puede tal organismo evitar la paradoja doctrinal/discursiva *cuando deben enfrentar altos costos de deliberación*? La respuesta a estas preguntas es ver a las sentencias como un razonamiento o argumento, y no meramente como una decisión.²² Un argumento es un conjunto de proposiciones que incluye tanto las premisas como la conclusión. De acuerdo con el modo estándar de razonamiento judicial, las premisas del razonamiento constitucional deben incluir afirmaciones constitucionales, afirmaciones interpretativas, y afirmaciones sobre hechos. La relación entre los fundamentos y la conclusión debería ser deductiva. El jurado debería formar un pequeño comité (compuesto de, digamos, 30 miembros) que estaría a cargo de proponer distintas sentencias borradores que resuelvan la disputa. Otros argumentos propuestos podrían también ser presentados en la sesión plenaria del juzgado. La votación del jurado no debería ser un procedimiento escalonado, ni aplicado a cada premisa ni aplicado a la de-

²¹ Esta paradoja fue descubierta por Roberto Vacca en 1921 y redescubierta en 1986 por Lewis Kornhauser y Larry Sager: Roberto Vacca, “Opinioni individuali e Deliberazioni collettive” en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 1, 1921, pp. 52-9; Lewis A. Kornhauser y Lawrence G. Sager, “Unpacking the Court” en *Yale Law Journal*, vol. 96, 1986, pp. 82-117; Lewis A. Kornhauser y Lawrence G. Sager, “The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts” en *California Law Review*, vol. 81, 1993, pp. 1-51. Geoff Brennan y Philip Pettit han llamado a la paradoja “dilema discursivo”; ver Philip Pettit, “Deliberative Democracy and the Discursive Dilemma”, *Philosophical Issues*, vol. 11, 2001, pp. 268-99; Geoffrey Brennan, “Collective Coherence?” en *International Review of Law and Economics*, vol. 21, 1998, pp. 197-211. Ver también: Bruce Chapman, “More Easily Done than Said: Rules, Reason and Rational Social Choice”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, 1998, pp. 293-329; Christian List, “The Discursive Dilemma and Public Reason”, *Ethics* vol. 116, 2006, pp. 362-402; Christian List and Philip Pettit, *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Jon Elster, *Securities against Misrule, Juries, Assemblies, Elections*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

²² Eugenio Bulygin, “Sentencia judicial y creación del derecho”, *La Ley*, Tomo 124, 1966, pp. 1307-1315.

cisión. Por el contrario, el jurado debería votar sobre todo el razonamiento. La pregunta es si el razonamiento es aprobado o rechazado. En un escenario típico de paradoja doctrinal o dilema discursivo, ningún razonamiento obtiene la mayoría y se evita la antinomia decisional meramente porque el resultado queda indeterminado. (En la práctica este procedimiento conduce a las mismas decisiones que la votación basada en las premisas si se presume la constitucionalidad de la ley o medida cuestionada en ausencia de una decisión contraria, mayoritaria o unánime, del tribunal colegiado.) Si un razonamiento es finalmente aprobado, se considera como la respuesta razonada del jurado constitucional.

IV. CONCLUSIONES

Todos los derechos morales sustantivos reconocidos por las constituciones incluyen derechos morales procedimentales. Esos derechos procedimentales tienen dos dimensiones: una dimensión de reclamo y una dimensión de respuesta. Dentro de la dimensión de reclamo, incluyo el derecho a expresar agravios por violaciones de derechos y a presentar la demanda dentro de un arreglo institucional adecuado. Dentro de la dimensión de respuesta, incluyo el deber del destinatario de dar una respuesta imparcial y razonada al demandante. Dado que los derechos procedimentales constituyen un sistema de justicia procedimental puro, no hay ningún estándar de resultados deseados al que podamos hacer referencia para evaluar si las instituciones jurídicas existentes cumplen adecuadamente con los derechos procedimentales. Por lo tanto, no hay ninguna justificación instrumental posible del control judicial en términos de derechos morales procedimentales. Más bien, la evaluación de las prácticas constitucionales existentes en relación con los derechos morales procedimentales debe ser hecha desde el punto de vista de si esos derechos están adecuadamente incorporados o encarnados en esas prácticas. He argumentado que el control constitucional por un tribunal supremo o tribunal constitucional es un arreglo adecuado para incorporar esos derechos morales procedimentales. Sin embargo, también he dado a conocer mi inquietud en relación con el hecho de que los tribunales supremos y constitucionales no satisfacen la igual libertad política y además pueden presentar en la práctica disfunciones cuando son sensibles a las demandas del Estado que integran o cuando son susceptibles a las influencias de elites o grupos de interés particulares. Por esta razón he explorado un arreglo institucional híbrido o bimodal que permita incorporar los derechos morales procedimentales de una manera más satisfactoria. Este arreglo incluye un jurado constitucional como

alternativa institucional a disposición de los reclamantes por la violación de derechos constitucionales. Mientras que el jurado constitucional es una institución practicable y puede dar respuestas imparciales y razonadas al menos tan bien como sus contrapartes judiciales, sus mayores ventajas son que respeta más plenamente la igual libertad política y que ofrece a los ciudadanos una alternativa de defensa de sus derechos cuando la judicatura es deferente a los intereses del poder político o económico. En realidad, es difícil imaginar qué objeción podría plantear un demócrata a un arreglo institucional que fortalezca los derechos morales dialógicos asociados a los derechos constitucionales.

CAPÍTULO XII

EL CENTRO DE LA ARGUMENTACIÓN FÁCIL A FAVOR DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN

Alon HAREL y Tsvi KAHANA*

El control judicial de la legislación es instrumento de gobierno existente. Representa una elección que los hombres han hecho, y en últimas una que debemos justificar como una elección de nuestra época.¹

SUMARIO: I. *Introducción*. III. *Las justificaciones instrumentalistas a favor del control judicial de la legislación*. III. *La justificación no instrumentalista del control de constitucionalidad: el derecho de audiencia*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría constitucional ha estado obsesionada por muchos años con un intento de proporcionar una justificación adecuada a favor del control judicial

* Los autores agraden a Mitchell Berman, Or Bassok, Oren Bracha, Margit Cohn, David Enoch, Richard Fallon, David Fontana, Willy Forbath, Guru Krishnamurthi, Hoi Kong, Richard Markovits, Frank Michelman, Dan Rodriguez, Christina Rodriguez, Michel Troper, Mark Tushnet, Adrian Vermeule y Rivka Weill. Samantha Crumb, Adrian Di Lullo, Shannon O'Conner y Sarah Reynolds proporcionaron excelente asistencia investigativa. Este artículo fue presentado Cambridge University Legal Theory Workshop, The Center for Transnational Legal Studies, University of Texas Legal Theory Workshop, the Hebrew University faculty seminar, the Hebrew University Forum of Law and Philosophy, y en IDC Law School. Agradecemos a los participantes por sus valiosos comentarios. Este artículo apareció originalmente en inglés como "Easy Core Case For Judicial Review" en *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 227-256. Se traduce con autorización de los autores. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

¹ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2da ed., New Haven, Yale University Press, 1962.

de la legislación. Este escrito se une a la búsqueda de un argumento adecuado a favor de tal control. También desea defenderlo contra numerosas voces que han surgido deseando abolirlo o limitar su alcance.² Nuestra primera tarea es exponer una falla crítica compartida por igual por oponentes y defensores del control judicial de la legislación y proponer un marco para resolver esta dificultad.

La falla fundamental concerniente al debate sobre el control judicial de la legislación es la convicción de que éste debe ser justificado *instrumentalmente*, es decir, que está fundamentado en características *contingentes* deseables del proceso judicial (por ejemplo, la calidad superior de las decisiones producidas por los jueces, la habilidad superior de los jueces de proteger derechos, la mayor estabilidad y coherencia de las decisiones judiciales, entre otros).³ Una vez la falla fundamental de las teorías tradicionales haya sido expuesta, este escrito se aboca a desarrollar una nueva propuesta para defender el control judicial de la legislación que supere las dificultades que las justificaciones instrumentalistas enfrentan. Bajo esta aproximación, el control judicial de la legislación está diseñado para proporcionar a los individuos un derecho de audiencia o un derecho a presentar sus reclamos.⁴ De forma más particular, sostenemos que el control judicial de la legislación es indispensable porque garantiza a los individuos oportunidades para desafiar las decisiones que infringen (o pueden haber infringido) sus derechos, para entablar deliberación razonada concerniente con esas decisiones y para beneficiarse de una reconsideración de tales decisiones a la luz de esta deliberación. Bajo esta perspectiva, el control judicial de la legislación está intrín-

² Las más influyentes incluyen a Jeremy Waldron, véase, capítulo 8 de este volumen y *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999 [*Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, 2007]; Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999 y *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008; Larry Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004; y Adrian Vermeule, *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.

³ Muy pocos de los teóricos constitucionalistas examinan o incluso mencionan preocupaciones no instrumentalistas. Incluso cuando tales preocupaciones son mencionadas, típicamente son rechazadas. Adrian Vermeule sostiene que: “En principio, estas premisas consecuencialistas excluyen un ámbito de aproximaciones (total o parcialmente) no consecuencialistas a la interpretación. Resulta, sin embargo, que esta no es una pérdida mayor de generalidad, porque pocas personas sostienen tesis de ese tipo. La interpretación consecuencialista es un rúbrica extremadamente extendida”. Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 6.

⁴ Esta idea fue introducida por primera vez en un escrito anterior de uno de nosotros (véase, Yuval Eylon y Alon Harel, “The Right to Judicial Review”, *Virginia Law Review*, vol. 92, 2006, pp. 991-1022) y es desarrollada extensivamente aquí.

secamente, no instrumentalmente, justificado; su valor está fundamentado en rasgos procedimentales que son características esenciales de las instituciones judiciales *per se*. El derecho de audiencia como es entendido en este escrito se fundamenta en el deber fundamental de los Estados de consultar a sus ciudadanos los asuntos relacionados con sus derechos, y en particular de consultar a aquellos cuyos derechos pueden resultar afectados.

Presentar un argumento a favor del control judicial de la legislación no implica presentar un argumento central o un argumento fácil a favor de esta institución. El título de este artículo deriva su inspiración del título de dos artículos recientes⁵. Pero este título no es simplemente un juego de palabras. Nuestra posición es el argumento central a favor del control judicial de la legislación porque, en realidad, hay consideraciones que entran a jugar una vez este argumento central ha sido demostrado. De forma más específica, el derecho de audiencia sólo puede justificar una forma minimalista (es decir, específica a los casos) de control constitucional. En conjunción con otras consideraciones, el argumento a favor de un control judicial de la legislación minimalista y específico a casos proporciona los fundamentos para una justificación más desarrollada de la supremacía judicial. También es un argumento fácil porque, en contraste con las justificaciones instrumentalistas del control judicial de la legislación, no requiere demostrar complejas afirmaciones empíricas tales como la afirmación de que las cortes crean mejores decisiones o la afirmación de que las decisiones de la corte son más protectoras de la democracia, los derechos, o la estabilidad y la coherencia. Demostrar el argumento fácil a favor del control judicial de la legislación requiere simplemente demostrar que las cortes son fieles a los valores encarnados en el proceso adjudicativo. Es el proceso adjudicativo mismo, y no las complejas consecuencias contingentes de este proceso, es suficiente para justificar el control judicial de la legislación.

Este escrito desarrolla y generaliza argumentos anteriores formulados por uno de nosotros. En un artículo anterior uno de nosotros contrastó el modelo de “perro guardián” con el modelo de “derecho de audiencia” y defendió el segundo.⁶ De acuerdo al modelo del perro guardián del control judicial de la legislación, la función de esta institución es evitar que el legislativo sobrepase los límites de su autoridad.⁷ El presente artículo establece

⁵ Véase, Waldron, capítulo XIII de este volumen, y Richard Fallon, “The Core of An Uneasy Case for Judicial Review”, *Harvard Law Review*, vol. 121, 2008, pp. 1693-1736. [N. de T. El título del artículo de Fallon puede ser traducido como *El centro de la argumentación difícil a favor del control judicial de la legislación*].

⁶ Elon y Harel, “The Right to Judicial Review”, *cit*.

⁷ *Idem*, p. 994.

que el modelo del perro guardián es sólo uno entre una familia de teorías (las teorías instrumentalistas) que sostienen que el control judicial de la legislación es deseable debido a resultados deseables contingentes. El presente artículo contrasta, no dos teorías del control judicial de la legislación (el modelo del perro guardián y el modelo de derecho de audiencia), sino dos familias o tipos de teorías sobre esta institución: teorías instrumentalistas y teorías no instrumentalistas. Demuestra que las teorías más tradicionales y establecidas que pretenden justificar el control judicial de la legislación son instrumentalistas y que su fracaso debe ser atribuido precisamente a esa naturaleza. Finalmente, muestra que el derecho de audiencia es un derecho no instrumentalista. El proceso judicial no es un instrumento diseñado para proteger el derecho de audiencia o “maximizar” la cantidad de audiencias. En vez de ello, sostenemos que el derecho de audiencia es constitutivo del proceso judicial; el proceso judicial es en realidad una realización o manifestación del derecho de audiencia. Por tanto, el argumento a favor del control judicial de la legislación no depende de que éste sea un instrumento eficiente para proteger la democracia, los derechos, o de hecho, ni siquiera para proteger al derecho mismo a una audiencia. Consecuentemente, en contraste con las justificaciones (instrumentalistas) previas, la validez del modelo basado en el derecho de audiencia no depende de conjeturas empíricas complejas (y dudosas).

La sección II del artículo explora cinco argumentos populares a favor del control judicial de la legislación. Establece que estos argumentos son instrumentalistas y que tal naturaleza los expone a objeciones poderosas. La sección III sostiene que los individuos tienen un derecho a entablar sus quejas frente a un cuerpo judicial (o cuasi-judicial), y que estos cuerpos también deben tener el poder de proporcionar decisiones autoritativas. Este “derecho de audiencia” o “derecho a entablar quejas” debe ser respetado independientemente de las contribuciones instrumentalistas que el control judicial hace (o puede hacer) a otros valores de las sociedades democráticas o liberales.

II. LAS JUSTIFICACIONES INSTRUMENTALISTAS A FAVOR DEL CONTROL JUDICIAL DE LA LEGISLACIÓN

Esta sección demuestra que las teorías más prominentes que intentan justificar el control judicial de la legislación son instrumentalistas y que esas teorías fracasan por tal razón. Antes de presentar las justificaciones instrumentalistas, permítasenos describir que queremos decir por control judicial de la legislación y la estructura de las justificaciones instrumentalistas a favor el mismo.

El control judicial de la legislación, como es entendido aquí, consiste en los siguientes dos componentes: (1) Las cortes tienen el poder para hacer decisiones vinculantes relacionadas con la validez constitucional de la legislación que se aplica a casos individuales que deben resolver, y esas decisiones deben ser respetadas por las demás ramas del poder público.* (2) Ninguna rama del poder público tiene el poder de inmunizar su operación del escrutinio judicial.⁸ Nuestro análisis implica que las cortes no son “partes iguales” en la empresa de la interpretación constitucional, sino que tienen un papel privilegiado en ella.⁹

Bajo las teorías instrumentalistas, el control constitucional está justificado en la medida en que sea probable que genere consecuencias deseables *contingentes*. Aunque existen diferencias importantes entre las cinco teorías examinadas en esta sección, todas ellas comparten similitudes estructurales significativas. Bajo cada una de estas teorías, el teórico constitucional diferencia pronunciadamente entre dos etapas del análisis. En la primera etapa, el teórico trata la pregunta de cuál es el objeto de la Constitución, y, consecuentemente, cómo debe ser interpretada. Una vez el “objeto” de la Constitución está establecido, el teórico gira su atención a la identificación de los instrumentos que sean más capaces de realizar el “objeto” de la Constitución. Las teorías instrumentalistas del control judicial de la legislación perciben esta segunda etapa, es decir, la identificación de las instituciones a cargo de interpretar la Constitución, como subordinada a los hallazgos de la primera. La institución a cargo de interpretar la Constitución es simplemente aquella que más probablemente la interprete de forma “correcta” o “justa”, o cuyas decisiones sean las más conducentes a las metas constitu-

* *N. de. T.* Nótese que el argumento se refiere sólo al llamado “control concreto” de constitucionalidad, pero no cubre el control abstracto.

⁸ Por tanto, los nuevos esquemas constitucionales bajo los cuales el legislativo puede proteger a la legislación de intervención judicial (como la cláusula derogatoria canadiense), son incompatibles con el control judicial de la legislación como es entendido aquí.

⁹ Nuestra afirmación, sin embargo, no justifica directamente la supremacía judicial. Lo que diferencia a supremacía judicial del control constitucional es un tercer componente, es decir, la afirmación de que las cortes no simplemente resuelven disputas particulares relacionadas con los litigantes del caso, sino que ellas también interpretan autoritativamente el significado constitucional. La supremacía judicial requiere deferencia de las otras ramas del gobierno a los dictados constitucionales de las cortes, no sólo frente al caso particular, sino también con respecto a la validez de las normas jurídicas. Para una definición de supremacía judicial, véase, Keith Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton, Princeton University Press, 2007, p. 7. Al mismo tiempo, proporcionaremos algunos argumentos de por qué las conclusiones de este escrito, en conjunción con unas conjeturas adicionales de sentido común, apoyan la supremacía judicial.

cionales o valores definidos en la primera etapa del análisis. Interpretar la Constitución puede por tanto ser descrito como una tarea en búsqueda de un agente capaz de desarrollarla, y el agente es un instrumento cuya idoneidad depende únicamente de la calidad y los costos de su desempeño.

Para demostrar la dominancia de las teorías instrumentalistas, permítansenos brevemente revisar cinco teorías influyentes que pretenden justificar el control judicial de la legislación: las teorías basadas en los derechos, las teorías basadas en la mejoría de la democracia, la teoría de la solución de conflictos, las teorías de la democracia dualista y las teorías del institucionalismo instrumentalista. Cada una de estas teorías caracteriza de forma diferente las metas constitucionales. Sin embargo, una vez las metas constitucionales han sido identificadas, cada una de las teorías justifica el control judicial de la legislación basándose en cuáles son los mejores medios institucionales para realizar tal meta.

Las *teorías basadas en los derechos* sostienen que el control judicial de la legislación encuentra su justificación en el fin de garantizar una protección eficaz de los derechos.¹⁰ Muchos teóricos creen que los jueces tienen más habilidad que otros funcionarios para identificar el alcance de los derechos y asignarles su valor adecuado. Algunos teóricos creen que la superioridad es atribuible a su pericia; los jueces, bajo esta tesis, forman una clase de expertos en derechos.¹¹ Otros creen que se puede justificar el control judicial de la legislación en la naturaleza del procedimiento judicial y la relativa separación e independencia de los jueces de las restricciones políticas.¹² El control judicial de la legislación está justificado en la medida en que sea probable que contribuya a la protección de los derechos —ya sea directamente, al corregir decisiones legislativas que violen los derechos individuales, o indirectamente, al inhibir al órgano legislativo de tomar decisiones que vio-

¹⁰ Alon Harel, “Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification”, *Law and Philosophy*, vol. 22, 2003, pp. 247-277.

¹¹ Charles Black, *A New Birth of Freedom: Human Rights, Named and Unnamed*. New York, G.P. Putnam, 1997, pp. 125.

¹² Owen Fiss, “The Supreme Court 1978 Term: Foreword: The Forms of Justice”, *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979, pp. 12-13 y “Two Models of Adjudication” en Robert Goodwin y William Schambere (eds.) *How does the Constitution secure rights?* Washington, DC, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1985; Michael Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*. New Haven, Yale University Press, 1982, p. 102; Lawrence Sager, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*. New Haven, Yale University Press, 2004, p. 1999.

larían derechos individuales—. ¹³ Esta tesis es quizá la más popular y mejor establecida en el pensamiento jurídico estadounidense. ¹⁴

Las teorías de la mejoría de la democracia sostienen que la Constitución está diseñada para proteger la naturaleza representativa del gobierno. El defensor más influyente de esta tesis —John Hart Ely— sostiene que la “la búsqueda de objetivos participativos de acceso ampliado a los procesos y recompensas de gobierno representativo” deberían reemplazar “la insistencia más tradicional y académicamente popular de proporcionar una serie de bienes o valores substantivos particulares considerados fundamentales”. ¹⁵ La Constitución, en la visión de Ely, es esencialmente un documento procedimental, y los objetivos de la Constitución y aquellas estructuras institucionales diseñadas para protegerla deben favorecer “una aproximación al control judicial de la legislación orientado hacia el fortalecimiento de la práctica representativa”. ¹⁶ El control judicial de la legislación está justificado en la medida en que sirva al propósito de mejorar la participación democrática. ¹⁷

Las teorías de la solución de conflictos del control judicial de la legislación sostienen que la supremacía judicial está justificada dado que conduce a la solución de conflictos, a la coordinación y a la estabilidad. ¹⁸ Alexander y

¹³ Henry Abraham, *The Judicial Process*, 7ª ed., New York, Oxford, 1998, p. 371

¹⁴ Esta tesis fue defendida famosamente por Alexander Hamilton. Véase, *The Federalist*, no. 78, Henry B. Dawson (ed.), New York, Scribner's, 1981, pp. 544-5. Jeremy Waldron también afirmó que “la preocupación expresada de forma más común es que los procedimientos legislativos... [ponen] endémica y constitucionalmente en peligro de infringir los derechos de los individuos y las minorías”. Waldron, *Law and Disagreement*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵ John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 74.

¹⁶ Ely, *Democracy and Distrust*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁷ A pesar de las grandes diferencias, es fácil detectar similitudes estructurales entre las clásicas justificaciones basadas en los derechos y la teoría participativa de Ely. Bajo tales teorías, las cortes son asignadas con los poderes de revisión de legislación por la supuesta calidad superior de sus decisiones con respecto a cierta esfera de decisiones. Mientras que los teóricos de los derechos creen que el control de constitucional está justificado porque las cortes son mejores que los legisladores en la protección de los derechos, Ely cree que la justificación yace en que las cortes son mejores que los legisladores en la protección de la representación democrática y la mejora de la participación popular. De hecho, esta similitud fue notada por Ronald Dworkin, quien afirmó que Ely estaba equivocado sólo “en limitar su explicación a los derechos constitucionales que pueden ser entendidos como mejoras del procedimiento constitucional en vez de derechos más substantivos”. Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 349.

¹⁸ Larry Alexander y Frederick Schauer, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, *Harvard Law Review*, vol. 11, 1997, pp. 1359 y “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, *Constitutional Commentary*, vol. 17, 2000, pp. 455. [N. de. T. Véase además, capítulo II de este volumen.] Este argumento fue formulado por primera vez por Daniel Webster. Véase,

Schauer –los defensores contemporáneos más influyentes de la teoría– sugieren que la solución autoritativa de desacuerdos es algunas veces deseable, incluso cuando la solución proporcionada sea sub-óptima. En su visión:

Una de las funciones principales del Derecho en general, y del Derecho constitucional en particular, es proporcionar un grado de solución coordinada por el hecho mismo de que la solución es necesaria para establecer que debe hacerse. En un mundo de desacuerdo político y moral, el Derecho a menudo puede proporcionar solución a esos desacuerdos, una solución es que no es final ni concluyente, pero que sin embargo es autoritativa, y así proporciona a aquellos que están en un desacuerdo de primer nivel una solución de segundo nivel para tal desacuerdo, que permitirá que se hagan decisiones, se coordinen acciones y que la continúe la vida.¹⁹

Alexander y Schauer creen que las cortes en general, y las Cortes Supremas o Constitucionales en particular, son más capaces de mantener la estabilidad y alcanzar la solución de problemas que otras instituciones, por ejemplo, el órgano legislativo.²⁰

La posición de la “*democracia dualista*” defendida por Bruce Ackerman distingue entre dos tipos diferentes de decisiones: decisiones hechas por el pueblo estadounidense y las decisiones hechas por sus gobiernos.²¹ La Constitución de los Estados Unidos está diseñada para proteger el primer tipo de decisiones –las decisiones de “Nosotros el Pueblo”– sean erosionadas por un el segundo tipo –las decisiones de “Nosotros los Políticos”–.

US Congressional Debates, vol. 6, 79, 1830. Más recientemente, el argumento fue presentado y rechazado por Alexander Bickel, quién sostuvo que “Los fines de la uniformidad y de la vindicación de la autoridad federal” pueden ser servidos “sin recurrir a ningún poder judicial federal que establece el significado de la Constitución”. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹ Alexander y Schauer, “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, *op. cit.*, p. 467.

²⁰ Tratando de establecer las virtudes especiales de los Tribunales constitucionales para alcanzar estas metas, Alexander y Schauer se basan en el aislamiento relativo de los mismos de los vientos políticos, debido a “los procedimientos establecidos y limitantes a través de los cuales los asuntos constitucionales son llevados a la Corte”, el reducido número de miembros de la Tribunal, los largos términos que tienen y el hecho de que las Cortes no pueden elegir su propia agenda. Alexander y Schauer, “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, *op. cit.*, p. 477.

²¹ Bruce Ackerman, *We the People*, vol. 1: *Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 6.

* *N. del T.* El “Nosotros el pueblo” hace referencia al Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos, que establece: “NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCIÓN para los Estados Unidos de América”. Es esta referencia la que inspira el título de libro de Ackerman citado.

Los raros períodos en los cuales el Derecho supremo es formado por el Pueblo estadounidense son llamados por Ackerman períodos de “política constitucional”. En contraste, en los períodos de “política normal” las decisiones tomadas por el gobierno ocurren diariamente, son hechas primariamente por políticos y no merecen el estatus de Derecho superior. A las cortes se les asigna la tarea de preservar la estructura dual. En la visión de Ackerman, “dicho de *forma simple*, los Magistrados son los únicos con el entrenamiento y la inclinación para mirar atrás a los momentos pasados de soberanía popular y revisar las pretensiones de nuestros políticos elegidos cuando éstos ponen en peligro los grandes logros del pasado.”²²

El *instrumentalismo institucionalista* busca proporcionar una teoría instrumentalista más específica y coherente. Los institucionalistas elevan varias preocupaciones con respecto a las cuatro teorías instrumentalistas descritas anteriormente, en particular, con respecto a la pregunta de si el control judicial de la legislación es en realidad instrumental en la realización de las metas constitucionales establecidas por los teóricos constitucionales.²³ Sin embargo, los institucionalistas como Einer Elhauge, Neil Komesar y Adrian Vermeule comparten con los otros instrumentalistas la creencia de que el diseño constitucional es en últimas un instrumento utilizado para alcanzar metas sociales deseables. Más específicamente, lo que debe determinar el alcance de los poderes judiciales para revisar la legislación es una elección institucional basada en “las fortalezas y debilidades relativas del controlador (el proceso adjudicativo) y el controlado (el proceso político)”.²⁴

Adrian Vermeule describe el institucionalismo como una forma de consecuencialismo de reglas. En su visión, “los jueces deben interpretar los textos jurídicos de acuerdo con las reglas cuya observancia produzcan las mejores consecuencias considerando todos los factores”.²⁵ El consecuencialismo de reglas requiere al teórico mirar no sólo a cualquiera decisión particular que las cortes u órganos legislativos probablemente genera, sino también a las características más amplias y más fundacionales de las cortes y los legislativos. En la visión de Vermeule, las variables relevantes para la determinación de los poderes de las instituciones judiciales son altamente complejas e incluyen “la costos de agencia y los costos de la falta de certeza, los efectos sistémicos (especialmente una forma de riesgo moral), la tasa óp-

²² Ackerman, *We the People*, *op. cit.*, pp. 1806-7.

²³ Einer Elhauge, “Does the Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?” *Yale Law Journal*, vol. 101, 1991, pp. 31-110.

²⁴ Neil Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*. Chicago, University of Chicago Press, 1994, p. 254.

²⁵ Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 5.

tima de actualización constitucional, y los costos de transición de cambiarse de un régimen a otro”.²⁶

Hemos sondeado cinco teorías influyentes que pretenden justificar el control judicial de la legislación. Todas estas teorías son teorías instrumentalistas; ellas están basadas en la conjunción de dos afirmaciones: (1) la Constitución está diseñada para realizar ciertos objetivos (proteger derechos, mejorar la democracia, garantizar estabilidad y coherencia, proteger la política constitucional, o, de forma más general, producir las mejores consecuencias considerando todos los factores). (2) El control judicial de la legislación es deseable sólo en la medida en que sea exitoso en la realización de las metas constitucionales.

Creemos que esta estructura instrumentalista es responsable del fracaso de estas teorías. Las teorías instrumentalistas son erróneas por tres razones. Primero, somos escépticos sobre si las teorías instrumentalistas pueden de hecho demostrar confiablemente sus afirmaciones sobre el desempeño probable de las cortes frente al desempeño de los órganos legislativos u otras instituciones. Segundo, incluso si los defensores instrumentalistas del control judicial de la legislación pueden demostrar que las cortes son mejores en la protección de derechos constitucionales u otros valores constitucionales, difícilmente se deriva de ello que las cortes deben ser investidas con poderes de control. Las preocupaciones participativas probablemente sean suficientes para sobrepasar e incluso anular la relevancia de las consideraciones a favor de un mejor proceso de toma de decisiones. Tercero, los argumentos instrumentalistas malinterpretan el debate del control judicial de la legislación: ellos conceptualizan el debate como una cuestión tecnocrática acerca de la calidad probable de la toma de decisiones u otras consecuencias de otras formas diferentes de diseño institucional. Pero el debate real es un debate acerca de la legitimidad política y moral de las instituciones. No es un debate acerca de si el control judicial de la legislación es eficiente, establece o efectivo en la protección de derechos substantivos, sino acerca de a qué justificaciones están legitimados los ciudadanos cuando sus derechos, o lo que perciben que son sus derechos, están en riesgo.

El primer error de las teorías instrumentalistas proporciona el fundamento para una objeción estándar de parte de los oponentes del control judicial de la legislación. Muchos teóricos constitucionales señalan las debilidades de la afirmación de que el control judicial de la legislación conduce a la realización de metas constitucionales. Los críticos de las justificaciones basadas en los derechos señalan que no es necesario (e incluso, ni siquiera

²⁶ *Ibid.*

es común) que los jueces sean los mejores protectores de los derechos.²⁷ Como Vermeule arguye, “las Cortes pueden no entender lo que la justicia requiere, o pueden no ser muy buenos para producir justicia cuando lo entienden”.²⁸ La evidencia histórica no da soporte a la conjetura de que las cortes son mejores protectoras de derechos, incluso en el contexto de derechos clásicos como la libertad de expresión.²⁹ Objeciones similares han sido presentadas con respecto a la defensa de Ely del control judicial de la legislación. Neil Komesar desafió la convicción de Ely de que las cortes son en realidad necesarias para “aclarar los canales de cambio político” y “facilitar la representación de las minorías”.³⁰ Mientras Ely detecta imperfecciones en el legislativo en la toma de decisiones procedimentales, él está equivocando al inferir de esas imperfecciones que las cortes deben ser asignadas con poderes para tomar esas decisiones. Tal conclusión requiere comparar las virtudes y vicios de las cortes y los órganos legislativos, mientras que se toma en cuenta la compleja interdependencia entre estas instituciones y, como Komesar establece, tal comparación no necesariamente favorece a las cortes sobre los órganos legislativos. Otros teóricos han cuestionado si las cortes en general, y los Tribunales Constitucionales en particular, son las instituciones más capaces de mantener la estabilidad y alcanzar la solución de conflic-

²⁷ Véase, Komesar, *Imperfect Alternatives*, *op. cit.*, p. 256-261, Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 243.

²⁸ Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 243

²⁹ David Raban, *Free Speech in its Forgotten Years*. Cambridge, Cambridge University Press, 1997; Wojciech Sadursky, “Judicial Review and Protection of Consitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, pp. 275-299; Vermeule, *Judging Under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 231. Sin embargo, utilizar la experiencia histórica es dudoso. Los argumentos históricos fracasan en capturar la compleja interdependencia entre diferentes instituciones. Así, incluso pudiera establecer que las cortes han sido sistemáticamente peores que los órganos legislativos en la protección de derechos, no se deriva de ello que eliminar el control judicial de la legislación conduciría a la protección de derechos dado que el control judicial de la legislación ha contribuido a la mayor calidad de la toma de decisiones legislativas al disuadir a los legisladores de infringir derechos individuales. Véase, Henry Abraham, *The Judicial Process*, 7a ed., New York, Oxford University Press, 1991, p. 371. De forma similar, incluso si se puede establecer que las cortes han sido sistemáticamente mejores que los órganos legislativos, no se sigue que el control judicial de la legislación conduce a la protección de derecho porque es posible que una legislativo operando en un mundo sin control judicial de la legislación sea más reflexiva y deliberativa que un legislativo con control judicial de la legislación. Véase, James Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893, pp. 155-6. Estas posibilidades sólo sirven para ilustrar la complejidad de las consideraciones requeridas para establecer argumentos basados en los derechos a favor o en contra del control judicial de la legislación.

³⁰ Komesar, *Imperfect Alternatives*, *op. cit.*, p. 199.

tos.³¹ Uno de los críticos de Alexander y Schauer se pregunta: “¿Produciría la supremacía legislativa más o menos estabilidad que la supremacía judicial? La inercia o los prejuicios del *status quo* están inmersos dentro de las instituciones legislativas a través de reglas de voto, bicameralismo y otras características. ¿Es mayor o menor que el *status quo* inmerso en las instituciones judiciales?”.³² Otro crítico incluso afirma que “Al igual que pueden generar solución de conflictos, los fallos de la cortes pueden también no generar soluciones en el ambiente jurídico y constitucional”.³³ Finalmente, ninguna evidencia ha sido proporcionada por Ackerman para fundamentar su conjetura de que los jueces son más fieles a las políticas constitucionales que los órganos legislativos.

Un trabajo histórico reciente de Mark Tushnet da soporte a este escepticismo.³⁴ Tushnet afirma que muchos de los debates institucionales concernientes a las cortes y los órganos legislativos estaban motivados políticamente. Él muestra convincentemente que el apoyo u oposición sectaristas a las cortes (sobre el fundamento de que es más probable que las cortes sean más liberales o más conservadoras que los órganos legislativos) es erróneo porque las inclinaciones de las cortes no pueden ser predichas de forma confiable. Predicciones confiables relacionadas con el desempeño de las cortes sólo pueden hacerse con respecto a ciertas circunstancias históricas o sociales. El diseño institucional óptimo depende por tanto de contingencias particulares de la sociedad relevante. La ambición de los teóricos constitucionales de diseñar instituciones funcionales independientemente de esas contingencias indica que se requieren consideraciones no instrumentalistas.

La segunda razón para el fracaso de las teorías instrumentalistas se basa en la observación de que incluso si, contrario a nuestra conjetura, las teorías instrumentalistas pueden predecir confiablemente el desempeño de las cortes versus el de los órganos legislativos y asignar los poderes constitucionales de acuerdo con ello, no se deriva que las cortes deban ejercitar el poder del control. Jeremy Waldron distingue entre razones relacionadas con los resultados y razones relacionadas con el proceso.³⁵ El supuesto desempeño superior de las cortes es una “razón a favor del control judicial de la legislación relacionada el resultado”. Sin embargo, además de disputar las

³¹ Keith Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses”, *N.C. Law Review*, vol. 80, 2002, pp. 794-6.

³² Vermeule, *Judging under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 249.

³³ Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation”, *op. cit.*, p. 800.

³⁴ Mark Tushnet, “The Rights Revolution in the Twentieth Century” en Michael Grossberg and Christopher Tomlins (eds.) *The Cambridge History of Law in America*, Volume 3, Cambridge University Press, 2008.

³⁵ Waldron, capítulo VIII en este volumen.

premisas relacionadas con este argumento basado en el resultado, Waldron también sostiene que las cortes son inferiores a los órganos legislativos por razones relacionadas con el proceso dado que, mientras “los órganos legislativos deben regularmente rendir cuentas a sus electores y mientras ellos se deben comportar como si sus credenciales electorales fueran importantes... nada de esto es cierto de los magistrados”.³⁶ El mero hecho de que los filósofos morales puedan ser mejores que los legisladores y los magistrados en la protección de derechos no justifica darle a los filósofos morales poderes de control sobre la legislación. Es difícil ver como la supuesta superioridad de los jueces en generar decisiones justifica concederles esos mismos poderes.

Además, las explicaciones instrumentalistas malinterpretan la esencia del debate relacionado con el control judicial de la legislación. Esta controversia no es acerca de la pericia de los jueces contra la de los legisladores o la calidad del desempeño de esas instituciones, este en una gran medida un debate acerca de la moralidad política de la toma de decisiones sobre la Constitución. Las teorías instrumentalistas se basan profundamente en generalizaciones empíricas relacionadas con las disposiciones institucionales de las cortes y los órganos legislativos. La institución encargada de tomar las decisiones constitucionales es aquella que probablemente puede generar la decisión correcta.³⁷ Así, el debate entre defensores y críticos del control judicial de la legislación es percibido como un debate tecnocrático acerca de la calidad del desempeño de diferentes instituciones.

Sin embargo, es difícil de creer que este grande y perenne debate acerca de los poderes constitucionales de las cortes es simplemente un debate tecnocrático parecido al debate acerca de los poderes institucionales de los entes administrativos. El debate del control judicial de la legislación es conducido por filósofos políticos, abogados constitucionalistas y abogados. Aunque algunos de los argumentos presentados por los participantes son instrumentalistas, el espíritu del debate y el rango de participantes indican que el debate del control judicial de la legislación y su alcance óptimo no debe ser entendido como un debate tecnocrático concerniente a las posibles consecuencias de diferentes sistemas de diseño constitucional. El debate no es sobre competencia institucional, sino acerca de moralidad política y legitimidad institucional. El defecto del institucionalismo es simplemente no entender los fundamentos de la controversia y su insistencia en instrumentalizar una pregunta que no debe ser instrumentalizada.³⁸ La sección III

³⁶ *Idem.*

³⁷ Vermeule, *Judging under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 249.

³⁸ Los institucionalistas podrían sostener que su análisis también explica la relevancia de la moralidad política. Después de todo, como los institucionalistas conceden, para fundamentar la superioridad de una institución sobre la otra, se debe primero identificar los

tratará de defender el control judicial de la legislación sobre fundamentos no instrumentalistas.

III. LA JUSTIFICACIÓN NO INSTRUMENTALISTA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL DERECHO DE AUDIENCIA

1. *Introducción*

La sección II demostró la inadecuación de las justificaciones instrumentalistas a favor del control judicial de la legislación. Nuestro principal objetivo en esta sección es fundamentar una justificación no instrumentalista. Lo que es distintivo acerca de las cortes no es la sabiduría especial de las decisiones judiciales u otras consecuencias contingentes deseables derivadas de ellas, sino los procedimientos y el modo de deliberación que caracterizan a las cortes. Esos procedimientos son intrínsecamente valiosos independientemente de la calidad de las decisiones producidas por las cortes porque esos procedimientos son, por sí mismos, una realización del derecho de audiencia.

El argumento procede en dos partes. En la subsección 2 se discute el derecho de audiencia y establece su importancia. Sostiene que la protección de derechos presupone la protección de la oportunidad a desafiar lo que el titular del derecho considera es una violación. La subsección 3 afirma que el derecho de audiencia está encarnado en los procedimientos del proceso judicial, y que el control judicial de la legislación judicial o cuasi-judicial es la única forma en la cual el derecho de audiencia puede, como una cuestión conceptual, ser protegido. El control judicial de la legislación no es un mecanismo para proteger el derecho de audiencia; es, en realidad, su encarnación institucional.

2. *El derecho de audiencia*

Nuestra propuesta descansa en la visión de que el control judicial de la legislación está diseñado para facilitar la expresión de quejas mediante la protección del derecho de audiencia. El derecho de audiencia consiste de tres componentes: la oportunidad para expresar quejas, la oportunidad de

objetivos que esa institución debe cumplir. Vermeule, *Judging under Uncertainty*, *op. cit.*, pp. 83-5. Sin embargo, bajo esta concesión, existe un componente substancial de controversia que puramente tecnológico, es decir, identificar la institución más capaz de realizar las metas constitucionales.

que se proporcione una justificación para una decisión que afecte (o pueda afectar) los derechos de alguien, y el deber de reconsiderar la decisión inicial que da lugar a la queja.³⁹ El derecho de audiencia tiene un valor independiente del mérito de la decisión que probablemente pueda ser producida al final de este proceso.

¿Cuándo y por qué los individuos tienen derecho de audiencia? El derecho de audiencia, sostenemos, depende de la afirmación del titular de la existencia de un derecho que esté sujeto a un desafío. El derecho de audiencia por tanto presupone una controversia moral relacionada con la existencia de un derecho anterior. Existen dos tipos de controversias que dan lugar a un derecho de audiencia.⁴⁰ El primero es la controversia relacionada con la justificabilidad de una infracción a un derecho X. En tal caso, el titular del derecho desafía la justificabilidad de una infracción afirmando que la existencia (*prima facie*) de un derecho es un supuesto compartido en la comunidad y que tal derecho ha sido infringido. Aquí, el derecho de audiencia está diseñado para proporcionar al titular de un derecho con una oportunidad para establecer que, contrario a las conjeturas de la persona que tiene el deber de respetar X, la infracción sobre X es injustificada. El segundo tipo de controversia ocurre cuando existe una disputa genuina concerniente a la existencia misma de un derecho X anterior. En este caso, el titular de un derecho desafía la afirmación de que ningún derecho ha sido infringido. Aquí, el derecho de audiencia está diseñado para proporcionar al titular del derecho con una oportunidad para establecer la existencia del mismo. En ambos casos, sostenemos, el derecho de audiencia no depende de la pertinencia de la queja del titular del derecho. Incluso si el titular del derecho está equivocado en su queja, él o ella están legitimados a una audiencia. Permítasenos investigar y examinar cada uno de estos casos.

El primer tipo de controversia ocurre cuando el titular desafía la justificabilidad de una infracción a un derecho. Un derecho es infringido justificadamente cuando es superado por otros intereses o derechos en conflicto.⁴¹

³⁹ Eylon y Harel, "The Right to Judicial Review", *op. cit.*, p. 1002.

⁴⁰ En Eylon y Harel, "The Right to Judicial Review", *op. cit.*, sólo un tipo de controversia fue considerado. Como veremos más adelante, sin embargo, existe un segundo tipo de disputa que también genera un derecho de audiencia.

⁴¹ Para la distinción entre la infracción y la violación de derechos, véase Judith J. Thomson, "Some Ruminations on Rights", *Arizona Law Review*, vol. 19, 1997, pp. 50; y Alon Harel, "Theories of Rights" en Martin Golding y William Edmundson (eds.) *The Blackwell Guide of Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005. Para dudas relacionadas con la pertinencia de la distinción entre infracción y violación, véase, John Oberdiek, "Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and Its Place in the Theory of Rights", *Law and Philosophy*, vol. 23, 2004, pp. 325-345.

Si, en mi camino para una cita para almorzar, tengo que detenerme para salvar a un niño y consecuentemente perder mi cita, el derecho de la persona que esperaba reunirse conmigo ha sido (justificadamente) infringido.

Las infracciones a los derechos pueden dar pie a dos tipos que reclamamos por parte del titular.⁴² Una queja está basada simplemente en la afirmación de que la infracción es injustificada, es decir, es una violación del derecho. La segunda queja, sin embargo, es de naturaleza procedimental. Cuando alguien infringe el derecho de otro, típicamente se encuentra una queja basada no en la convicción de que la infracción es injustificada, sino basada en que la infracción, cuando es justificada, debe hacerse sólo si al titular se le ha proporcionado la oportunidad de expresar sus quejas. Los reclamos que surgen por una promesa incumplida pueden proporcionar ejemplos de tales quejas.* El promisorio de una promesa que ha sido incumplida puede protestar diciendo “usted no tienen ningún derecho a romper su promesa *sin consultarme primero*”. El uso retórico de “tener un derecho” invoca una intuición común de que cuando los derechos de una persona están en cuestión, esta persona está legitimada a expresar sus quejas, solicitar una explicación o desafiar la infracción. Tal derecho no puede ser explicado por la convicción de que respetar la promesa garantiza la protección eficaz de los derechos del promisorio. Incluso bajo circunstancias donde los derechos del promisorio estarían mejor protegidos si no hubiera lugar a ninguna audiencia, se le debe proporcionar al promisorio de la oportunidad de desafiar la decisión del promitente.

Las infracciones a los derechos desencadenan un deber de proporcionar una audiencia. De hecho, algunos teóricos han sostenido que el derecho de audiencia proporciona una “prueba de tornasol” para diferenciar los casos que involucran infracciones de los casos en los cuales ningún derecho *prima facie* existía en primer lugar. Al señalar esto, Phillip Montague sostuvo que:

Si Jones tiene un derecho a A y se prohíbe actuar, entonces al él se le debe al menos una disculpa. Pero si Jones tiene sólo un derecho *prima facie* a A, tal que prohibirle actuar es permisible, entonces quienquiera que le prohíba actuar no tienen ninguna obligación de disculparse. *Sin embargo, casi en todos los casos le debe una explicación.* Y esta obligación a explicar me parece suficiente para distinguir situaciones en las cuales los derechos *prima facie* son infringidos de

⁴² Eylon y Harel, “The Right to Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1002-3.

* *N. de. T.* Para mayor claridad, debe entenderse que los autores se refieren a la promesa como una institución moral en general, no a las promesas en derecho en particular.

situaciones en las cuales no hay ningunos derechos en disputa —ni siquiera derechos *prima facie*—. ⁴³

El derecho de audiencia en casos de disputas relacionadas con la justificabilidad de una infracción depende de la existencia de un derecho previo que esté siendo infringido (ya sea justificada o injustificadamente). Existe así un vínculo importante entre los derechos individuales y el derecho derivado, es decir, el derecho de audiencia. La existencia de un derecho anterior independiente da al titular una participación mayor en ese derecho, incluso cuando el derecho sea justificadamente superado. El titular retiene algún poder sobre la ejecución del derecho incluso cuando el derecho sea justificadamente infringido. El derecho de audiencia se fundamenta en el hecho de que las personas ocupan una posición especial con respecto a sus derechos. Los derechos demarcan un límite que debe ser respetado, una región en la cual el titular es el único amo. La relación de alguien con su derecho, es decir, su dominio sobre tal derecho, no desaparece cuando el derecho es limitado justificadamente. Cuando la infracción al derecho está en disputa, la pregunta de si puede ser justificable infringir ese derecho no es equivalente a la pregunta de si alguien debería tener dominio sobre la cuestión. Una determinación de que el derecho ha sido justificadamente infringido no anula la posición privilegiada del titular del derecho. Por el contrario, su posición privilegiada se hace más concreta al garantizársele al titular un derecho de audiencia. Así, infringir el derecho unilateralmente es erróneo incluso cuando la infracción misma está justificada, porque el titular estaría siendo tratado como alguien que no tiene ninguna incumbencia en la cuestión.

¿En qué consiste el derecho de audiencia desencadenado por la infracción de un derecho previo? En un trabajo previo, uno de nosotros identificó tres componentes del derecho de audiencia: una oportunidad para la víctima de la infracción de expresar su queja (ser escuchado), que se proporcione una explicación a la víctima de la infracción que presenta la queja, y una voluntad basada en principios a respetar el derecho si resulta que la infracción es injustificada. ⁴⁴

Para señalar la importancia de estos componentes, considérese el siguiente ejemplo. Asumamos que A promete a B reunirse con él para almorzar, pero circunstancias inesperadas (por ejemplo, un funeral), afectan los planes de A. El promitente cree que estas circunstancias superan su obli-

⁴³ Phillip Montague, “The Nature of Rights: Some Logical Considerations”, *Nous*, vol. 19, 1985, pp. 368. Véase, además, *Idem*, p. 350.

⁴⁴ Eylon y Harel, “The Right to Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1002-6.

gación de ir a almorzar. Parece que la promesa bajo estas circunstancias merece una “audiencia” (en la medida en que sea prácticamente posible), consistente en tres componentes. Primero, el promitente debe proporcionar al promisario una oportunidad de desafiar la decisión de la ruptura de la promesa. Segundo, él debe estar dispuesto a entablar una deliberación moral significativa, resolviendo las quejas en la luz de las circunstancias particulares. Finalmente, el promitente debe estar dispuesto a reconsiderar la decisión de la ruptura de la promesa.

El primer componente, es decir, el deber de proporcionar al promisario una oportunidad de desafiar su decisión, se explica sólo. Los componentes segundo y tercero requieren clarificaciones adicionales. Para entender la relevancia moral de la voluntad para entablar una deliberación moral significativa, imaginemos lo siguiente. El promitente informa al promisario que algún tiempo en el pasado, él adoptó la regla que en un caso de conflicto entre almuerzos y funerales, él siempre asistiría al funeral. Cuando sea desafiado por el promisario, el promitente recitará los argumentos utilizados en deliberaciones pasadas sin demostrar que esos argumentos justifican la ruptura de esta promesa en las circunstancias actuales, es decir, sin tomar en consideración la promesa actual de ninguna forma. Tal conducta viola el deber del promisario de entablar una deliberación moral significativa.⁴⁵ El deber requiere deliberación concerniente a la justificabilidad de la decisión a la luz de las circunstancias específicas. Esto no ocurre porque la deliberación original que condujo a la formación de las reglas sea necesariamente errónea. Quizá la deliberación anterior que condujo a la formación de la regla fue perfecta, y quizá tal deliberación sobre la regla abstracta e imparcial probablemente genere decisiones más adecuadas que la deliberación que surja de la evaluación de las circunstancias presentes. La obligación de proporcionar una audiencia no es una obligación instrumental diseñada para mejorar la calidad de la toma de decisiones, y consecuentemente, su fuerza no depende de si el respeto a esta obligación probablemente genere mejores decisiones. La obligación de entablar una deliberación moral se le debe al titular del derecho como una cuestión de justicia. El promisario está legitimado a cuestionar y desafiar la decisión porque sus derechos han sido infringidos.

¿Implica esta tesis que las reglas nunca pueden ser utilizadas para responder la queja del titular de un derecho? Si es así, ¿no implica esta propuesta que la misma habilidad para utilizar deliberación basada en reglas,

⁴⁵ El ejemplo es tomado de Eylon y Harel, “The Right to Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1002-3.

y, por tanto, imponer cargas irrealistas sobre la toma de decisiones? Para resolver estas objeciones, algunas clarificaciones adicionales son necesarias. La examinación concreta de lo que se requiere del promitente o algún otro obligado no prohíbe el uso de reglas. El uso de reglas es algunas veces necesario para identificar el alcance y el peso de los derechos de los individuos. Sin embargo, incluso para fundamentar que la regla del tipo “los funerales son más importantes que los almuerzos” deben guiar al promitente, una examinación concreta es necesaria pues en algunos casos la deliberación basada en reglas es impermissible.⁴⁶ Una examinación concreta de la pertenencia de aplicar una regla en el caso concreto siempre es requerida. Algunas veces el alcance y profundidad de la examinación concreta es mínima y consecuentemente impone pocas cargas sobre el encargado de tomar la decisión. En otras ocasiones, el alcance y la profundidad requerido para el tomador de la decisión es extenso.

Por último, nótese la relevancia del tercer componente, es decir la voluntad de reconsiderar la decisión inicial basándose en la convicción de que el derecho puede ser infringido de forma justificada. Para notar esta relevancia, imagínese que el promitente, quién está dispuesto a entablar una la deliberación moral, anuncia (o peor, decide sin anunciar) que su decisión es final. Es evidente que tal promitente viola el derecho a proporcionar una audiencia, incluso si él está dispuesto a proporcionar una oportunidad para que el promisor exprese sus quejas e incluso si el proporciona una explicación. Una audiencia genuina requiere un “corazón abierto”, es decir, una voluntad basada en principios a reconsiderar una decisión a la luz de la deliberación moral. Esto no ocurre porque tal disposición a reconsiderar la decisión genere una mejor decisión de parte del promitente. La reconsideración es requerida incluso cuando no incremente la probabilidad de que la decisión “correcta” sea producida.

Hasta ahora hemos examinado al derecho de audiencia en el primer tipo de controversia sobre los derechos, es decir, controversias que tratan de si una *infracción* dada a un derecho está justificada o no. Cambiemos nuestro foco de atención a un segundo tipo de controversia, es decir, el caso en el cual existe una disputa genuina relacionada con la existencia del derecho en el primer lugar. Para establecer la existencia de un derecho de audiencia en tal caso, permítasenos establecer la fuerza intuitiva de la afirmación mediante un ejemplo. Exploraremos más adelante cual justificación de prin-

⁴⁶ Alon Harel y Assaf Sharon, “What is Really Wrong with Torture”, *International Journal of Criminal Justice*, vol. 6, 2008, pp. 241-259.

cipio puede proporcionarse para la existencia de un derecho de audiencia bajo tales circunstancias.

Considérese el siguiente caso. John le promete a su amiga Susan que en ausencia de razones que lo hagan especialmente inconveniente para él, él la llevará al aeropuerto. El día siguiente, pocas horas antes del tiempo acordado, John tiene un resfriado moderado y le informa a Susan que no la puede llevar. Dada la naturaleza provisional de su promesa, John arguye que Susan no tiene ningún derecho (ni siquiera un derecho *prima facie*) a ser llevada por él al aeropuerto.

Al contrario del caso anterior, la disputa entre Susan y John no es sobre si la promesa ha sido rota justificadamente por circunstancias inesperadas, sino sobre si las condiciones que dan lugar al derecho fueron cumplidas en primer lugar. John sostiene que un resfriado moderado es una “razón especial que hace especialmente inconveniente para él” llevar a Susan al aeropuerto, y, consecuentemente, él cree que Susan no tienen ningún derecho en absoluto a que él la lleve. Susan discrepa. Ella cree que un resfriado moderado no es una “razón que hace especialmente inconveniente” para John llevarla al aeropuerto, y, conscientemente, ella cree tener un derecho a que él la lleve. Parece ser que, sin tener en cuenta quién está en lo correcto, John debe iniciar una deliberación concerniente a la existencia o inexistencia de tal derecho. No hacer eso es un error moral por parte de John, sin tener en cuenta si él está justificado o no en su creencia de que las condiciones de la promesa no fueron satisfechas en este caso. Además, el deber de John de proporcionar una “audiencia” no parece depender de si tal audiencia en realidad conduce a la decisión “justa” o “correcta”. El deber de proporcionar una audiencia por tanto no depende de consideraciones instrumentales.

El derecho de audiencia en tal caso tiene una estructura similar al derecho de audiencia desencadenado por un caso donde la disputa es acerca de la justificabilidad de la infracción. Consiste de los mismos tres componentes. Primero, John debe proporcionar a Susan una oportunidad para desafiar su decisión de quedarse en casa, es decir, una oportunidad para establecer si ella tiene un derecho que él la lleve al aeropuerto. Segundo, John debe estar dispuesto a entablar una deliberación moral significativa que responda la queja de Susan en las circunstancias particulares. Es por tanto erróneo de parte de John utilizar una regla general, es decir una regla que establezca que “cualquier inconveniente físico es una razón especial para infringir tal promesa”, sin examinar la corrección de la regla a la luz de las circunstancias particulares. Finalmente, John debe estar dispuesto a reconsiderar su decisión a la luz de los argumentos proporcionados en el curso de la deliberación moral y actuar consecuentemente con ellos. La disposición genuina

basada en principios de parte de John de reconsiderar su decisión de acuerdo con la deliberación es necesaria para el respeto del derecho de audiencia de Susan.

Este ejemplo puede proporcionar alguna fuerza intuitiva a la afirmación de que un derecho de audiencia aplica no sólo en los casos de una infracción potencial a un derecho existente, sino también en los casos donde existe una disputa genuina y razonable concerniente a la existencia misma de un derecho. Sin embargo, se puede decir que es más difícil explicar el fundamento normativo de un derecho a presentar una queja cuando el mismo derecho que proporciona el fundamento de la queja puede no existir. ¿Cómo puede tal derecho de audiencia ser vindicado cuando, al contrario del caso de la infracción, no descansa en la existencia incontrovertida de un derecho *prima facie* anterior?

Si existe un derecho de audiencia en tal caso, debe estar fundamentado en el estatus especial del titular del derecho. Puede decirse que los titulares de los derechos deben tener la oportunidad de establecer su convicción de que a ellos en realidad se les debe un derecho particular. Privarlos de tal oportunidad (incluso en casos en los cuales ellos sostienen erróneamente que tienen un derecho) es injusto porque tal privación no los respeta como potenciales titulares de derechos. Bajo este argumento, precisamente al igual que un derecho *prima facie* que es justificadamente infringido deja su huella (o residuo moral) en la forma de un derecho de audiencia, también una disputa concerniente a la existencia de un derecho deja su huella en la forma de un derecho de audiencia incluso cuando, después de investigación adicional, se puede concluir que el “derecho” que da lugar a la disputa nunca existió en primer lugar.

Intuiciones de sentido común subyacentes al discurso de los derechos proporcionan fundamentación adicional a la visión de que los derechos están conceptualmente vinculados con un derecho de audiencia. Las teorías de los derechos han estado obsesionadas con el intento de explicar el estatus especial de los titulares de los derechos y en particular de la intuición de que los titulares de los derechos tienen alguna forma de control sobre los mismos. La idea de control es central a las “teorías de la elección” de los derechos, teorías que sostienen que los derechos son elecciones protegidas.⁴⁷ De forma más significativa, de acuerdo con las teorías de la elección, los titulares de los derechos tienen poderes para renunciar a los deberes que otros les deben, a no forzar la aplicación coercitiva de los deberes que sus

⁴⁷ H.L.A. Hart, “Legal Rights”, en *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, New York: Oxford University Press, 1982, pp. 162-193.

derechos generan, o renunciar al derecho a ser compensado en caso de violación. Sin embargo, la forma en que los teóricos de la elección entienden el papel de los titulares de los derechos ha estado sujeta a críticas poderosas.⁴⁸ Nuestra propuesta puede proporcionar una forma alternativa de entender en qué consiste el control de los titulares sobre sus derechos. Bajo esta visión, el control de los titulares de los derechos (o de los pretendidos titulares) les concede a ellos una oportunidad de participar en el razonamiento o deliberación sobre los mismos. La conjetura concerniente a las relaciones conceptuales entre el discurso de los derechos y el derecho de audiencia es especulativa. Sin embargo, sirve para reafirmar el caso establecido independientemente de nuestras discusiones previas.

Se puede decir que parece que el derecho de audiencia no puede ser aplicado a ningún caso de disputa moral concerniente a derechos. Bajo esta objeción parece ser que nuestra afirmación es demasiado exigente en tanto los individuos pueden desencadenar el derecho de audiencia sin tener ninguna razón en absoluto, simplemente afirmando que ellos tienen un derecho. Una persona que alocadamente crea que cada vez que yo tomo mi desayuno estoy violando sus derechos estaría legitimada a una audiencia. El derecho de audiencia —si desea conservar alguna plausibilidad— debe garantizarse de forma más selectiva, es decir, el derecho debe concedérsele sólo a aquellos que presenten demandas razonables o plausibles de derechos.⁴⁹

Discrepamos y sostenemos que el derecho a una audiencia debe ser concedido y sostenido en el caso de cualquier disputa. Es claro que el alcance y la profundidad de una audiencia satisfactoria podrían diferir de caso a caso. En el caso de peticiones locas, simplemente encogerse de hombros constituiría una audiencia satisfactoria. Sin embargo, lo que es distintivo acerca del discurso de los derechos es que las quejas relacionadas con su violación real o imaginada dan lugar a una audiencia. El alcance y la profundidad de la audiencia difieren de acuerdo con la naturaleza de la violación su razonabilidad.

Puede argüirse que en ambos casos discutidos anteriormente (el ejemplo del almuerzo y el ejemplo del aeropuerto) son irrelevantes para la cuestión en disputa. A diferencia del promitente, el Estado está en una posición de autoridad legitimada a través del proceso democrático. Se puede decir que locuciones tales como “usted no tiene ningún derecho” pertenecen al reino de lo interpersonal y el carácter intuitivo del derecho de audiencia está confinado a tales contextos, y que, por tanto, el supuesto derecho de au-

⁴⁸ Harel, “Theories of Rights”, *op. cit.*

⁴⁹ Agradezco a David Enoch por formular esta objeción.

diencia no se extiende a relaciones autoritativas. Esta visión sostendría que al igual que a cualquier comandante militar no se le requiere reconsiderar sus órdenes a la luz de cualquier queja, tampoco debería hacerlo el Estado. No se le puede requerir al Estado que proporcione una audiencia, y una falta de audiencia no compromete la legitimidad del Estado.

Esta no es la forma en la que los teóricos políticos ven las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos. Los teóricos políticos y jurídicos comparten la visión de que el Estado tiene un deber amplio similar a lo que hemos llamado derecho de audiencia. Como Laurence Tribe dijo:

Tanto el derecho a ser escuchado, como el derecho a ser explicado por qué, son analíticamente distintos del derecho a asegurar un resultado diferente; esos derechos a intercambiar [ideas] expresan a la idea elemental de que ser una persona, y no una cosa, es al menos ser consultado acerca de lo que se va a hacer con uno.⁵⁰

Los contornos de nuestra posición favoreciendo al control judicial de la legislación pueden ahora ser discernidos más claramente. Existen dos tipos de casos que, en nuestra visión, justifican el control judicial de la legislación de la legislación. Primero, cuando una persona tiene un derecho y ese derecho es (justificada o injustificadamente) infringido por el legislativo, a esa persona se le debe un derecho de audiencia. Segundo, cuando existe una dispute acerca de si una persona tiene un derecho y el legislativo aprueba legislación de la que, podría decirse, viola el derecho en disputa, al individuo se le debe un derecho de audiencia.⁵¹ En ambos casos, el derecho de audiencia consiste en un deber de parte el Estado de proporcionar al titular del derecho a una oportunidad para desafiar la infracción, una disposición por parte del Estado de entablar una deliberación moral y proporcionar una explicación, y una disposición por parte del Estado a reconsiderar la presunta violación a la luz de esa deliberación. Además, la deliberación moral requerida al Estado no puede consistir en una deliberación abstracta o general —la clase de deliberación que caracteriza al proceso legislativo—. Debe consistir

⁵⁰ Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 1 ed., Mineola, NY, Foundation Press, 1989, p. 503.

⁵¹ La distinción entre los dos tipos de casos es familiar para los constitucionalistas extranjeros. Los Derechos constitucionales canadienses y sudafricanos distinguen claramente entre dos etapas del escrutinio constitucional, análogas a las discutidas aquí. Para la discusión canadiense de este asunto, véase, Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2da edición, Toronto, Carswell, 1985, p. 808. Para la discusión del caso sudafricano, véase, Halton Cheadle; Dennis Davis y Nicholas Haysom, *South African Constitutional Law. The Bill of Rights*, Butterworth South Africa, 2002, p. 296.

en una deliberación particularizada o individualizada que explique la queja particular a la luz de las circunstancias particulares.

El derecho de audiencia no está diseñado para mejorar la toma de decisiones. No estamos ni siquiera comprometidos con la tesis de que garantizar un derecho de audiencia probablemente genere decisiones superiores. La pertinencia de la concepción del derecho de audiencia del control judicial de la legislación no depende de establecer que el control judicial de la legislación congenia más con la protección de derechos que sistemas alternativos, o que garantizar el derecho de audiencia protege mejor a la democracia, la estabilidad, la estructura democrática dual, o incluso si sirve para maximizar la audiencia que se le da a las quejas. Esto es precisamente lo que hace esta posición inmune a las objeciones presentadas contra las visiones instrumentalistas. La única virtud del control judicial de la legislación es el hecho de que constituye la audiencia que se les debe a los ciudadanos como una cuestión de derecho.

Antes de girar nuestra atención al papel de las cortes en la facilitación de una audiencia, permítasenos investigar más este último enunciado. Como fue señalado anteriormente, la pertinencia de la concepción del derecho de audiencia del control judicial de la legislación no depende de demostrar que una audiencia congenia más con la protección de ningún valor sustantivo que cualquier sistema alternativo. Pero la concepción del derecho de audiencia del control judicial de la legislación no es completamente insensible a la calidad de las decisiones judiciales. La concepción del derecho de audiencia del control judicial de la legislación presupone que las quejas individuales sean seriamente consideradas y evaluadas, y que las instituciones diseñadas para investigar esas quejas estén comprometidas de buena fe y que exista deliberación moral seria. Mientras que la concepción basada en el derecho de audiencia del control judicial de la legislación rechaza la tesis instrumentalista de que el control judicial de la legislación está justificado sólo en la medida en que “maximice” la probabilidad de generar decisiones “correctas” o “justas”, o promover metas constitucionales, esta concepción sigue sosteniendo que las cortes deben entablar una deliberación de buena fe para respetar este derecho. Es inconcebible que tal deliberación de buena fe fracase en proteger los derechos de una forma adecuada.

3. El derecho de audiencia y el proceso judicial

Hasta ahora hemos establecido que los individuos tienen un derecho de audiencia. Tal derecho entra a jugar un papel cuando (otros) derechos han

sido infringidos (justificada o injustificadamente) o cuando la misma existencia de (otros) derechos sea disputada (justificada o injustificadamente). Es momento de explorar las relaciones exactas entre el derecho de audiencia y el control judicial de la legislación. ¿En qué formas, si existen algunas, puede un derecho de audiencia justificar el control judicial de la legislación? ¿No podemos atrincherar procedimientos de “control legislativo de constitucionalidad” o control no judicial que sean superiores o, al menos, adecuadas para proteger el derecho de audiencia? Esta posibilidad puede ser considerada como un desafío a la distinción fundamental esbozada anteriormente en este escrito entre las justificaciones instrumentalistas y no instrumentalistas a favor del control judicial de la legislación. Bajo esta objeción, el intento para reemplazar la justificación instrumentalista a favor del control judicial de la legislación fundada en objetivos extrínsecos (tales como la protección de los derechos o la participación, o mantener la estabilidad y la coherencia) por justificaciones no instrumentalistas (basadas en el derecho de audiencia) fracasan porque no existe nada intrínsecamente judicial en el proceso diseñado para proteger a una audiencia. Dicho de otra forma, bajo esta objeción el esquema institucional diseñado para proteger el derecho de audiencia podría en sí mismo ser conceptualizado como uno instrumentalista. Tal aproximación instrumentalista al derecho de audiencia sostendría que la Constitución está diseñada para proteger o promover la audiencia y que la institución que debe ser asignada con la tarea de revisar la legislación debe ser una institución que facilite o maximice el respeto por el derecho de audiencia. Se podría decir que, incluso si resulta que tal institución son las cortes, no implica que *necesariamente* deban ser instituciones judiciales. Así, el control judicial de la legislación siempre está sujeto al desafío instrumentalista de que no es el mejor mecanismo institucional para facilitar la audiencia. De acuerdo con esta objeción, no existe ninguna diferencia fundamental estructural entre las justificaciones instrumentalistas descritas y criticadas en la sección II (que sostienen que el control judicial de la legislación está diseñado para proteger derechos substantivos, la democracia o la estabilidad) y las justificaciones basadas en el derecho de audiencia (que sostienen que el control judicial de la legislación está diseñado para proteger el derecho de audiencia, o maximizar la audiencia de las quejas, etc.).

Para demostrar nuestra afirmación de que el derecho de audiencia proporciona una justificación no instrumentalista a favor del control judicial de la legislación, necesitamos establecer que el procedimiento judicial no es simplemente un instrumento para proporcionar una audiencia. De hecho esos procedimientos *constituyen* la audiencia. Existe una afinidad especial entre la deliberación judicial y el derecho de audiencia tal que establecer los

procedimientos judiciales es equivalente a proteger el derecho de audiencia. Para defender esta afirmación, debemos mostrar que (a) las cortes están especialmente diseñadas para conducir una audiencia, y (b) que otras instituciones puedan conducir una audiencia, sólo ocurren porque ellas operan de una forma judicial. Operar en una forma judicial es (como cuestión de verdad conceptual) una forma de respetar el derecho de audiencia. Si estas observaciones son correctas, la teoría del derecho de audiencia del control judicial de la legislación difiere de forma fundamental de las demás debido a que su pertinencia no depende de conjeturas empíricas.

La primera tarea, es decir, demostrar que las cortes están especialmente equipadas para facilitar la audiencia, requiere mirar a los procedimientos que caracterizan a las cortes. Parece incontrovertido (en la medida que algo pueda ser incontrovertible) que las cortes están diseñadas para responder a las quejas individuales. Esto no es una característica única al litigio constitucional. Caracteriza tanto el litigio civil y penal, y es considerado como una característica misma del proceso judicial como tal.⁵² La forma judicial de evaluar quejas individuales se compone de tres componentes. Primero, el proceso judicial proporciona una oportunidad para que un individuo presente una queja y desafíe una decisión.⁵³ Segundo, impone un deber de parte del Estado (o de otras entidades) de proporcionar una justificación razonada para la decisión que da lugar al desafío.⁵⁴ Por último, el proceso judicial involucra, al menos idealmente, una reconsideración genuina de la decisión que da pie al desafío, lo cual en últimas puede conducir a una reconsideración de la decisión inicial que dio lugar a la queja.⁵⁵ Si puede demostrar que el control judicial de la legislación está justificado con base en esas características procedimentales, se deriva que las cortes son particularmente adecuadas para la realización de tal control.

⁵² Bieckel, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 173; Donald Horowitz, "The Judiciary: Umpire or Empire", *Law and Human Behaviour*, vol. 6, 1982, p. 131; Richard Fallon, "Reflection on the Hart and Wechsler Paradigm," *Vanderbilt Law Review*, vol. 47, 1994, pp. 953-991.

⁵³ Esto por supuesto está implicado en la Cláusula de Debido Proceso [de la Constitución de los Estados Unidos]. Véase, *Mullane v. Hanover Central Bank & Trust Co.* 339 US 306, 313 (1950); *Boddie v. Connecticut* 401 U.S. 371, 377 (1971).

⁵⁴ El deber de proporcionar una decisión razonada es una parte esencial del proceso judicial. Véase, David Shapiro, "In Defense of Judicial Candor", *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, pp. 731-750; Fallon, "Reflection on the Hart and Wechsler Paradigm," *op. cit.*, p. 966; Scott Idleman, "A Prudential Theory of Judicial Candor", *Texas Law Review*, vol. 73, 1995, p. 1309.

⁵⁵ Herbert Weschler, "Towards Neutral Principles of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, p. 19; Steven Burton, *Judging in Good Faith*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 36-7.

Para fundamentar esta afirmación, considérese la naturaleza del fracaso de parte de una corte para proteger el derecho de audiencia. Tal fracaso es diferente del fracaso de parte de la corte de generar una decisión justa o correcta. Este último fracaso implica que las cortes son falibles, pero no desafía su estatus como cortes. En contraste, el primer fracaso, es decir, el fracaso en proteger el derecho de audiencia, es un fracaso de parte de las cortes de hacer aquello para lo cual las cortes están especialmente diseñadas; es un fracaso de actuar judicialmente, es, en resumen, un fracaso para funcionar como una corte. Parece evidente por tanto que las cortes están especialmente equipadas para proteger el derecho de audiencia.

La segunda tarea, es decir, establecer que, como una cuestión conceptual, otras instituciones conducen una audiencia sólo en la medida en que ellas actúan en una forma judicial, es quizá una tarea más complicada.

La justificación basada en el derecho de audiencia del control judicial de la legislación requiere solamente una garantía de que las quejas sean examinadas *de ciertas formas y utilizando ciertos procedimientos y modos de razonamiento*, pero no nos dice nada sobre la identidad de la institución encargada de la realización de la tarea. Así, en principio, el derecho de audiencia puede ser protegido por cualquier institución, incluyendo quizá el órgano legislativo.

Sin importar cuál fuera la institución que realice esta tarea, tal institución inevitablemente utilizaría procesos que son indistinguibles de aquellos utilizados por las cortes. Hemos argüido previamente en esta sección que las cortes están diseñadas para investigar las quejas individuales, y que tal investigación es crucial para proteger el derecho a una audiencia. Esta pertinencia de las cortes, sin embargo, no es accidental, es una característica esencial de proceso judicial. Las cortes les proporcionan a los individuos una oportunidad para quejarse de lo que ellos perciben como violaciones de sus derechos, las cortes también se dedican a la deliberación moral y proporcionan una explicación para la supuesta violación, y, por último, las cortes reconsideran la presunta violación a la luz de la deliberación. Las instituciones que desarrollan modos similares de operación —modos que son apropiados para proteger el derecho de audiencia— por tanto inevitablemente se vuelven instituciones que operan de una forma judicial. Entre más efectivas sean esas instituciones en la facilitación de la audiencia, más se parecerán esas instituciones a las cortes. La justificación de derecho de audiencia para el control judicial de la legislación no sólo necesita establecer que *alguna* institución diseñada para respetar este derecho, sino también debe establecer que la afirmación que *la* institución diseñada para conducir la audiencia opera en forma similar a las cortes y que los procedimientos,

modos de razonamiento y modos de operación de tal institución se parecen a aquellos de las cortes.

Hasta ahora hemos establecido que el derecho de audiencia justifica el control judicial de la legislación. Sin embargo, debemos sostener que esta visión también fundamenta la supremacía judicial. La supremacía judicial, como algo diferente del control judicial de la legislación, sostiene que las cortes no sólo resuelven una disputa relacionada con los litigantes directamente frente a ellos, sino que también interpretan autoritativamente el significado constitucional.⁵⁶ La supremacía judicial por tanto requiere deferencia por parte de los otros funcionarios del gobierno a los dictados constitucionales de las cortes, no sólo con respecto al caso en particular, sino también con respecto de la validez de las normas jurídicas.

Podría decirse que la justificación del derecho de audiencia del control judicial de la legislación no puede justificar la supremacía judicial. Cuando más, puede justificar que las cortes (o cualquier otra institución diseñada para proteger el derecho de audiencia) tomen decisiones particulares y concretas que se apliquen al caso en cuestión. El derecho de audiencia simplemente dicta que se les dé una oportunidad para expresar sus quejas a aquellas *personas cuyos derechos están en disputa*, que se les proporcione a ellos una explicación que responda *sus* quejas, y que la supuesta violación *en sus casos* sea reconsiderada a la luz de la audiencia. Pero, ¿debería tal decisión conllevar un valor normativo adicional? ¿Por qué debería establecer un precedente para otros casos o conllevar cualquier otro peso normativo?

Dicho de forma estricta, el derecho de audiencia puede sólo justificar que las cortes reconsideren las preocupaciones presentadas por una persona cuyos derechos pueden haber sido infringidos y que desea desafiar la supuesta infracción. Podemos denominar al sistema que satisface tales condiciones un “control específico al caso”. El sistema romano antiguo es un ejemplo de tal sistema. Bajo al Derecho Romano, los tribunos tenían el poder de veto —es decir, de prohibir un acto de cualquier magistrado que imponga injustamente cargas a cualquier individuo— pero no podrían invalidar a la legislación que generaba el acto violatorio.⁵⁷

⁵⁶ Véase nota al pie 9.

⁵⁷ H.F. Jolowicz y Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, 3ra ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1972, p. 12. En alguna medida, éste es el sistema que prevalece en los Estados Unidos. La mayor parte de los desafíos constitucionales en los Estados Unidos son desafíos “*as applied*”. Véase, *Gonzales v. Carhart* 550 U.S. 1, 38 (2007). [*N. de. T.* En el derecho constitucional de los Estados Unidos, hay dos tipos de desafíos constitucionales: por un lado, se denomina “*facial challenges*” o desafíos “*faciales*” a cuando el demandante manifiesta que la legislación es inconstitucional en todos los casos y por tanto

Sin embargo, es fácil ver las deficiencias de tal sistema. Existen razones convincentes que explican por qué las decisiones producidas por las cortes deberían tener ramificaciones normativas que se extiendan más allá del caso en cuestión. Una ojeada a la inmensa literatura concerniente a los precedentes nos proporciona una gran variedad de tales argumentos. Consideraciones de certeza, predictibilidad, coordinación, etc. proporcionan razones independientes para otorgar a las decisiones de las cortes una aplicación más amplia y normativamente extendida.⁵⁸ Razones convincentes apoyan la conjetura de que las decisiones judiciales tienen repercusiones normativas que se extienden más allá de las quejas particulares consideradas por las cortes. La fuerza normativa que tales decisiones conllevan puede ser controversial. Pero, es evidente que las decisiones judiciales particulares deben tener alguna fuerza normativa que se extienda más allá de los casos particulares en cuestión.

Para resumir, hemos sostenido que el derecho a una audiencia puede justificar el control judicial de la legislación. El derecho de audiencia requiere el establecimiento de instituciones que sean capaces de seguir ciertos procedimientos y conducir ciertas formas de razonamiento diseñadas para proteger el derecho a tener una audiencia. Las instituciones que son diseñadas para proteger el derecho de audiencia son solamente las cortes y las instituciones similares a las cortes –instituciones que operan de una forma judicial–. Nuestra tesis justifica conceder a las cortes (o a cualquier institución capaz de conducir una audiencia) poderes para examinar o reconsiderar quejas presentadas por los individuos concernientes a sus derechos. Nuestra propuesta no explica directamente la fuerza de precedente

nula. Por otro lado, se denomina un “*as applied challenge*”, a aquellos donde el demandante alega que una aplicación particular de la ley es inconstitucional.] Cuando la corte aplica un remedio *as applied*, declara que el estatuto mismo (o parte de él) es inconstitucional con respecto a todos los litigantes. Este fallo es vinculante para las partes en litigio. En contraste, cuando una corte emite un remedio “facial”, declara que el estatuto mismo (o parte de él) es inconstitucional con respecto a todos los litigantes. La diferencia práctica entre los dos remedios es clara desde la perspectiva de los litigantes futuros. Si una ley es anulada *as applied* a un conjunto particular de circunstancias, un litigante futuro siempre tendrá que argüir que ellos también están bajo las mismas o similares circunstancias, y una corte tendrá que aceptar el argumento, y declarar que la ley es inconstitucional con respecto al nuevo litigante. Si, por el otro lado, una norma es derogada “facialmente”, esto sería innecesario, y todos los actores políticos y jurídicos, particularmente los litigantes, pueden ignorar la ley inconstitucional o parte de ella. Aunque no se trata de conceptos totalmente equivalentes, hay alguna similitud en esta idea entre una acción de constitucionalidad y el desafío facial, y la excepción de inconstitucionalidad y el desafío “*as applied*”].

⁵⁸ Gerald Postema, “Some Roots of Our Notion of Precedent” en Laurecen Goldstein (ed.) *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, pp. 9-33.

de tales decisiones. Sin embargo, dado que las cortes tienen (o deben tener) los poderes necesarios para proteger el derecho de audiencia, sus decisiones deben tener ramificaciones que se extiendan más allá de los casos particulares considerados por ellos. La extensión de nuestra visión es necesaria para justificar el entendimiento convencional de la supremacía judicial. Esto es lo que hace nuestra explicación simplemente un argumento central a favor del control judicial de la legislación. Demostrar el argumento para un control judicial de la legislación mínimo (es decir, específico a los casos) proporciona los fundamentos para la afirmación más robusta y amplia de la supremacía judicial. Nos atrevemos a añadir a este punto que el fracaso de las teorías tradicionales puede ser atribuido a su ambición demasiado grande de desarrollar una teoría única que pueda justificar al mismo tiempo el control judicial de la legislación específico al caso y la supremacía judicial. Nuestra propuesta es modesta, dado que simplemente busca establecer el argumento a favor del control judicial de la legislación específico a los casos. Sin embargo, este argumento modesto tiene un potencial mayor del que parece a simple vista.

IV. CONCLUSIÓN

Este artículo desarrolla al mismo tiempo un argumento negativo y un argumento positivo relacionado con el control judicial de la legislación. La parte II establece el argumento negativo. Se arguye que las justificaciones tradicionales a favor del control judicial de la legislación enfrentan graves dificultades y que estas dificultades son atribuibles a su naturaleza instrumental. La parte III desarrolla una propuesta positiva para defender el control judicial de la legislación sobre fundamentos no instrumentales. Al buscar una justificación no instrumental, establecemos que el control judicial de la legislación debe ser entendido como la encarnación institucional del derecho de audiencia. Por tanto, como una cuestión conceptual, es el proceso judicial y sólo el proceso judicial el que respeta el derecho de audiencia.

Nuestra propuesta constituye una nivelación del campo de juego. Los críticos del control judicial de la legislación a menudo utilizan argumentos instrumentalistas (relacionados con la calidad superior de las decisiones legislativas sobre las decisiones judiciales) y no instrumentalistas (relacionados con el valor de la participación democrática) por igual. Los defensores del control judicial de la legislación se basan sólo en argumentos instrumentalistas que enfocan su atención en la (supuesta) superioridad del razonamiento y deliberación judiciales, y en el buen espíritu público de los jueces como lo

opuesto a las presiones populistas que gobiernan al legislativo. Nuestra posición añade un argumento no instrumentalista al arsenal de argumentos que favorecen el control judicial de la legislación, uno que, debido a tal naturaleza, es inmune a muchas de las objeciones presentadas contra el control judicial de la legislación. Los defensores del control judicial de la legislación pueden por tanto descansar seguros de que el argumento a favor del control judicial de la legislación no depende de conjeturas empíricas especulativas.

TERCERA PARTE

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO XIII

ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN: LA CLÁUSULA DEL ADULTERIO EN LOS DIEZ MANDAMIENTOS

Sanford LEVINSON*

Como alguien que ha estado interesado por largo tiempo en los paralelos entre la “religión civil”¹ y la sectaria, por muchos años he presentado mi curso de derecho constitucional de primer año con el siguiente ejercicio hipotético. Ha probado ser útil en ayudar a los estudiantes a comprender los tipos de problemas interpretativos que suscita el análisis del texto constitucional.

Considere el siguiente problema:

En 1970, un grupo de ciudadanos preocupados por lo que consideraban como la corrupción de la vida estadounidense, se reunieron para reflexionar sobre lo que podría hacerse. Durante el curso de la discusión, uno de los conferencistas electrificó a la audiencia con el siguiente comentario:

“La cura de nuestras enfermedades es un retorno a la antigua religión y la mejor guía continúa siendo los Diez Mandamientos. Cada vez que me siento desconcertado sobre lo que debo hacer, regreso a los mandamientos por la respuesta, nunca me decepciono. Algunas veces, no me gusta inmediatamente lo que descubro, pero entonces pienso más acerca del problema y me doy cuenta qué tan limitada es mi perspectiva comparada con aquella del redactor de esas grandiosas palabras. De hecho, lo que es necesario, para cualquiera, es obedecer a los Diez Mandamientos y todos nuestros problemas serán resueltos”.²

* Publicado como “On Interpretation: The Adultery Clause of the Ten Commandments”, *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, pp. 719. Se traduce con autorización de Sanford Levison y Southern California University. Traducción de Andrés Molina Ochoa

¹ Sanford Levinson, “‘The Constitution’ in American Civil Religion,” *The Supreme Court Review* 1979 (1979): 123–151.

² Confróntese con la declaración del presidente Ronald Regan. Ver: “Press Conference,” *New York Times*, February 21, 1985: “He encontrado que la Biblia contiene una res-

En pocas horas, el siguiente plan fue diseñado: Como parte del esfuerzo para fomentar la “antigua religión” de los Diez Mandamientos, a varios jóvenes se les pediría que, al llegar a los dieciocho años, jurasen, “obedecer, proteger, apoyar y defender los Diez Mandamientos,” en todas sus acciones. Si la persona cumplía con el juramento por diecisiete años, él o ella recibirán un premio de diez mil dólares en su cumpleaños treinta y cinco.

La Fundación para los Diez Mandamientos fue financiada por los miembros de la convención de 1970, más ingresos de una campaña nacional para contribuciones. El conferencista citado aportó veinte millones, treinta millones adicionales fueron recogidos, quince millones de la convención y quince millones de la campaña nacional. El interés generado por los cincuenta millones era de aproximadamente 6 millones por año. Cada año desde 1970, quinientas personas han tomado el juramento. *Usted* es nombrado como único administrador de la Fundación y su más importante deber es determinar si quienes juramentaron han cumplido con sus votos y, por tanto, tienen derecho a los diez mil dólares.

Es 1987 y el primero de los reclamantes se presenta ante usted.

(1.) El reclamante *A* es un hombre casado. Aunque admite libremente que ha tenido relaciones sexuales con mujeres diferentes a su esposa durante el matrimonio, él le recuerda el hecho de que el “adulterio” en la época de la Israel bíblica se refería sólo a las relaciones voluntarias entre una mujer casada y un hombre que no fuera su marido. Él específicamente le menciona el siguiente pasaje del artículo sobre *Adulterio* de la *Enciclopedia Judía*:

Las relaciones extramaritales de un hombre no son *per se* un crimen en el derecho bíblico o posterior. Esta distinción viene de los aspectos económicos del matrimonio israelita: La esposa como la posesión del marido... El adulterio constituía una violación del derecho exclusivo del hombre sobre ella. La esposa, como posesión de su marido, no tenía derecho sobre él.

A ha tenido mucho cuidado en asegurarse que todas sus compañeras eran solteras y, por tanto, reclama haber sido fiel a la interpretación original de los Diez Mandamientos. Para él, es irrelevante como podamos definir el adulterio hoy. Su juramento era cumplir con los Diez Mandamientos. Él asegura que así lo hizo (Se ha estipulado que *A*, como todos los otros reclamantes, han cumplido con todos los otros mandamientos, la única duda es respecto al cumplimiento del mandamiento en contra del adulterio).

puesta a casi todo y cada problema que enfrentamos, y me pregunto algunas veces por qué no hemos reconocidos que un Libro podría resolver muchos problemas por nosotros.”

Luego de una mayor investigación, usted descubre que una explicación línea por línea de los Diez Mandamientos no fue proferida en 1970, cuando *A* hizo su juramento. Sin embargo, dice *A*, cada vez que una duda le surgió sobre lo que los Diez Mandamientos requieren, hizo intentos concienzudos para investigar sobre el tema en particular. Igual que usted (asumimos), él se sorprendió con los resultados de su investigación, pero un estudio más a fondo indicó que todas las autoridades estaban de acuerdo con los académicos que escribieron la *Enciclopedia Judía* respecto a la interpretación original del Mandamiento.

(2.) La reclamante *B* es la esposa de *A*, quien admite que ella ha tenido relaciones extramaritales con otros hombres. Ella advierte, sin embargo, que esas relaciones se llevaron a cabo con el consentimiento de su esposo. En respuesta al hecho de haber indudablemente violado la antigua interpretación de “adulterio,” afirmó que esa interpretación está fatalmente obsoleta:

a. Es injusto distinguir entre los derechos sexuales de los hombres y las mujeres. Que los israelitas fueran escandalosamente machistas no es aval para que usted mantenga la discriminación.

b. Aún más, la razón para la diferenciación, como se ha notado, era la percepción de que la esposa era una propiedad. Esta noción repugnante ha sido adecuadamente refutada por todos los pensadores racionales, incluyendo las ramas más importantes de las tradiciones religiosas judeo-cristianas históricamente vinculadas con los Diez Mandamientos.

c. Además, ella argumenta que la prohibición moderna del adulterio es defendible en la medida en que se fundamente en el ideal de desincentivar el engaño y la traición a las promesas de fidelidad sexual. No obstante, estos factores negativos declarados no están presentes en su caso, porque ella había informado escrupulosamente a su marido y recibido su consentimiento, tal como lo estipula su contrato de matrimonio, en el que se resaltan los términos de “matrimonio abierto.”

(A propósito, resultó que *A* no había informado a su esposa de al menos uno de sus encuentros sexuales. Aunque libremente admitió que esto constituye una violación al contrato que celebró con *B*, él sin embargo respondió con su argumento básico sobre la interpretación original, la cual vuelve “irrelevante al consentimiento.”)

(3.) *C*, un hombre (¿Es esto relevante?), es el partícipe de un matrimonio bigamo. *C* no ha tenido encuentros sexuales con alguien distinto a sus dos esposas. (Él también señala que la bigamia era claramente tolerada tanto en el Israel pre-, como en el post-Sinaí y, de hecho, era aceptada entre la

comunidad yemenita de Judíos, hasta bien entrado el siglo XX. También es aceptada en una gran variedad de culturas en el mundo.)

(4.) *D*, un cristiano practicante, admite que en ocasiones ha deseado a mujeres que no son su esposa. (De hecho, él también confiesa que fue luego de mucha reflexión que decidió no consumir sexualmente una relación con una compañera de trabajo, de quien piensa que, “quizás ame”, y a quien le ha tomado la mano). Usted está familiarizado con las palabras de Cristo en Mateo 5, 28: “Quienquiera que desee a una mujer, él ya ha cometido adulterio con ella en su corazón” (¿Sería importante para usted que *D* fuera la esposa, quien hubiera deseado a otros hombres?)

(5.) Finalmente, el reclamante *E* nunca ha deseado a otra mujer desde su matrimonio, el mismo día que tomó el juramento. Él admite, sin embargo, que en ocasiones fantasea con su mujer. *E*, un católico, queda estupefacto cuando se entera que el Papa Juan Pablo II afirmó que, “El adulterio en el corazón se comete no sólo cuando usted mira con concupiscencia a una mujer que no es su esposa, sino también si mira de igual forma a su esposa.”* La racionalidad del Papa, aparentemente, es que todo deseo, aun cuando está dirigido hacia una esposa, deshumaniza y reduce a la otra persona a “un objeto erótico.”

¿Cuál de los reclamantes, si alguno, debería quedarse con los diez mil dólares? (Recuerde que *todos* pueden recibir el dinero, si usted decide que ellos han cumplido con sus juramentos) ¿Cuál es su deber como administrador al determinar su respuesta a esta pregunta?

Especialmente, ¿es su deber decidir cuál es la mejor *única* interpretación de “adulterio”, en lo relacionado con los Diez Mandamientos, y luego concordar la conducta con esa interpretación? Si ese es su deber, ¿Cómo llegaría usted a esa interpretación? Usted puede objetar el énfasis que se está poniendo en que *Usted* decida. Puede, por el contrario, desear argumentar que alguien más, bien sea una persona diferente o una institución autoritativa, tiene la capacidad de decidir, y la función suya es sólo hacer cumplir esa interpretación. Este argumento es desde luego posible ¿A quién, sin embargo, buscaría usted para tal resolución autoritativa?

¿Es posible que su deber, en lugar de buscar la mejor *única* definición de adulterio, sea más bien evaluar qué tan plausibles son las diferentes demandas puestas en frente suyo? Es decir, ¿Hay varias respuestas aceptables a la pregunta de qué constituye adulterio? ¿Es suficiente con que encuentre un argumento plausible, aunque personalmente lo rechaza como definitiva-

* Nota del editor. Véase, Juan Pablo II, *La Redención del Corazón. Catequesis sobre la pureza cristiana*, Ed. Palabra, Madrid, 1996, en especial, p. 132.

mente erróneo? Es decir, puede que *usted* no se hubiera comportado como lo hizo cierto reclamante, considerando la interpretación *suya* de “adulterio,” pero ¿Se traduce esto automáticamente en un rechazo legítimo de la pretensión de alguien más de haber permanecido fiel al Mandamiento?

¿Es relevante la “sinceridad” o “buena fe” con la que se hace un argumento? ¿Sería diferente para usted, en el caso de *A*, si él hubiera investigado la interpretación original del Mandamiento *luego* de haber participado en sus aventuras? ¿Debería usted otorgar el premio a *A*, aun si él hubiera aprendido acerca del Israel antiguo sólo una semana antes, luego de consultar al mejor abogado en la ciudad, quien recibirá como honorarios condicionales un cuarto de los diez mil dólares?

Digamos que usted le niega los diez mil dólares a *A*, *B* y *D*, quienes de inmediato corren a la corte más cercana y lo demandan en su calidad de Administrador. Ellos afirman que usted ha violado su deber de aplicar de buena fe los términos del contrato de la Fundación con quienes tomaron el juramento. Puede asumir además que no hay problemas relacionados con el contrato innominado: La Corte determina que el contrato es ejecutable por el juramento y se generó un perjuicio a la buena fe y confianza de quienes tomaron el juramento basados en la promesa de la Fundación de premiarlos con dinero a cambio de la conducta esperada. *D* testifica, por ejemplo, que una razón para la dolorosa decisión de no consumir su amorío, fue que su familia necesitaba los diez mil dólares. La única pregunta para la Corte, por tanto, es quién incumplió el contrato, los reclamantes o usted.

¿Qué preguntas debería la Corte responder para tomar su decisión? ¿De qué forma, si en algo, difieren ellas de las preguntas que usted ha hecho como Administrador? ¿Es tarea de la Corte determinar si usted “acertó” con respecto a lo que “adulterio” significa, o es suficiente que usted intentara cumplir sus deberes de forma consciente y que las opiniones suyas fueran plausibles, aun si la Corte pudiera estar en desacuerdo con usted? Si usted elige la última alternativa, considere la siguiente (posible) paradoja: Si la posición que *usted* sostiene no debe ser revocada por que se basó en que usted creía de buena fe que era una opinión plausible, independientemente de si la Corte está de acuerdo o no, ¿Cómo se podría justificar no aplicar un test similar en lo relacionado con los reclamantes?

¿Se resuelve la paradoja por su deseo de alegar que las opiniones planteadas por *A*, *B*, y *D* son *necesariamente* implausibles y (¿por lo tanto?) incapaces de ser defendidas con buena fe (i.e. ninguna persona racional podría aceptar los puntos de vista de los tres reclamantes)? El “(¿Por lo tanto?)” debería darle alguna pista acerca del nexo, si existe, entre la plausibilidad intelectual, la cual es presumiblemente establecida por referencia a algún tipo

de estándar externo, y la buena fe, la cual comúnmente se refiere a estados subjetivos de la mente y la sinceridad con la que las opiniones son mantenidas. Si usted buscó el verdadero significado y pensó que debía mantenerlo porque lo descubrió, ¿Por qué no debería la Corte desestimar la posición suya, si ella en última instancia llega a un diferente “verdadero significado?”

Al reflexionar sobre el problema de la interpretación, usted puede desear considerar los siguientes comentarios, algunos de los cuales son tomados de una mayor lista de citas instructivas sobre el “derecho” encontradas en el *Nuevo Diccionario de Citas* de H. L. Mencken.³

1. “Sería mejor que las leyes fueran creadas de tal forma que dejaran la menor posible decisión para aquellos que juzgan.”⁴
2. “Estamos bajo una constitución, pero la Constitución es lo que los jueces digan que es.”⁵
3. “Que todas las leyes sean claras, uniformes y precisas: interpretar las leyes es, casi siempre, corromperlas.”⁶
4. “Interpretar una pieza [de música] es efectuar su retrato, lo que demandando es la realización de la pieza misma y no de su retrato.”⁷
5. “[E]l proceso de leer no es adormecimiento, sino, en su más elevado sentido, un ejercicio, una lucha gimnástica... El lector va a hacer algo por sí mismo, debe estar alerta, debe él o ella construir por sí mismo el poema, el argumento, la historia, el ensayo metafísico—el texto suministrado por los indicios, las claves, el inicio o la estructura. No es que el libro necesite mucho para ser la cosa completa, pero el lector del libro lo hace. Los que pensaban crear una nación de mentes flexibles y atléticas, bien entrenadas, intuitivas, solían depender de ellos mismos y no de unas pocas camarillas de escritores.”⁸
6. “Las leyes son hechas para los hombres de común entendimiento y deberían, por tanto, ser interpretadas con las reglas ordinarias del

³ H. L. Mencken and Rouben Mamoulian Collection (Library of Congress), *A New Dictionary of Quotations on Historical Principles from Ancient and Modern Sources*, (New York: A. A. Knopf, 1942), pp. 654–662.

⁴ Tomado de la *Retórica* de Aristóteles (circa 322 B.C.), citado por Ibid., 655.

⁵ Charles Evans Hughes, discurso en Elmira, Nueva York, 3 de marzo de 1907.

⁶ Voltaire, *Diccionario Filosófico* (1764), citado por Mencken and Rouben Mamoulian Collection (Library of Congress), *A New Dictionary of Quotations on Historical Principles from Ancient and Modern Sources*, 658.

⁷ Igor Stravinsky, Programa, Festival Stravinsky, London Symphony Orchestra 41 (1979).

⁸ Walt Whitman, “Democratic Vistas,” in *Complete Poetry and Collected Prose* (New York, N.Y.: Literary Classics of the United States : Distributed by Viking Press, 1982), 992–993.

sentido común. Su significado no debería buscarse en sutilezas metafísicas, las cuales pueden hacer que cualquier cosa signifique todo o nada, según se desee.”⁹

7. “Y tal confianza tenemos mediante Cristo para con Dios; no que seamos competentes por nosotros mismos para pensar algo como de nosotros mismos, sino que nuestra competencia proviene de Dios, el cual asimismo nos hizo ministros competentes de un nuevo pacto, no de la letra, sino del espíritu; porque la letra mata, más el espíritu vivifica.”¹⁰
8. “No pretendo avanzar ninguna posición propia, sino sólo mostrar cuáles son las consecuencias para mí deducibles de los principios de la política cristiana, (los cuales son las Sagradas Escrituras), en la confirmación del poder de los soberanos civiles y la obligación de sus súbditos. En los alegatos sobre las escrituras, me he esforzado por evitar los textos que sean de oscura o controvertida interpretación, y no hacer alegatos sobre ninguno, sino en tal sentido que sea sencillo y conforme con la armonía y alcance de toda la Biblia... Porque no son las simples palabras, sino el ámbito del escritor el que da la verdadera luz por la que cualquier escrito debe ser interpretado. Y aquellos que insisten sobre textos individuales, sin consultar el diseño principal, no pueden encontrar claramente nada en ellos, hacen todo más oscuro de lo que es, un ordinario artificio de quienes no buscan la verdad, sino su propia ventaja.”¹¹
9. “Si las palabras tuvieran referentes absolutos y constantes, sería posible descubrir la intención contractual en las palabras mismas y en la manera en la que ellas están organizadas. Las palabras, sin embargo, no tienen referentes absolutos y constantes... El significado de las palabras particulares o grupos de palabras varía con el... contexto verbal y las circunstancias y propósitos que las rodean, en vista de la educación y experiencias de sus usuarios y quien las escucha o lee (no excluyendo a los jueces)... Una palabra no tiene un significado

⁹ Carta de Thomas Jefferson al Magistrado William Johnson, citada en Mencken and Rouben Mamoulian Collection (Library of Congress), *A New Dictionary of Quotations on Historical Principles from Ancient and Modern Sources*, 660.

Mencken and Rouben Mamoulian Collection (Library of Congress), *A New Dictionary of Quotations on Historical Principles from Ancient and Modern Sources*, 660.

¹⁰ King James Bible, *King James Bible* (Cambridge [Eng.]: Proquest LLC, 1996), 2 Cor, 3:4-6. Nota del editor: Esta traducción cita la traducción Reina Valera 1960.

¹¹ Thomas Hobbes, *Leviathan; or, The Matter, Forme and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, (Oxford: B. Blackwell, 1960), 395-396.

separado de esos factores, mucho menos tiene un significado objetivo o verdadero.”¹²

- 10 “Con un documento numinoso como la Constitución o la Biblia, los principios y métodos de una correcta interpretación son tan importantes como problemáticos.”¹³

BIBLIOGRAFÍA

- HIRSCH, E. D. *The Aims of Interpretation*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- HOBBS, Thomas, and Michael Joseph Oakshott. *Leviathan; or, The Matter, Forme and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil*. Oxford: B. Blackwell, 1960.
- KING James Bible. *King James Bible*. Cambridge [Eng.]: Proquest LLC, 1996. http://gateway.proquest.com/openurl?ctx_ver=z39.88-2003&xri:pqil:res_ver=0.2&res_id=xri:lion-us&rft_id=xri:lion:pr:z000765501.
- LEVINSON, Sanford. “‘The Constitution’ in American Civil Religion.” *The Supreme Court Review* 1979 (1979): 123–151.
- MENCKEN, H. L, and Rouben Mamoulian Collection (Library of Congress). *A New Dictionary of Quotations on Historical Principles from Ancient and Modern Sources*. New York: A. A. Knopf, 1942.
- REAGAN, Ronald. “Press Conference.” *New York Times*, February 21, 1985.
- WHITMAN, Walt. “Democratic Vistas.” In *Complete Poetry and Collected Prose*, 992–993. New York, N.Y.: Literary Classics of the United States : Distributed by Viking Press, 1982.

¹² *Pacific Gas & Electric Co. v. G.W. Thomas Drayage & Rigging Co.*, 69 Cal.2d 33, 69 Cal. Rptr. 561, 442 P.2d 641 (1968)

¹³ E. D Hirsch, *The Aims of Interpretation* (Chicago: University of Chicago Press, 1976), 20

CAPÍTULO XIV

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. ALGUNAS ALTERNATIVAS TEÓRICAS Y UNA PROPUESTA*

Josep AGUILÓ REGLA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Qué significa tal artículo de la Constitución?* III. *¿Cómo se justifica una interpretación, una asignación de significado a un texto de la constitución?* IV. *¿Cómo se hace hablar a la constitución con una sola voz?* V. *¿Cómo concebimos (o definimos) la constitución del Estado constitucional?* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Empecemos acotando el tema de este texto. Lo que aquí se va a decir queda circunscrito a la interpretación jurídica que toma como objeto de interpretación a la constitución, especialmente la parte dogmática. Quedan fuera de estudio, por tanto, los usos de la expresión “interpretación constitucional” que no entrañan eso, o que van más allá. Por ejemplo, a veces se habla de “interpretación constitucional de la ley” para aludir a la interpretación de la ley conforme a la constitución. Por tanto, el tema de la “interpretación constitucional”, circunscrito a la interpretación jurídica de la constitución, es bastante más específico respecto de la “interpretación jurídica en el Estado constitucional”.

* Una primera versión de este artículo se impartió como conferencia en el *VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, mesa 3 titulada: “Interpretación constitucional”, con motivo de la celebración de los 20 años de la Constitución Política de Colombia de 1991. El evento tuvo lugar en Bogotá los días 10, 11 y 12 de octubre de 2011. El trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación “Argumentación y constitucionalismo” (Ref. DER2010-21032), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español. Quiero agradecer la ayuda que, con sus comentarios y críticas, me han prestado Manuel Atienza, Isabel Lifante, Juan Antonio Pérez Lledó, Alí Lozada y Hugo Ortíz.

La noción de “interpretación constitucional” es compleja y problemática. Para mostrarlo tal vez sea suficiente con señalar que cada uno de los conceptos que forman la expresión, tomados por separado, “interpretación” y “constitución”, resultan ya altamente controvertidos. Empecemos por “interpretación” y circunscribámoslo exclusivamente a la interpretación jurídica. La noción de “interpretación jurídica” puede problematizarse, por ejemplo, a partir de los siguientes elementos: a) Los “objetos” de la interpretación (¿qué es susceptible de ser interpretado? ¿Se interpretan textos o normas, textos o prácticas, o textos a la luz de prácticas? ¿Se interpretan acciones? ¿Y acciones institucionales?). b) Los “sujetos” de la interpretación (¿Quiénes interpretan? ¿Qué relación hay entre la interpretación de un dogmático del Derecho y la de un juez? ¿Se trata de la misma operación? ¿Tiene sentido hablar de interpretación auténtica? etc.). c) La “actividad” en qué consiste la interpretación (¿Qué operaciones incluye? ¿Interpretar es describir un significado o modificar un significado? ¿Tiene “naturaleza” descriptiva, adscriptiva o prescriptiva? ¿Se interpreta siempre que se aplica el Derecho?). d) La “oportunidad” de la interpretación (¿Cuándo se interpreta y cuándo estamos ante un problema de interpretación? ¿Los problemas de calificación son siempre problemas de interpretación? ¿Cuál es la relación entre lagunas jurídicas e interpretación?). e) El “resultado” de la interpretación (¿Cuáles son sus productos? ¿Normas o enunciados interpretativos? ¿Qué relación hay entre ficciones e interpretación? Y formulado en términos un tanto paradójicos ¿cuándo el resultado de una interpretación excede los límites de la interpretación?). f) La “calidad” de una interpretación (¿Cómo evaluamos una interpretación? ¿Cuándo una interpretación es correcta y/o está justificada?). Todas estas preguntas, y muchas otras que se han quedado en el tintero, ilustran bien el carácter problemático de la noción de “interpretación jurídica”.¹ Como es obvio, aquí no voy siquiera a intentar esbozar un principio de respuesta.

La noción de “constitución” no se queda atrás en problematicidad teórica. Para ilustrarlo basta con señalar la discusión que, en las últimas décadas, se ha generado a propósito de, por un lado, la constitucionalización de los órdenes jurídicos como cuestión de hecho² y, por otro, el constituciona-

¹ Cfr. Lifante Vidal, Isabel: “Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica”, en *Interpretación jurídica y teoría del Derecho* (I. Lifante Vidal, ed.), Palestra, 2010, pp. 37-65)

² En mi opinión, la mejor y más clara caracterización del proceso de constitucionalización de un ordenamiento jurídico se encuentra en Guastini, Riccardo: *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Turín, 2006, págs. 239 y ss.

lismo como cuestión de teoría jurídica³. Piénsese, por ejemplo, en preguntas tales como las siguientes: ¿Qué concepto de constitución asumimos cuando hablamos de interpretación constitucional? ¿Un concepto meramente formal? ¿Hay constituciones formales que no son constituciones en el sentido del Estado constitucional? ¿Cuál es la relación entre constitución y orden jurídico? ¿Hay una conexión externa (la constitución es sólo un límite al orden jurídico) o interna (el orden jurídico es un desarrollo de principios constitucionales)? ¿Qué relación hay entre el Estado de Derecho (como imperio de la ley) y el Estado constitucional? ¿Implica el Estado constitucional y/o el constitucionalismo jurídico un cambio de paradigma en relación con el imperio de la ley? ¿Qué relación hay entre propiedades de las constituciones y concepciones constitucionales? Nuevamente, desarrollar todas estas preguntas -y muchas otras conectadas con ellas- desborda por completo los límites de este trabajo.

Ante tal cúmulo de preguntas ¿cómo proceder? En realidad, la alusión a tantos problemas no es más que el recurso a un tópico -el de la inabarcabilidad del territorio- con la finalidad de hacerme perdonar la elusión con que voy a proceder a continuación. En este texto me propongo simplemente decir algunas cosas sobre la “interpretación constitucional”, que espero que resulten significativas, aun a sabiendas de lo mucho que se dejará fuera. El plan de trabajo es el siguiente. Trataré de realizar una aproximación a “interpretación constitucional” por la vía de analizar y/o responder una “selección” de preguntas: 1. ¿Qué significa tal artículo de la constitución? 2. ¿Cómo se justifica una interpretación, una asignación de significado a un texto de la constitución? 3. ¿Cómo se hace hablar a la constitución con una sola voz? 4. ¿Cómo concebimos (o definimos) la constitución del Estado constitucional? Si todo sale según lo previsto, la respuesta a cada una de estas preguntas tiene que permitir mostrar algunas alternativas teóricas; y la sucesión de respuestas tiene que servir para perfilar, aunque sea a grandes

³ Dos temas han acaparado la discusión en teoría del Derecho en las últimas décadas. El primero de estos temas ha sido el de la vigencia y/o la superación del positivismo jurídico. Uno de los resultados producidos por esta discusión ha sido el desplazamiento de la tradicional contraposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo por la más vigente que opone los autores (teorías) positivistas a los autores (teorías) postpositivistas. El segundo tema, no del todo independiente del anterior, ha sido el del (mal) llamado (neo-constitucionalismo o) constitucionalismo jurídico. La discusión ha versado sobre el tránsito del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho; y ha girado en torno a, por un lado, cuestiones de justificación y, por otro, cuestiones metodológicas (si dicha transición implica o no un cambio de paradigma jurídico).

rasgos, una propuesta a propósito de aquello que nos reúne hoy aquí: la interpretación constitucional.

II. ¿QUÉ SIGNIFICA TAL ARTÍCULO DE LA CONSTITUCIÓN?

Preguntar por el significado de un artículo de la constitución pide una respuesta que cae de lleno en la zona de claridad de la noción de “interpretación constitucional”. Tiene la ventaja de que, así formulada, permite eliminar algunas complicaciones: se pregunta por el significado de un texto (el objeto de la interpretación es un texto) que se halla bien recortado (formalmente bien delimitado), un artículo. Hecha esta delimitación, puede presentarse la interpretación como una estructura que correlaciona tres enunciados diferentes: un “enunciado a interpretar”, un “enunciado interpretativo” y un “enunciado interpretado”⁴. La conexión entre estos tres enunciados vendrá dada por la presencia de un “problema interpretativo”. Mostremos esta estructura tomando como ejemplo el art. 31.1 de la Constitución Española (en adelante C.E.).

<i>Enunciado a interpretar:</i>	“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio”
<i>Problema interpretativo</i>	¿Excluye el art. 31.1 el matrimonio entre personas del mismo sexo?
<i>Enunciado interpretativo</i>	“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio”, en el art. 31.1, no significa que sólo ellos pueden contraerlo entre sí.
<i>Enunciado interpretado</i>	“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio entre sí, lo cual no excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo”.

Esta interpretación del art. 31.1 es la que, más o menos, hizo el legislador español. La cuestión está recurrida ante el Tribunal constitucional y, obviamente, éste último tiene “poder” para hacer una interpretación alternativa. Por ejemplo, su enunciado interpretativo podría ser este: “‘El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio’ significa que sólo ellos pueden contraerlo entre sí”. En mi opinión, esta interpretación sería una

⁴ En el desarrollo de este epígrafe tengo muy en cuenta a Atienza, Manuel: *Interpretación Constitucional*, Ed. Universidad Libre de Colombia, Bogotá 2010, págs. 21-24; que, a su vez, se inspira en Guastini, Riccardo: *Distinguendo*, Giappichelli, Turín, 1996, págs. 160 y ss.

“invención” injustificada del Tribunal, pero eso no es lo relevante ahora. Lo importante es darse cuenta de que ambos enunciados interpretativos tienen la misma estructura: usan ciertas palabras para atribuir significado a otras palabras que solo mencionan. Esta estructura es propia de las definiciones. El término “T” significa el significado S, es decir:

“T” significa S

Siguiendo a Guastini y a Atienza puede trazarse un paralelismo entre “definir” e “interpretar”⁵ de forma que queden relacionados los distintos tipos de definiciones con las diferentes concepciones de la interpretación. Es decir, puede establecerse una correspondencia entre definiciones lexicográficas, estipulativas y redefiniciones, por un lado, y concepciones cognitivistas, escépticas y mixtas de la interpretación⁶, por otro. El siguiente cuadro muestra un resumen de dicha correspondencia.

DEFINICIÓN DE INTERPRETACIÓN

<i>Lexicográfica:</i> Definir es describir el significado con el que una comunidad lingüística usa una palabra. Una definición puede ser verdadera o falsa. Definir es una actividad de naturaleza cognitiva.	<i>Concepciones cognitivistas:</i> Interpretar es averiguar el significado de un texto. Una interpretación puede ser verdadera o falsa. Interpretar es una actividad de naturaleza cognitiva.
<i>Estipulativa:</i> Definir es crear/asignar un significado a una expresión. No puede ser verdadera ni falsa. Es una actividad esencialmente volitiva.	<i>Concepciones escépticas:</i> Interpretar es crear/decidir el significado de un texto. No pueden ser verdaderas ni falsas. Es una actividad volitiva.

⁵ *Ibidem*

⁶ Escribe Guastini: “Se discute (desde siempre) en la doctrina cuál es el estatuto lógico de la interpretación [...] Se trata de saber si la interpretación (judicial) es un acto de conocimiento (esta es la tesis de las diversas teorías “cognoscitivistas”) o por el contrario un acto de voluntad (esta es la tesis de las teorías escépticas)”, en Guastini, Riccardo: “Teoria e ideologia dell’interpretazione costituzionali”, en *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giapichelli, Turín, págs. 117. A partir de ahí, ilustra la distinción aludiendo a tres grandes teorías: a) La teoría de la interpretación de la ilustración (cognitivista); b) El neo-cognitivismo contemporáneo (mixta); y c) El escépticismo realista (escéptica).

<i>Redefinición:</i> Definir es adaptar un significado obtenido cognitivamente para alcanzar ciertos fines de claridad. Está a caballo entre los otros dos tipos anteriores de definiciones. Es una actividad que tiene un tramo cognitivo y un tramo volitivo.	<i>Concepciones mixtas:</i> Interpretar es elegir entre los diferentes significados convencionalmente posibles. Interpretar es una actividad de naturaleza mixta, tiene un tramo cognitivo y un tramo volitivo.

No hace falta detenerse a explicar el cuadro, pues resulta –creo– suficientemente pregnante. Sí quiero, sin embargo, mostrar un límite fuerte a la comparación entre “definición” e “interpretación” tal como aquí se ha presentado. El cuadro no es del todo homogéneo porque a la izquierda lo que hay son tres conceptos diferentes de “definición”; mientras que a la derecha lo que hay son tres concepciones diferentes de la interpretación jurídica. En este sentido, los tres conceptos de definición no compiten entre sí y nadie se ve compelido a construir una concepción de las definiciones que fuerce a elegir uno de los conceptos y a descartar los otros dos. Todo el mundo maneja los tres conceptos de definición y los usa en función de los contextos, las finalidades, los tipos de discursos, etc. Por el contrario, las concepciones de la interpretación jurídica sí se presentan a sí mismas como competitivas entre sí; aceptar, por ejemplo, la concepción cognitiva de la interpretación jurídica supone rechazar las otras dos.

Sea como fuere, lo anterior nos ha permitido asentar la idea de que interpretar es asignar un significado a un texto jurídico, en nuestro caso a un artículo de la constitución. Es evidente, sin embargo, que ello no nos resuelve demasiado. Avancemos, por tanto, hacia la siguiente pregunta.

III. ¿CÓMO SE JUSTIFICA UNA INTERPRETACIÓN, UNA ASIGNACIÓN DE SIGNIFICADO A UN TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN?

No hay gran diferencia entre hablar de criterios interpretativos y argumentos en favor de una interpretación. Los primeros ponen el acento en lo que es la guía de la interpretación, es decir, en la actividad de interpretar y, por tanto, parecen operar *ex ante*; mientras que los segundos, lo ponen en la justificación de la interpretación y, por tanto, parecen operar *ex post*. Por ejemplo, la “literalidad”, vista como criterio interpretativo, invita a la restricción en la actividad interpretativa; pero vista como un argumento, permite justificar y/o criticar ciertas interpretaciones ya realizadas. En este

sentido, puede decirse que lo que opera *ex ante* como un criterio interpretativo correcto, opera *ex post* como un argumento interpretativo válido. Y, obviamente, si las cosas son de este modo, es perfectamente posible que en determinadas circunstancias haya criterios antinómicos entre sí (que apunten a resultados incompatibles) que posteriormente operarán como razones opuestas, en favor y en contra, de una determinada interpretación. Tener esto claro es muy importante para no incurrir en los mismos errores que cometió la teoría “estándar” de la interpretación jurídica debido a sus pulsiones formalistas⁷.

La constitución es un texto jurídico y como tal le son aplicables “todos” los criterios y/o argumentos jurídicos que pueden utilizarse para atribuir y/o justificar significados a los textos jurídicos. Naturalmente aquí no voy a ocuparme de todos ellos⁸. Sí me interesa centrarme en dos rasgos

⁷ Como plenamente representativo de esta teoría estándar de la interpretación considérese el siguiente párrafo de Lumia: “La interpretación jurídica consiste en el reconocimiento del significado de la norma [...] Un primer instrumento de la interpretación está constituido, por tanto, por el instrumento literal (o textual), esto es, por el llamado ‘tenor’ de la norma, aunque éste no siempre desemboca en resultados unívocos acerca del significado de la misma [...] Es evidente que la cuestión no podrá decidirse sin investigar el objetivo (o *ratio*) de la norma, es decir, el fin respecto del que la norma tiene un valor instrumental; el elemento literal ha de integrarse, pues, con el teleológico [...] el ordenamiento jurídico no resulta de una simple yuxtaposición de normas, sino que constituye un sistema en el que cada norma recibe todo su significado de su relación con las demás normas, a cuya luz, por tanto, ha de ser interpretada; al instrumento teleológico se añade, por tanto, el instrumento sistemático [...] La verdad es que el legislador cuya voluntad debe ser investigada no es solo la del legislador originario que puso la norma, sino la del legislador actual que, aún pudiendo derogarla, la mantiene [...] de ahí por qué el intérprete no puede olvidar la dinámica del sistema, esto es, el elemento histórico-evolutivo. Conviene subrayar que el elemento textual, el teleológico, el sistemático y el histórico-evolutivo no desembocan en diversos tipos de interpretación, sino que constituyen los momentos necesarios por los que debe pasar todo acto de interpretación” en Lumia, Giuseppe: *Principios de Teoría e ideología del Derecho* (Trad. de A. Ruiz Miguel), Ed. Debate, Madrid, 1982, págs. 71-72.

⁸ En otro lugar he escrito a propósito del método jurídico y de la interpretación: “[...] todo se ve más claro si uno se aproxima al método jurídico no como un método para hallar o descubrir soluciones, sino más bien como un método para justificar soluciones; si uno se plantea la cuestión como lo hace la teoría contemporánea de la argumentación jurídica, donde el problema no es ya el de cómo hallar la solución, sino el de cómo justificar, dar razones a favor de, la solución propuesta. Así, volviendo sobre el ejemplo de la interpretación y mirándolo desde esta perspectiva, los llamados momentos de la interpretación jurídica dejan de ser procedimientos para hallar la ‘interpretación correcta’ para pasar a ser esquemas de argumentos susceptibles de ser utilizados a favor de la interpretación considerada correcta. En definitiva, lo que quiero resaltar es la idea de que el problema del método jurídico no es el de hallar en las normas generales las soluciones correctas a los casos particulares, sino el de justificar soluciones particulares usando normas generales. Si se miran así las cosas y se ad-

que presentan los textos constitucionales, sobre todo en su parte dogmática, y que pueden justificar una cierta especificidad interpretativa de las constituciones en relación con la interpretación de las leyes. El primer rasgo es el de la rigidez de los textos constitucionales frente a la flexibilidad de los textos legales. El segundo rasgo tiene que ver con la sobreabundancia de conceptos valorativos y de principios en los textos constitucionales. Esto último hace que, en general, la regulación constitucional sea mucho más abierta que la de las leyes. No hay que olvidar que el ideal regulativo del “imperio de la ley” implica una regulación cerrada que excluya la deliberación por parte del aplicador⁹.

De ahora en adelante, me referiré a estos dos rasgos de las constituciones como la propiedad de la rigidez y la propiedad de la apertura regulativa, respectivamente. Quede claro, ambas propiedades son graduables y relativas. Por rigidez se entiende dificultad para el cambio del texto constitucional. Se trata de una propiedad graduable porque una constitución es más rígida cuantas más exigencias se interponen para la modificación del texto constitucional. El nivel máximo de rigidez lo representan las cláusulas pétreas o de intangibilidad y el nivel mínimo las mayorías similares a las de la legislación ordinaria¹⁰. Y es también una propiedad relativa no

mite que, en general, puede decirse que justificar es apelar a la razón en busca de aceptación de una tesis, entonces resulta fácil entender por qué el llamado en términos teóricos ‘problema del método jurídico’ no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas”, en Aguiló Regla, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 129 y 129

⁹ Conforme al ideal regulativo propio del “imperio de la ley”, el modelo adecuado para explicar (o dar cuenta de) la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas; entendiendo por reglas normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. Este ideal regulativo apela a normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración. Las normas abiertas, desde este ideal regulativo, son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Las normas abiertas, conforme a este modelo, al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación respecto del ideal de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas.

¹⁰ La rigidez efectiva de una constitución depende de una combinación de exigencias jurídico-formales y de circunstancias políticas. Entre las primeras destacan factores como los siguientes: a) el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir; b) el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma; y c) la exigencia de la participación popular. Pero la rigidez efectiva depende también del contexto político, histórico, social. Como variables relevantes pueden mencionarse, por ejemplo, el sistema de partidos políticos (cuanto más disciplinados sean los partidos y más arraigada esté la cultura de coalición, tanto más

sólo porque cada constitución es diferente en este sentido, sino también porque la rigidez puede variar en relación con diferentes partes de una misma constitución. Por apertura regulativa se entiende el grado de deliberación “valorativa” que exige la aplicación de una norma. Se trata de una propiedad graduable, donde el nivel 0 lo representan aquellas normas cerradas cuya aplicación excluye la deliberación y el nivel máximo, aquellas otras cuya aplicación exige siempre (y en todo caso) deliberación.

De la gradualidad se sigue que una norma puede ser más abierta que otra. El art. 15 de la C. E.¹¹ ofrece un bonito ejemplo al respecto ya que prohíbe, en este orden, la “tortura”, las “penas y tratos inhumanos y degradantes” y la “pena de muerte”. El orden de más cerrada a más abierta es -parece claro- el siguiente: la prohibición de la “pena de muerte”, la de la “tortura” y la de las “penas y tratos inhumanos y degradantes”. Pasemos a explicar cómo estas propiedades de las constituciones, la rigidez y la apertura regulativa, pueden traducirse en peculiaridades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación de las leyes.

1. *Sobre la rigidez. De las palabras de los muertos y las interpretaciones de los vivos*

Tanto la ley como la constitución son fuentes-acto, es decir, son disposiciones generales promulgadas por una autoridad¹². Ahora bien, la constitución juega un papel de conservación y orientación del sistema en su conjunto que la legislación no está llamada a jugar. En este sentido, es común decir, por un lado, que hay una cierta contradicción entre la idea de constitución y la de su constante modificación¹³ y, por otro, que la ley es el instrumento de cambio jurídico por excelencia. Es más, si bien se considera, la oposición entre “forma constitucional” y “forma legal” se

fácil será reformar una constitución), el papel simbólico que desempeña la constitución en una sociedad, el papel que juegan las tradiciones políticas, etc. Sobre ello Ferreres Comella, Víctor: “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Doxa*, n° 23, 2000, págs. 29 y ss.

¹¹ Art. 15. C.E. “Todos tienen derecho a la vida y la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

¹² Para una conceptualización completa de las fuentes-acto, véase Aguiló Regla, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

¹³ A propósito de esto último, y teniendo en cuenta que lo que nos reúne aquí es la celebración del aniversario de la Constitución de Colombia, es oportuno decir que 30 enmiendas en 20 años tiene algo de excesivo.

inventa precisamente para dotar de la mayor estabilidad posible a ciertas normas llamadas a operar como normas fundamentales dentro de un sistema jurídico-político¹⁴. En este sentido, la forma constitucional expresa tendencialmente el consenso (lo unánime, lo fundamental, lo estático, lo inmodificable); mientras que la forma legal, expresa tendencialmente el conflicto (lo mayoritario, lo fundamentado, lo dinámico, lo modificable). Conforme a esta dialéctica entre lo fundamental y lo fundamentado, la rigidez constitucional parece estar plenamente justificada frente a la flexibilidad de la legislación. Pero vista en términos diacrónicos, la rigidez constitucional nos enfrenta a un problema de racionalidad que no nos plantea la flexibilidad de la legislación.

No se trata solo de la tan discutida “objeción contramayoritaria” en términos democráticos, sino también de la cuestión de la racionalidad de una acción cuyo sentido es la mera sumisión al pasado. En efecto, la acción meramente tradicional, la acción cuyo sentido es la mera obediencia al pasado, es acción irracional¹⁵. La rigidez constitucional nos enfrenta directamente con el problema de la relación entre los muertos y los vivos; pues, el sentido del *lex superior* constitucional es precisamente “bloquear”, “inhibir”, “dificultar” (dependiendo del grado) el *lex posterior* legislativo en relación con ciertas materias. Por eso, la rigidez de una constitución regulativa parece enredar al constitucionalismo en una suerte de dilema. Por un lado, si una constitución es rígida, se somete a los vivos a la voluntad de los muertos. Pero, por otro lado, si una constitución no es rígida, es decir, si los derechos no están sustraídos al juego de las mayorías, entonces -suele decirse- los derechos no están garantizados, es decir, “no hay constitución”.

¹⁴ Escribe Kelsen: “[...] Esta regla sobre la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto de la palabra. Es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal [...] De ahí surge la idea de asegurar a la Constitución la mayor estabilidad posible, diferenciando las normas constitucionales de las normas legales y sometiendo la revisión de las primeras a un procedimiento especial, que contemple condiciones más difíciles de reunir. Aparece así la distinción entre la forma constitucional y la forma legal ordinaria”. Kelsen, H.: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” (trad. de J. Ruiz Manero, en Kelsen, H.: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Ed. Debate, Madrid, 1988, págs. 114-115.

¹⁵ Weber, M: *Economía y sociedad*, 10ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1993, pag. 20.

Por ello, en mi opinión, la síntesis armónica entre “los muertos” y “los vivos” desborda en gran medida la noción de sistema jurídico y sólo puede expresarse mediante nociones un tanto inestables y dialécticas como la de, por ejemplo, “continuidad de una práctica constitucional” que permite, por un lado, dar cuenta del aspecto ideal del constitucionalismo y, por otro, eliminar los términos indeseables tanto de puro sometimiento al pasado como de ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos).

¿Cómo afecta todo ello a la interpretación de la constitución en relación con la interpretación de la ley? En mi opinión, de manera clara. Para explicarlo retomaré la vieja tensión entre autoridad y valor (o justicia) en la consideración de las normas jurídicas. Tanto la constitución como la ley son -ya lo he dicho- fuentes-acto (es decir, disposiciones, normas generales dictadas por una autoridad); sin embargo, en la interpretación de las normas constitucionales el componente autoritativo pierde mucha importancia en beneficio del componente valorativo; mientras que en la interpretación de la ley ese desplazamiento no se produce con tanta intensidad ni con tanta claridad. La interpretación de la constitución es mucho más dependiente de principios y valores que la interpretación de la ley y, en consecuencia, la interpretación literal y la intencionalista juegan mucho más papel en la interpretación de la ley que en la de la constitución. En la constitución, los muertos ponen las palabras y los vivos las interpretan a la luz de los valores que hacen que esas palabras sigan teniendo sentido para ellos; en la legislación, todos están “vivos”: tanto la autoridad que pone las palabras como aquellos que ponen los valores que las dotan de sentido¹⁶. El principio de la división de poderes no opera entre los muertos y los vivos, sino sólo entre los vivos¹⁷. Que los jueces muestren “deferencia”

¹⁶ La metáfora de los “vivos” y de los “muertos” puede resultar ambigua. Cuando se usa en términos constitucionales alude no sólo al mero paso del tiempo, pues es evidente que es perfectamente posible que una ley sea mucho más “vieja” (tenga más años) que la constitución. La diferencia es que el paso del tiempo en la ley es consentido en términos democráticos por los vivos, pues siempre tienen a su alcance la modificación de la misma. Eso es precisamente lo que trata de excluir la rigidez constitucional haciendo la modificación de la constitución altamente improbable o incluso imposible.

¹⁷ En mi opinión, el problema de la “tiranía de los del pasado” es irresoluble en la medida en que uno se aproxime a la constitución formal o rígida como un documento regulativo y autoritativo que trata de resolver *ex ante* todos los problemas jurídico-políticos que puedan plantearse. Es decir, si uno acepta el proceso constituyente como un proceso de imposición que cierra la deliberación, entonces la ilegitimidad de la forma constitucional me parece palmaria e irresoluble. Ahora bien, si uno ve el proceso constituyente como el origen de una práctica constitucional orientada por principios y valores, tal conclusión ya no es obvia. Ello

interpretativa al legislador tiene pleno sentido; que lo hagan con el constituyente, no¹⁸.

Esta tesis de la diferencia interpretativa entre constitución y ley a propósito de la cuestión de la rigidez no es unánimemente compartida. Ferrajoli y Dworkin vendrían a representar posturas incompatibles con ella aunque desde extremos opuestos. La concepción de Ferrajoli¹⁹ podría formularse más o menos así. El Derecho tiene una naturaleza autoritativa y tanto la constitución como la ley son fuentes-acto, es decir, disposiciones generales, textos normativos provenientes de una autoridad. Es más, la constitución

es así porque la acción social orientada por principios y valores aceptados es una acción orientada hacia el futuro; y, en este sentido, la acción política de las generaciones constituidas puede ser una acción perfectamente racional; no tiene por qué ser una acción simplemente anclada en (o motivada por) la mera obediencia al pasado. Para que ello pueda ser así, las generaciones que actúan bajo una constitución tienen que ver el proceso constituyente (y en consecuencia aceptarlo) como un proceso guiado por la aceptación de ciertos principios y valores, y, así, poder entender su propia práctica constitucional como guiada también por esos mismos principios y valores. Ello, en mi opinión, es fundamental para poder afirmar -en frase que ha hecho fortuna- que “la constitución pertenece a las generaciones vivas”. Esta es la razón por la que hay que insistir en la idea de que los constituyentes “reconocen” valores, no los constituyen. Lo fundamental para la estabilidad de una práctica constitucional es que las generaciones vivas se “reconozcan” en esos mismos valores aunque sin duda es posible que los “teoricen” de maneras distintas a como los hubieran teorizado los “padres fundadores”. Lo que dota de continuidad a una constitución es la orientación, no precisamente todos sus contenidos concretos. En la medida en que las generaciones vivas “reconozcan” también los valores incorporados a la constitución (aunque -repito- tal vez los teoricen de maneras diferentes) la estabilidad de esa constitución está, me parece, garantizada. La clave de la continuidad constitucional está en poder interpretar la acción de los constituyentes como orientada por el reconocimiento de principios y valores y la acción de los constituidos como orientada también por el reconocimiento de esos mismos principios y valores. Cfr. Aguiló Regla, J.: *Sobre la constitución del Estado Constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004, págs. 124 y ss; y Aguiló Regla, J.: “‘Tener una constitución’, ‘darse una constitución’ y ‘vivir en constitución’”, en *Isonomía. Revista de filosofía y teoría del Derecho*, n° 28, 2008, 67-86.

¹⁸ En “Autoridades y personas”, Marmor se formulaba la siguiente pregunta “¿es posible atribuir autoridad jurídica a una norma si su autoridad no se deriva de la autoridad de quien ha dictado esa norma?” Él básicamente respondía que no, pero en su argumentario, como buen británico, sólo tomaba como referencia al legislador [Marmor, Andrei: “Autoridades y personas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 17-18, 1995, pág. 303]. La tesis de la diferencia interpretativa aquí sostenida podría formularse de la siguiente manera: Mientras que es cierto que la autoridad de una ley deriva de la autoridad del legislador, la autoridad de una constitución no deriva de la autoridad del constituyente.

¹⁹ En un texto reciente, Ferrajoli ha ofrecido un resumen, por un lado, de sus tesis sobre el constitucionalismo garantista (el constitucionalismo justificado) y, por otro, de sus diferencias con lo que él llama el “constitucionalismo principialista”: Ferrajoli, Luigi: “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” (trad. de N. Guzmán) en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 34, 2011, págs. 15 y ss.

solo tiene sentido desde el constituyente²⁰. En la edición de normas -sean legales o constitucionales- rige el principio *voluntas, non veritas, facit legem*. El modelo justificado/racional de interpretación es el vinculado al “imperio de la ley” y lo que hay que hacer es trasladarlo a la interpretación de la constitución. En la aplicación del Derecho —y, por tanto también, en la interpretación— rige el principio *veritas, non voluntas, facit legem*. La rigidez implica ciertamente una relación sistemática de jerarquía que puede llevar a denunciar las lagunas legislativas y las antinomias que generan las leyes inconstitucionales, pero no afecta para nada a la interpretación de la constitución; es decir, a la atribución de significados a los textos constitucionales. En este sentido, la rigidez no implica peculiaridad interpretativa: No hay diferencia porque el modelo prescriptivo de interpretación para la legislación se extiende a la constitución²¹.

Dworkin -o, mejor, una cierta lectura de la obra de Dworkin porque no siempre es fácil fijar con precisión su pensamiento- se opondría también a la tesis de la diferencia, pero desde el extremo opuesto al de Ferrajoli. La tesis de la diferencia sostenía que en la interpretación de las normas constitucionales el componente autoritativo perdía importancia mientras que

²⁰ “El decimocuarto postulado [del positivismo jurídico] excluye que puedan ser constituyentes figuras consistentes en expectativas o en no permisiones positivas o negativas. Se deducirá [...] que ‘constituyente’ no puede ser ni un derecho, ni una obligación ni una prohibición, sólo un poder y, precisamente, aquella específica facultad que llamaremos ‘poder constituyente’ [...] Todos los derechos en efecto, incluidos los fundamentales, consisten en expectativas [...] constituidas” en Ferrajoli, L.: *Principia iuris. I. Teoría del diritto*, E. Laterza, 2007, pág 100-101 (la traducción es mía).

²¹ Bien mirado, la propuesta de Ferrajoli consiste en trasladar la noción de “estricta legalidad” del garantismo penal [Cfr. Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Barcelona] a la de estricta constitucionalidad en el constitucionalismo garantista. En esta asimilación entre legislación y constitución Ferrajoli llega a escribir: “Por otro lado, debemos darnos cuenta de que la oscuridad, la vaguedad y la indeterminación del lenguaje legal, aun cuando en alguna medida ineliminables, no son simples defectos de la legislación. Son un vicio jurídico de ésta, porque violan los principios de la separación de los poderes y de la sujeción de los jueces a la ley, y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del estado de derecho en su totalidad. Por eso, la ciencia jurídica debería hoy retomar el programa ilustrado de Gaetano Filangieri y de Jeremy Bentham de una “ciencia de la legislación”, integrándolo con el programa de una “ciencia de la constitución”, como la llamó Giandomenico Romagnosi. Pasada la época de las primeras constituciones, que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impide el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible”, en Ferrajoli, Luigi: “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista” (trad. de Nicolás Guzmán), en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 34, 2011, pág. 51-52.

en la interpretación de la ley eso no ocurría con tanta intensidad ni con tanta claridad. Para Dworkin la interpretación, toda la interpretación, es dependiente de valores. Más o menos su concepción podría formularse así: El Derecho es una práctica interpretativa dependiente de valores; es decir, el Derecho (todo él) se compone de un conjunto de reglas y de unos valores que estas reglas pretenden desarrollar. La autoridad juega un cierto papel -común en la constitución y en la legislación- en la identificación del objeto de la interpretación; es decir, en la determinación de los materiales jurídicos sobre los que versa la interpretación, en la llamada fase pre-interpretativa. Pero en las fases interpretativa y postinterpretativa se trata, respectivamente, de dotar de sentido valorativo a las reglas identificadas y de seleccionar la teoría que mejor integre los valores reconocidos²².

2. Sobre la apertura regulativa. ¿Imprecisión y pluralismo?

La propiedad de la apertura regulativa nos remite a dos cuestiones relativamente (sólo relativamente) diferentes entre sí. La primera es la de la dialéctica principios-reglas en la interpretación de los textos jurídicos; la segunda es la de la “semántica” de los conceptos “valorativos” (conceptos moral y políticamente muy “cargados”). Aquí no voy a entrar en la cuestión de los principios y las reglas; y no lo voy a hacer básicamente por dos razones. Una es que el tema de los principios y las reglas ha sido ampliamente discutido en las últimas décadas y es sobradamente conocido. Su abordaje aquí ocuparía demasiado espacio y rendiría poco. La otra razón para esta exclusión es que, bien mirado, el tema de los principios y las reglas es en parte redundante con lo dicho a propósito de la propiedad de la rigidez; pues la tesis de la diferencia interpretativa entre constitución y ley allí sostenida es fácilmente traducible en términos de principios y reglas: los enun-

²² Dworkin, R.: *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, págs. 65 y ss. Por otro lado, es de sobra conocida la actitud de Dworkin hacia la democracia mayoritaria como autoridad. En este sentido escribe: “La concepción constitucional de la democracia, en breve, adopta la siguiente actitud hacia el gobierno mayoritario. Democracia significa gobierno sometido a condiciones -podríamos llamarlas condiciones “democráticas”- de igual estatus para todos los ciudadanos. Cuando las instituciones mayoritarias proveen y respetan las condiciones democráticas, entonces el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos por aquella razón. Pero cuando no lo hacen, o cuando sus provisiones o respeto son insuficientes, no puede haber objeción, en nombre de la democracia, a que otros procedimientos los protejan y respeten mejor” [la trad. es mía], en Dworkin, Ronald: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1996, págs. 17.

ciados constitucionales muestran una tendencia a ser interpretados como principios que no muestran los enunciados legales. Centrémonos, pues, en la otra cuestión, en la de los conceptos valorativos.

Con mucha frecuencia se oye decir que una constitución regulativa que sea democrática tiene que ser “abierta” para permitir que el sistema jurídico-político pueda reflejar las alternativas políticas y valorativas que operan a su amparo, es decir, el pluralismo. Esta forma de hablar sugiere dos ideas que no es que sean estrictamente falsas, pero interpretadas a la ligera pueden producir una gran distorsión. La primera es que hay algo bueno en el pluralismo valorativo entendido como un hecho. Esta idea, muy arraigada en visiones simplistas de la democracia, no es más que un puro prejuicio. Tiene mucho más valor el consenso en torno a la abolición de la pena de muerte que la existencia de una división valorativa entre abolicionistas e instauracionistas. Por tanto, una cosa es gestionar correctamente el pluralismo valorativo que de hecho existe en una sociedad y otra muy distinta es otorgarle valor directamente. El valor tanto del consenso como del disenso fácticos, depende del valor de la sustancia objeto de consenso y de disenso. La segunda idea equivocada consiste en considerar que “constitución abierta” es sinónimo de “constitución imprecisa”²³. La apertura regulativa tiene que ver con el uso de conceptos valorativos en los textos constitucionales; y estos conceptos no pueden analizarse solo con las categorías propias de los conceptos meramente clasificatorios. Hacerlo constituye, en mi opinión, un error. La apertura regulativa puede ser perfectamente una virtud de un texto constitucional, la “mera” imprecisión no lo es nunca.

Para explicarlo tomemos de nuevo el ejemplo del art. 15 de la C.E. La primera prohibición (la de la pena de muerte) es obviamente cerrada, es decir, su aplicación excluye cualquier forma de deliberación práctica; y la excluye porque, por un lado, “pena de muerte” no es un concepto valorativo (su uso no presupone el “abolicionismo” ni el “instauracionismo”) y, además, es un concepto bien preciso en términos clasificatorios. Si bien se considera, en torno al concepto “pena de muerte” no funcionan de manera relevante la distinción caso regulado/caso no regulado (porque no hay imprecisión clasificatoria) ni la distinción caso fácil/caso difícil (porque no se

²³ Escribe Riccardo Guastini, identificando prácticamente “regulación abierta” con “ausencia de regulación”: “En definitiva, los conceptos empleados en la formulación de los principios constitucionales son, evidentemente, conceptos jurídicos altamente indeterminados -que apelan a las doctrinas morales y/o las ideologías políticas de los intérpretes- cuya interpretación es, en consecuencia, altamente discrecional” [la traducción es mía], Guastini, R.: *Nuovi Studi sull'Interpretazione*, Col. Studi di Filosofia analitica del Diritto, ARACNE, Roma, 2008, pag. 142.

trata de un concepto valorativo). No ocurre lo mismo con “tortura” ni con “tratos inhumanos y degradantes”. Se trata, sin duda, de conceptos valorativos: no puede haber “torturas” buenas ni “tratos inhumanos y degradantes” correctos. En torno a estos conceptos tiene pleno sentido la distinción caso fácil/caso difícil.

Es cierto que “tortura” es un concepto más denso que “trato inhumano y degradante” y, en consecuencia, su prohibición es mucho menos abierta; pero, en mi opinión, ni uno ni otro concepto son reducibles a su componente factual. Centrémonos en la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes. Para determinar que Muamar el Gadafi sufrió, en el momento de su detención, un “trato inhumano y degradante” no hace falta deliberar nada: se trata de un caso fácil de aplicación de la prohibición. Ahora bien, determinar si algunos protocolos policiales de detención de sospechosos o acusados suponen un “trato inhumano y degradante” puede conllevar tener que desarrollar una intensa deliberación práctica y valorativa; en estos casos, aplicar la prohibición puede ser lo más parecido a resolver un caso difícil. Es lo que muchos sostuvieron en Francia a propósito del protocolo que se siguió en la detención de Dominique Strauss-Kahn el pasado mayo en New York.

Para entender adecuadamente el papel de los conceptos valorativos en una constitución debemos retomar la noción de práctica constitucional y distinguir entre el momento de “darse una constitución” y el momento de “interpretar una constitución”. En el momento de darse una constitución, cualquier constituyente “responsable” tiene que enfrentar dos problemas ineliminables en la medida en que la constitución sea un acuerdo sobre lo “inmodificable”. El primer problema es el del consenso, es decir, tenemos dificultades para ponernos de acuerdo sobre lo correcto. El segundo problema es el del compromiso, esto es, tenemos inseguridad para comprometernos con reglas prácticamente inmodificables porque no somos capaces de establecer en abstracto y por adelantado exhaustivamente las circunstancias en las que la regla debería regir. La conciencia de estas dos dificultades permite explicar bien el papel que los llamados acuerdos incompletamente teorizados (o acuerdos superficiales) juegan en la redacción de las constituciones²⁴. La idea de práctica constitucional presupone, pues, que si tiene sentido llegar a tales acuerdos en el momento de darse una constitución, tiene que tener sentido interpretar los conceptos valorativos que son preci-

²⁴ Sobre los acuerdos incompletamente teorizados, Sunstein, Cass R.: “Constitutional Agreements Without Constitutional Theories”, en *Ratio Juris*, vol. 13, n°1, mayo 2000, págs. 117-130.

samente sus productos principales²⁵. Una vez más, la constitución rígida y abierta desborda la concepción del Derecho como sistema, como conjunto ordenado de enunciados; pues la idea de “regulación abierta” se traduce en orientación valorativa y en ese tipo especial de “deberes” que llamamos “responsabilidades”. Naturalmente, todo ello apunta a exigencias de tipo deliberativo-argumentativo y al desarrollo de las actitudes adecuadas para poder satisfacerlas.

Hay dos formas alternativas a la de “practica constitucional” de abordar la cuestión del significado y la interpretación de los conceptos valorativos. La primera, que podríamos llamar convencionalista-decisionista, es especialmente adecuada para las concepciones del Derecho como sistema. Estas concepciones suelen operar con la oposición caso-regulado/caso-no-regulado, en lugar de con la oposición caso-fácil/caso-difícil. La diferencia entre una y otra radica en que la noción de caso-no-regulado remite a la de discrecionalidad (entendida en términos jurídicos como mera libertad dentro del perímetro normativo) mientras que la de caso difícil remite a las nociones de deliberación y responsabilidad²⁶. Pues bien, para esta concepción convencionalista los conceptos valorativos se comportarían *grosso modo* como los demás conceptos. Cuando hay convención (zona de claridad y de oscuridad) su uso y aplicación no exige realizar valoraciones; cuando no hay convención (zona de penumbra), su uso y aplicación exige simplemente decisión²⁷.

La segunda alternativa a la de “practica constitucional” es considerar que la mayoría de los conceptos valorativos presentes en las constituciones son, en realidad, “conceptos esencialmente controvertidos”²⁸, es decir, con-

²⁵ De ello me he ocupado en Aguiló Regla, J.: “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 26, 2003, págs. 289-319.

²⁶ Sobre ello, véanse los trabajos de Lifante Vidal, Isabel: “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 2002, págs. 413-419 y “Poderes discrecionales”, en García-Figueroa, A. (coord.): *Racionalidad y Derecho*, C. E. C., Madrid, 2006, págs. 107-131.

²⁷ Un trabajo que refleja perfectamente estos planteamientos es Navarro, Pablo E.: “La aplicación neutral de conceptos valorativos”, en *Analisi e diritto*, 2007, págs. 39 y ss. Pablo Navarro, siguiendo a Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, sostiene que el uso y la aplicación de conceptos valorativos no implica realizar valoraciones, puesto que en la medida en que exista una convención pueden ser usados descriptivamente, y que, en consecuencia, cabe su aplicación neutral. Así, puede leerse: “[...] cuando un juez aplica un concepto valorativo no es necesario que use a ese predicado para imponer sus propias valoraciones en una determinada situación, sino que puede intentar determinar a qué cosas se refieren los miembros de su comunidad mediante esos conceptos” (pág. 42).

²⁸ Cfr. Gallie, W.B.: “Essentially Contested Concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 1956, págs. 385-402. y Waldron, J.: “Vagueness in Law and Language: Some Philo-

ceptos cuya característica esencial es la de carecer de una zona de claridad. Sus características serían las siguientes²⁹: 1. Se trata de conceptos evaluativos, es decir, de conceptos que se utilizan para asignar valor a acciones y a estados de cosas. 2. Son conceptos complejos; su caracterización requiere no solo la enunciación de un conjunto de propiedades que los ponen en contacto con otros conceptos, sino que además su uso exige la formulación de teorías que definan relaciones de prioridad entre dichas propiedades. La libertad, la igualdad, la dignidad, etc. no son aplicables directamente, requieren una concepción. 3. Son conceptos que tienen un carácter argumentativo, es decir, suelen estar envueltos en una permanente controversia. Y 4. son conceptos funcionales, es decir, se trata de conceptos que son usados para canalizar las disputas acerca de las cuestiones socialmente más relevantes; operan como el punto de “encuentro” (la arena, el ring, el foro, la cancha) en el que se ventilan las disputas políticas fundamentales. Por ello, del mismo modo que en el ring no cabe un resultado pactado, las disputas en torno a estos conceptos no pueden resolverse jamás mediante una simple estipulación convencional de significado. Tienen una carga emotiva tan intensa que nadie con aspiraciones de incidir sobre la realidad social de una comunidad puede renunciar a su uso; se trata de entrar en el ring y usar el concepto con el fin de ganar una disputa político-social. Si bien se considera, las tres primeras propiedades no les atribuyen el carácter de “esencialmente controvertidos”. La cuarta, la que viene a determinar que su papel es meramente dialéctico³⁰, es la que excluye que tenga sentido hablar de interpretación de tales conceptos. Pues bien, quien entienda que los conceptos valorativos presentes en las constituciones son así (que no tienen ninguna zona de claridad y que su función es meramente dialéctica) habrá sentado las bases para un claro escepticismo interpretativo que resulta espe-

sophical Issues”, en *California Law Review*, v. 82, n° 3, págs. 509-540

²⁹ Iglesias Vila, Marisa: “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en *Doxa* n° 23-2000, págs. 77 y ss.

³⁰ En este sentido, más allá del arbitrio y del voluntarismo que destila, creo que en el siguiente párrafo Schmitt se encuentran no pocas bases para interpretar los conceptos políticos como esencialmente controvertidos: “[...] todos los conceptos, ideas y palabras poseen [en el ámbito de lo político] un sentido *polémico*; se formulan con vistas a un antagonismo concreto, están vinculados a una situación concreta cuya consecuencia última es una agrupación según amigos y enemigos (que se manifiesta en guerra o revolución), y se convierten en abstracciones vacías y fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación. Palabras como estado, república, sociedad, clase, o también soberanía, estado de derecho, absolutismo, dictadura [...] etc. resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar, y refutar con tales términos”. Schmitt, Carl: *El concepto de lo político* (trad. R. Agapito), Alianza, Madrid, 1991, págs. 60 y 61.

cialmente idóneo para las lecturas procedimentalistas (antisustantivistas) de las constituciones³¹.

3. *Sobre la “constitución resistente”. En memoria de Francisco Tomás y Valiente*³².

Escribe Tomás y Valiente: “La resistencia de la Constitución puede ser entendida como adaptabilidad a la dinámica política [...] también como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados, pero no definidos. Y además como resistencia a la reforma, haciéndola innecesaria [...] Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma [...] resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma [...] Creo que puede formularse la hipótesis de que una Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente en el sentido expuesto, protege su supremacía y alcanza una vigencia efectiva y duración prolongada, sin tener que pagar el precio de las reformas agravadas”³³

En un trabajo destinado a teorizar la noción de “resistencia constitucional” de Tomás y Valiente sostuve³⁴ que cualquier redactor de una constitución que fuera consciente, por un lado, del problema de la tiranía de las generaciones pasadas y, por otro, de los problemas de consenso y de compromiso, se vería limitado en su tarea por una función que relacionara la rigidez y la apertura constitucionales. Esta función vendría a determinar que si hay problemas de consenso y/o de inseguridad práctica, a medida que

³¹ Llevado a su extremo esta forma de concebir los conceptos valorativos desemboca no solo en concepciones procedimentalistas del constitucionalismo, sino en concepciones abiertamente anticonstitucionalistas. Un claro ejemplo de procedimentalismo anticonstitucionalista son los trabajos de Waldron. Véanse, por ejemplo, Waldron, J.: “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n° 1, 1993, págs. 18-51 y Waldron, J.: *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999. Véase además, el capítulo de Waldron en este volumen.

³² Francisco Tomás Valiente fue magistrado del Tribunal Constitucional español entre 1980 y 1992 y lo presidió entre 1986 y 1992. En 1996 fue asesinado por E.T.A.

³³ Tomás y Valiente, F: “La resistencia constitucional y los valores”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 15-16 vol. II, 1994, págs. 639. La noción de resistencia constitucional puede usarse como un verdadero alegato en contra de la lectura “originalista” de las constituciones. En este sentido, apunta en la misma dirección que la noción de “constitución viviente”, Strauss, David: *The living Constitution*, Oxford University Press, New York-Oxford, 2010.

³⁴ Aguiló Regla, J: “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 26, 2003, págs. 289-319.

se incrementa la rigidez constitucional tiene que incrementarse también la apertura regulativa. Naturalmente ahí no se decía nada a propósito del punto óptimo de equilibrio entre ambas variables. Esta función estaba pensada para los procesos de redacción de las constituciones, pero no es difícil darse cuenta de que la misma puede proyectarse también sobre la cuestión de las peculiaridades de la interpretación constitucional. Si bien se considera, la tesis de la diferencia sostenida en los dos epígrafes anteriores puede sintetizarse en la siguiente máxima: cuanto más rígida es una constitución regulativa (es decir, cuanta más distancia hay entre forma constitucional y forma legal), más valorativa y menos autoritativa debe ser su interpretación.

IV. ¿CÓMO SE HACE HABLAR A LA CONSTITUCIÓN CON UNA SOLA VOZ?

La primera pregunta que nos hemos formulado nos ha llevado a sostener que interpretar es asignar un significado a un texto, en nuestro caso a un texto constitucional. La segunda pregunta nos ha llevado a abordar la cuestión de los criterios y/o los argumentos que guían y/o justifican la interpretación constitucional; y hemos sostenido que las propiedades de la rigidez y de la apertura regulativa permiten sostener la tesis de la diferencia entre la interpretación de la constitución y la interpretación de la ley. La tercera pregunta nos enfrenta directamente con el problema de la unidad del Derecho, aunque aquí -dado que hablamos de interpretación constitucional- nos lleve a la cuestión de la unidad de la constitución. Pero antes que nada, antes de hablar de respuestas al problema, tratemos de entender bien en qué consiste el problema de la unidad del Derecho y/o de la constitución.

El problema de la unidad de la constitución y/o del Derecho es el siguiente. Cuando resolvemos un problema constitucional nos encontramos con fenómenos tan normales como que un mismo artículo puede recibir interpretaciones contradictorias entre sí o que diversos textos de una misma constitución pueden apuntar en direcciones incompatibles, etc. Es decir, nos podemos topar con defectos como las antinomias, las lagunas, las imprecisiones, las incoherencias valorativas y un largo etcétera. Ahora bien, todo jurista sabe que al final de un razonamiento jurídico acabado la diversidad de sentidos, de normas aplicables, de soluciones posibles, etc. se reduce a la unidad del Derecho o de la constitución. Esto es así porque el Derecho es práctico y al final tiene que ser resolutivo (por ejemplo, ¿prohíbe o no la constitución española el matrimonio entre personas del mismo sexo?). Esto

lo sabe todo el mundo. El problema es explicar cómo se produce esa unificación, porque la unidad del Derecho y/o de la constitución ¿tiene fundamento o simplemente se decide? O formulado en otros términos aunque el problema sea el mismo: ¿Tienen los casos una única respuesta correcta?

Para arrojar algo de luz respecto de este punto quiero referirme a dos cosas diferentes. La primera es el papel que juegan las concepciones constitucionales en la construcción de la unidad de la constitución. La segunda es la proyección sobre el problema de la unidad de la constitución de tres actitudes básicas en relación con la unidad del Derecho en general.

1. El papel de las concepciones constitucionales en la construcción de la unidad de la constitución

Las diferentes concepciones constitucionales proponen, por un lado, diseños constitucionales para las fases de redacción de las constituciones o de enmienda de las ya existentes y, por otro, lecturas o criterios interpretativos de las constituciones existentes, de las constituciones positivas. El primer caso no es relevante a los efectos de la interpretación constitucional; el segundo, sí. Aquí no puedo detenerme a hacer un repaso de las principales concepciones constitucionales. Ello nos llevaría demasiado lejos. Sí quiero, sin embargo, llamar la atención sobre una confusión que es muy común. En efecto, cuando las concepciones constitucionales formulan propuestas de lectura, suministran criterios para la interpretación de las constituciones ya existentes, a veces se produce una cierta confusión entre las propiedades o características de una constitución y las concepciones o las teorías de esa misma constitución. Este error es muy común y genera una gran distorsión en la discusión constitucional; porque, por ejemplo, una cosa es afirmar que una determinada constitución es democrática y otra muy distinta, defender una lectura democrática de esa misma constitución.

La diferencia radica en que mientras que en el primer caso lo que se está diciendo es que la democracia es una de las propiedades o características de la constitución en cuestión, en el segundo lo que se afirma es que esa propiedad, la de ser una constitución democrática, debe prevalecer frente a otras posibles propiedades de esa misma constitución que pudieran entrar en conflicto con ella. En este sentido, las distintas concepciones de la constitución lo que hacen es tomar una o varias propiedades de la constitución y elevarlas a la categoría de propiedades “rectoras” de esa constitución. El garantismo, el originalismo, el procedimentalismo, el mecanicismo, el sus-

tantivismo, el principalismo, etc. en cuanto concepciones de la constitución no niegan que junto a ciertas propiedades de la constitución coexistan otras, lo que afirman es que en caso de incertidumbre, indeterminación, conflicto, etc. cierta propiedad de la constitución debe prevalecer sobre las demás.

Las disputas entre concepciones de la constitución no versan sobre las propiedades que caracterizan a una constitución, sino sobre la preeminencia de unas sobre otras. No se trata de disputas sobre cómo deben ser descritas las cosas (no se discuten las propiedades de una constitución), sino sobre cómo deben ser preferidas (se discute qué propiedad pesa más en caso de conflicto). Si se tiene claro esto, es fácil comprender el papel de “mediación” que juegan las concepciones constitucionales en la construcción de la “unidad de la constitución”, en el proceso de hacer hablar a la constitución con una sola voz. Naturalmente, este papel de las concepciones constitucionales es argumentativo y justificativo³⁵.

2. *¿Tiene los casos una única respuesta correcta?*

Respecto de esta pregunta caben tres respuestas básicas: Sí, a veces y nunca. Con las variables que hemos venido barajando hasta aquí, estas tres respuestas pueden hacerse coincidir con tres grandes concepciones del Derecho que se proyectan sobre la interpretación del Derecho, en general, y de la constitución, en particular. La concepción del Derecho como práctica, la concepción del Derecho como sistema y la concepción crítica del Derecho. Aquí, como imagino que se comprenderá, no puedo detenerme a explicarlas. El siguiente cuadro muestra algunos corolarios que pueden extraerse de estas tres concepciones sobre el problema de la unidad del Derecho a propósito de la interpretación constitucional.

³⁵ Lo que se acaba de decir respecto de las concepciones constitucionales no puede resultar extraño a ningún jurista acostumbrado a leer y a participar en las frecuentes y eternas discusiones relativas a las “naturalezas jurídicas” de las instituciones. Más allá del hecho de que esas discusiones tienden a estar presididas por un sinfín de enredos y a ocultar los términos sobre los que realmente versan, en lo arriba expuesto están dadas las claves para la comprensión de las mismas. Las discusiones a propósito de las naturalezas jurídicas son discusiones normativas destinadas a aclarar el alcance de un concepto o institución (es decir, sólo son operativas ante casos que no son claros); para ello se trata generalmente de determinar qué propiedad dentro del conjunto de propiedades que caracterizan al concepto o institución opera como propiedad “rectora” (la que determina su “esencia o naturaleza” y que permite definir prioridades entre esas propiedades); y, finalmente, son claramente argumentativas y justificativas (se trata siempre de ofrecer razones en favor de una determinada interpretación).

¿Tienen los casos una única respuesta correcta?

<i>Sí</i>	<i>A veces</i>	<i>Nunca</i>
El Derecho como práctica	El Derecho como sistema	El Derecho presenta una indeterminación radical.
La constitución es una unidad dotada de sentido.	La constitución es un conjunto de enunciados cuya unidad es relativa a los casos.	La constitución es esencialmente contradictoria en términos valorativos.
-Hay una respuesta correcta para cada caso. -La única respuesta correcta expresa un ideal regulativo de la práctica constitucional.	-En los casos resueltos por el sistema hay una única respuesta correcta. -En los casos no resueltos, la unidad se decide.	-Nunca hay una única respuesta correcta. -La única respuesta correcta como ideal regulativo es falsa conciencia. -El Derecho como sistema es falsa conciencia.
Caso fácil/caso difícil.	Caso regulado/caso no regulado.	El intérprete puede presentar todos los casos como regulados/no regulados o como fáciles/difíciles. Instrumentaliza las clasificaciones.
Énfasis en la dimensión valorativa del Derecho.	Énfasis en la dimensión autoritativa del Derecho.	Énfasis en la dimensión instrumental del Derecho.
Concepción constructivista y/o interpretativista del Derecho	Concepción convencionalista y/o sistemática del Derecho	Concepción instrumentalista y/o crítica del Derecho

V. ¿CÓMO CONCEBIMOS (O DEFINIMOS) LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL?

1. *Dos maneras de concebir el Estado constitucional*

La cuestión es clara: según cómo construyamos el objeto constitución extraeremos unos u otros corolarios interpretativos. Aquí no voy a detenerme en toda la complejidad que entraña el concepto de constitución. Lo que sí voy

a hacer es contraponer dos grandes formas de concebir (identificar, definir) “jurídicamente” (es decir, en cuanto juristas) la constitución del Estado constitucional. La primera, inspirada en el constitucionalismo garantista de Ferrajoli, vendría a sostener que la constitución del Estado constitucional se define solo por *lex superior*; la segunda, que podríamos llamar “constitucionalismo principialista”, sostendría que la constitución del Estado constitucional se define por *lex superior* más ciertos contenidos necesarios (definitorios).

Escribe y estipula Ferrajoli³⁶: “Así, será conveniente utilizar la expresión ‘*ius-constitucionalismo*’ o ‘*constitucionalismo jurídico*’, o mejor aún ‘*estado constitucional de derecho*’ o simplemente ‘*constitucionalismo*’, para designar [...] al constitucionalismo rígido [...] En este sentido, el rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia *positiva* de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad [...]”. “La finalidad [de este escrito, el de Ferrajoli] es sostener [...] una concepción del constitucionalismo estrictamente “iuspositivista”, entendiendo por “positivismo jurídico” una concepción y/o un modelo de derecho que reconoce como “derecho” a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por lo tanto, de su eventual injusticia”.

Frente a esta forma de entender el Estado constitucional hay que afirmar que no todo Estado que tiene una constitución (una constitución rígida y regulativa: la *lex superior* de la que habla Ferrajoli) es un Estado constitucional³⁷.

³⁶ Ferrajoli, Luigi: “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” (trad. de N. Guzmán) en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 33, 2011.

³⁷ Hace ya muchos años, en 1966, Elías Díaz comenzaba su conocidísimo libro *Estado de Derecho y sociedad democrática* con un lapidario “No todo Estado es un Estado de Derecho”. Esta frase pretendía cumplir algunas funciones coyunturales vinculadas a la resistencia democrática española a la dictadura franquista; pero la frase en cuestión tenía (y tiene) un sentido teórico que trasciende con mucho a aquella coyuntura política. El concepto de “Estado de Derecho”, viene a decir la frase, no es sólo un concepto descriptivo-clasificadorio, es también -y de manera muy relevante- un concepto valorativo. Ello es muy importante por lo siguiente: El Estado de Derecho no coincide simplemente con la juridicidad o la legalidad como parecen suponer muchos juristas positivistas. Si así fuera, todo Estado moderno sería un Estado de Derecho, pues ningún Estado puede prescindir del Derecho como un instrumento para guiar y controlar las conductas. Es, pues, un concepto normativo/valorativo cuya función no es describir una mera propiedad del Derecho moderno. Es un concepto normativo/valorativo, resultado de la asunción de ciertas exigencias ético-políticas y que sirve para evaluar los diferentes sistemas jurídico-positivos [Cfr. Laporta, Francisco: “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 15-16 Vol. I, 1994, págs. 133 y ss.]. Por ello, porque el concepto de “Estado de Derecho” tiene la referida naturaleza normativo-valorativa, se explica que en torno a él puedan desarrollarse las actitudes crítico-prácticas propias de un “aceptante”. Con el concepto de “Estado constitucional de Derecho” ocurre exactamente lo mismo.

Por sí misma la *lex superior* identifica tan poco al Estado constitucional de Derecho como la *lex posterior* al Estado legal (o legislativo) de Derecho. El “Estado de Derecho”, en general, no es simplemente observable a partir de puros rasgos estructurales. La rigidez constitucional orientada a preservar la “verdadera religión” (es decir, a negar la libertad religiosa) es incompatible con lo que llamamos Estados constitucionales. Lo que propone Ferrajoli es que seamos leales al positivismo aunque para ello debamos vaciar el garantismo. La insuficiencia de sus planteamientos proviene de la necesidad de dotar de valor y de sentido a las referidas propiedades estructurales. Entre otras cosas, porque la rigidez y la normatividad de las constituciones sólo son valiosas (no en vano se trata de puras técnicas de protección) en la medida en que sean garantía de cosas a su vez consideradas valiosas. Estas mismas técnicas al servicio, por ejemplo, no de una expectativa considerada valiosa y, por tanto, merecedora de ser protegida en forma de un derecho, sino de un privilegio (es decir, de una expectativa no valiosa y/o no justificada) resultan simplemente insostenibles e irracionales. Sólo si se introduce el componente de valor inserto en las constituciones tiene sentido, en mi opinión, a diferencia de lo sostenido por Ferrajoli, hablar de “garantismo”. Una garantía independizada del valor de lo garantizado es, me parece, un sinsentido práctico.

En cualquier caso, y más allá de la discusión con Ferrajoli, lo que me interesa resaltar es que hay dos grandes formas de definir en términos jurídicos la constitución del Estado constitucional: una, toma como rasgo definitorio del Estado constitucional solo la forma constitucional (la *lex superior*), mientras que la otra incluye junto a la forma constitucional ciertos contenidos “necesarios”. El siguiente cuadro resume algunos corolarios que se siguen de las mismas:

Estado constitucional definido:

a) Sólo por Lex Superior (constitucionalismo garantista).	b) Por Lex Superior más ciertos contenidos necesarios (constitucionalismo principialista).
Todo Estado con <i>lex superior</i> es un Estado constitucional.	No todo Estado con <i>lex superior</i> es un Estado constitucional.
La C. es una “fuente-acto” y todo en ella es decidido.	La C. es una fuente-acto. Se decide la formulación de todas las normas, pero hay normas necesarias.
La explicación jurídica de todas las normas constitucionales remite al poder constituyente.	La explicación jurídica de algunas normas constitucionales remite al poder constituyente; la de otras, no.

Todos los derechos son constituidos.	Algunos derechos son reconocidos.
Los argumentos metaformales son metaconstitucionales.	Los argumentos metaformales no son necesariamente metaconstitucionales.

Explicuemos un tanto el cuadro, tratando de justificar sobre todo la opción b). Es evidente que en un sistema jurídico-político que cuenta con la “forma constitucional” (es decir, con una “constitución formal”) se ha tomado una “decisión” respecto de qué cuenta como constitución dentro de ese sistema jurídico-político, pero de ahí no se sigue nada suficiente para la identificación del Estado constitucional. Sólo algunos Estados que cuentan con una constitución formal, rígida y regulativa son Estados constitucionales de Derecho: aquellos cuyas constituciones satisfacen ciertos “contenidos”. Lo característico (y distintivo) no está sólo en la forma ni sólo en la sustancia. Sino en que la forma (la *lex superior*) opera como garantía de una cierta sustancia, no de cualquier sustancia. Si uno acepta este elemental razonamiento se ve abocado a extraer el siguiente corolario. En toda constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios. No es concebible un Estado constitucional sin derecho a la libertad de expresión, sin derecho de asociación, sin democracia o sin los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, etc. Sin esos derechos y/o principios habrá *lex superior* pero no Estado constitucional de Derecho. Es discutible cuál es el contenido “esencial” del Estado constitucional (aquél sin el cual no podría hablarse de Estado constitucional), pero lo que, en mi opinión, resulta indudable es que ese contenido no se identifica sólo por la forma jurídica que adopta. Es, más bien, al revés: se le da cierta forma a un contenido porque se lo considera fundamental. Entender el Estado constitucional supone darse cuenta de que, a pesar de que la constitución es una fuente-acto, hay un núcleo en el cual opera el tan denostado por Ferrajoli *veritas, non auctoritas, facit legem*. Tomemos como ilustración de lo que se quiere decir el art. 16 de la C. E.³⁸ Es trivialmente cierto que la forma constitucional iguala los apartados 1 (reconocimiento de la libertad ideológica, religiosa y de culto) y

³⁸ Art. 16: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

3 (deber de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica) de dicho artículo. No hay duda, ambos apartados son igualmente fragmentos de la Constitución española. Pero de ahí no se sigue que “pesen” lo mismo en términos jurídicos. El apartado 1 expresa un principio necesario del constitucionalismo democrático (de forma tal que si ese contenido fuera eliminado del texto y/o de la práctica constitucional difícilmente diríamos que estamos ante un Estado constitucional de Derecho), mientras que el apartado 3 expresa todo lo más un contenido idiosincrásico (podría no formar parte de la Constitución española o ser derogado sin que ello afectase a la calificación del orden jurídico-político español como Estado constitucional). Detrás de esta afirmación hay argumentos “no formales”, “para-formales” o “meta-formales”, pero en ningún caso, meta-constitucionales o meta-jurídicos; pues es el producto de entrar a “ponderar” sustancia jurídica y de tomar en consideración, dentro de las normas constitucionales, la distinción entre normas necesarias y normas contingentes (es decir, idiosincrásicas)³⁹.

2. *La distinción entre normas necesarias y normas contingentes (idiosincrásicas)*

Como ya he dicho, en toda constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios que son inderogables. No sólo en el sentido de que la rigidez constitucional hace difícil (o altamente improbable) la derogación de su formulación normativa; sino en el sentido de que si se derogan, entonces el Estado en cuestión dejaría de ser un Estado constitucional. Por ejemplo, no es concebible la derogación del principio de libertad de expresión, o del de independencia de los jueces, o del derecho de asociación; pueden cambiar las respectivas formulaciones normativas en que se “reconocen” esos principios y/o derechos, pero no es posible su eliminación como principios y derechos y seguir hablando de Estado constitucional de Derecho. Son, en este sentido, principios necesarios del Estado constitucional de Derecho. En mi opinión, esto constituye una obviedad. Tan es así que, por ejemplo como una cuestión de hecho, nadie acude a la noción de poder constituyente para explicar por qué esos principios forman parte de la Constitución española.

Se asume que si esos principios y/o derechos no estuvieran en la Constitución española, el constituyente español no habría constituido un Estado

³⁹ Esta distinción está inspirada en la oposición entre “normas comunes” y “normas idiosincrásicas” en el Derecho constitucional europeo. Sobre ello, véase: Menéndez, Agustín J.: “Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, págs.. 139 y ss.

constitucional. En relación con estos contenidos explica bastante más la noción de “pretensión de corrección” que la noción de “voluntad del poder constituyente”. Y, en este sentido, desde una perspectiva constructivista son mucho más expresión de un consenso ideal que de un consenso fáctico. Quien entienda lo anterior, entenderá por qué en el proceso de internacionalización del Derecho constitucional hay ciertas normas que empiezan a jugar un genuino papel de “Derecho común” en lugar del de un simple Derecho comparado: En este sentido es muy importante el rol que juegan hacia el interior de los Estados constitucionales, por un lado, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y, por otro, la circulación de precedentes entre distintos tribunales constitucionales. Estos procesos no son sólo ni mucho menos el producto de una coordinación de constituyentes, sino el producto del desarrollo de una práctica y una conciencia de generación de un Derecho constitucional común.

En toda constitución “positiva” de un Estado constitucional hay también normas que expresan contenidos “idiosincrásicos”; es decir, contenidos cuya explicación va referida a las peculiaridades históricas y sociales de cada Estado constitucional. En este sentido, en cada constitución hay normas cuya explicación necesita de la noción de poder constituyente; entendido éste como expresión de la singularidad histórica de cada Estado constitucional. Por ejemplo, la noción de poder constituyente es superflua para explicar por qué la Constitución española reconoce la libertad de expresión, pero es esencial para explicar por qué España es una monarquía y no una república. Es superflua para explicar el reconocimiento de la libertad religiosa pero es básica para explicar el deber de cooperación con la Iglesia Católica. Es decir, hay todo un ámbito en las constituciones positivas en el que es cierto el dictum de “*auctoritas, non veritas, fācit legem*”. Desde una perspectiva constructivista, todas estas normas expresan no un consenso ideal, sino un consenso fáctico. Finalmente, en relación con el proceso de internacionalización del Derecho constitucional, estas normas dan lugar a un Derecho constitucional comparado, no a un Derecho constitucional común.

La adopción de un concepto no meramente formal de constitución y la asunción de esta distinción, u otra semejante, tiene una honda repercusión en la interpretación de las constituciones positivas. A modo de ejemplo, y ya para concluir, considérense las tres siguientes cuestiones:

- a) ¿Puede haber principios constitucionales no formulados en la constitución positiva? En mi opinión, sí. La Constitución española suministra un espléndido ejemplo al respecto. En efecto, el título VI, “Del poder judicial”, no hace ninguna alusión a la imparcialidad de los jueces, al principio de imparciali-

dad; habla de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento al imperio de la ley. La pregunta importante que hay que responder es si conforme al Estado constitucional español el principio de imparcialidad judicial está o no a disposición del legislador. Es decir, si el legislador mediante ley puede ponerlo o quitarlo según su parecer. En mi opinión, el principio de imparcialidad judicial es un principio constitucional aunque la constitución promulgada no lo reconozca y, en consecuencia, no es disponible por el legislador. Podría sostenerse que en realidad no se trata de un principio necesario sino simplemente de un principio implícito, pues podría extraerse por interpretación del resto de normas constitucionales. Sin duda ello es así, pero mi tesis pretende ser más fuerte y es esta: no puede haber (no es concebible el) Estado constitucional de Derecho sin principio de imparcialidad judicial. Y si las cosas son así, entonces el principio de imparcialidad judicial es un principio necesario del Estado constitucional de Derecho.

b) En caso de conflicto y/o ponderación entre una norma necesaria y una norma idiosincrásica ¿cuál debe prevalecer? Es evidente, en mi opinión, que si el razonamiento constitucional fuera meramente ideal debería prevalecer siempre la norma necesaria, es decir, el consenso ideal frente al consenso fáctico (histórico). Ahora bien, las cosas son generalmente más complicadas. En este sentido, conviene retomar la idea de práctica constitucional al completo, con sus componentes ideales y fácticos. El valor de los componentes idiosincrásicos de la práctica constitucional proviene en gran medida de haber hecho posible la práctica de los componentes ideales del constitucionalismo; y, en muchas ocasiones, la continuidad de los elementos idiosincrásicos aparece como condición necesaria para la continuidad de los componentes ideales. En este sentido, podría decirse que en ocasiones colapsa la distinción valorativa entre unos y otros componentes. Por poner un ejemplo bastante evidente de la Constitución española: La Corona no es ni por asomo un componente ideal y/o necesario del constitucionalismo; sin embargo, en España, durante mucho tiempo, ha circulado el “tópico” de que la continuidad de la Monarquía es una garantía de la continuidad de los componentes ideales del constitucionalismo. En este sentido, la idea de práctica constitucional vincula en muchas ocasiones el valor de unos a otros⁴⁰.

c) Tomando en consideración la distinción aquí asumida ¿tiene sentido hablar de normas constitucionales espurias? La idea de norma espuria no alude como el punto anterior a un caso de colisión y/o ponderación entre una norma necesaria y una norma idiosincrásica. Se trata de otra cosa: hablar

⁴⁰ En este punto, aunque no coinciden exactamente con lo que aquí sostenido, son plenamente relevantes todas las consideraciones que hace Carlos S. Nino en relación con la aceptación del control judicial de constitucionalidad frente a decisiones democráticas para preservar “la continuidad de la práctica constitucional”. Cfr. Nino, Carlos S.: *Fundamentos de Derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la practica constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 701 y ss.

de normas constitucionales espurias supone hablar de a) normas de la constitución positiva; b) que expresan un contenido idiosincrásico (son el producto de una voluntad); y c) se juzgan inválidas desde los principios necesarios del Estado constitucional de Derecho. La cuestión es obviamente compleja y controvertida; y no voy a detenerme ahora en ella. Si quiero, sin embargo, hacer una advertencia: Quien sostenga que las Cortes constitucionales tienen competencia para juzgar (controlar) en términos sustantivos y no meramente procedimentales el ejercicio del poder de reforma constitucional, tiene que admitir la posibilidad conceptual de la existencia de “normas constitucionales espurias”. Dicha competencia solo puede justificarse para preservar (evitar la derogación de) los principios necesarios del Estado constitucional y para prevenir la promulgación de normas espurias en relación con los parámetros definitorios del Estado constitucional de Derecho.

VI. CONCLUSIONES

En este texto, más allá de los diferentes análisis que se han ido realizando a lo largo del texto, he procurado justificar dos tesis relativas a la “interpretación constitucional” o, mejor dicho, a la “interpretación de la constitución de un Estado constitucional”:

1. La tesis de la diferencia interpretativa entre constitución y ley: cuanto más rígida es una constitución regulativa (es decir, cuanta más distancia hay entre forma constitucional y forma legal), más valorativa y menos autoritativa debe ser su interpretación.
2. La tesis de la relevancia interpretativa de la distinción, dentro de las normas constitucionales, entre “normas necesarias” y “normas idiosincrásicas”.

CAPÍTULO XV

LA DOCTRINA COLOMBIANA DE LA CONEXIDAD COMO REGLA CONSTITUCIONAL DE DECISIÓN

Mitchell N. BERMAN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El debate sobre la creación judicial de las “reglas profilácticas” en los Estados Unidos*. III. *Las reglas constitucionales de decisión y el modelo de dos resultados [outputs]*. IV. *La conexidad como una regla de decisión*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Muchas de las características de la jurisprudencia constitucional colombiana resultan interesantes para los neófitos. Estoy seguro que ustedes saben de un gran número de constitucionalistas norteamericanos obsesionados con los derechos económicos, sociales y culturales y la manera como son concebidos y aplicados en gran parte del mundo, incluyendo Colombia. Es probable que un especialista del Derecho constitucional comparado también se sorprenda por, entre otras cosas, la tutela, el alcance de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, y por la doctrina del estado de cosas inconstitucional. Mi interés en este trabajo es la doctrina colombiana de la conexidad.

Entiendo los antecedentes de la siguiente forma. La acción de tutela puede ser usada para proteger sólo un subconjunto de los muchos derechos garantizados por la Constitución de 1991. Como lo establece el artículo 86, la tutela está instituida para la protección de los derechos fundamentales y el Capítulo 1 del Título II de la Constitución pretende fijar el catálogo de

* Estoy muy agradecido con Jorge Fabra Zamora por invitarme a Colombia a presentar este escrito, por los comentarios en un borrador anterior y por una excelente traducción. También agradezco a Francisca Pou Giménez por comentarios extremadamente útiles y generosos. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

derechos fundamentales, una colección muy diversa que incluye derechos contra la tortura y la esclavitud, libertad de culto y de expresión, debido proceso, igualdad y derechos de participación política. Parece derivarse de ello que los derechos comprendidos en el Capítulo 2 (derechos económicos, sociales y culturales) y en el Capítulo 3 (derechos colectivos) no tienen el carácter de fundamental y por ello no pueden ser protegidos vía tutela.

Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana tempranamente rechazó esa conclusión. Como lo explicó en una sentencia de 1992 concerniente al derecho a la educación contenido en el artículo 67:

El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991 (T-002/92)¹.

Una importante sentencia referente al derecho a la salud (garantizado por el artículo 49, en el Capítulo 2 del Título II) fallada ese mismo año, sienta las bases de la doctrina de la conexidad:

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida. (T-492/92).

Como prontamente fue reiterado por la Corte Constitucional colombiana, “[e]l derecho a la salud, cuando su vulneración o amenaza compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, goza de carácter fundamental y es susceptible de ser protegido por vía de la acción de tutela” (T-499/92). Jácome trae una lista de cerca de 80 casos hasta 2002 en

¹ Para las traducciones a inglés de las decisiones de la Corte, me he basado en Jorge González Jácome, “The Political and Legal Struggle for the Determination of Economic, Social and Cultural Rights: The Colombia and International Contexts,” *Universitas*, vol. 106, 2003, pp. 123–145. Jácome observa que la doctrina de la conexidad también es usada para determinar la permisibilidad de determinados ejercicios de poder político durante los estados de emergencia (n. 9). Que este uso de la conexidad sea análogo al uso de la conexidad en derechos fundamentales se escapa al alcance de este escrito.

donde la Corte Constitucional aplica la conexidad para lograr la protección de derechos que están por fuera del Título II del Capítulo I.

A primera vista, y para los constitucionalistas americanos, esta doctrina es enigmática. En particular, podría parecer innecesaria o ilegítima.

Para ver por qué la doctrina de la conexidad podría ser innecesaria, supóngase una acción de tutela en donde el demandante alega que ciertas acciones estatales ponen en peligro su salud. O la amenaza es tan grave que también pone en peligro su vida, o la amenaza a su salud no es tan grave, por ejemplo, sólo amenaza causar o prolongar una enfermedad. Si la Corte Constitucional concluye que la acción es una amenaza para su vida, la conexidad está establecida. Por la misma razón, sin embargo, el demandante no necesita interponer una acción con base en su derecho a la salud, sino que en lugar de eso, o adicionalmente, el demandante podría interponer una acción directamente con base en su derecho a la vida. En este tipo de caso, la doctrina de la conexidad parece innecesaria.

Supongamos en vez de ello que la Corte Constitucional no puede concluir que esta medida particular impugnada ponga en peligro la vida del peticionario. En este caso, parecería falso que el fracaso “en la protección inmediata de los primeros ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos.” (T-492 /92) Y si la acción de tutela es aceptada sobre la base de que este *tipo* de daño a un individuo puede a menudo, *en otros casos*, amenazar la vida del individuo, parece ser que la doctrina de la conexidad efectivamente permite a un demandante a entablar una tutela incluso en casos donde sus *propios* derechos constitucionales fundamentales no estén siendo amenazados, incluso si *otros* derechos constitucionales lo están. De forma desconcertante, sin embargo, esto se parece a la creación judicial del derecho en vez de la fiel interpretación y aplicación de la propia norma constitucional, la cual restringe la acción de tutela a la protección por violación o amenaza de los derechos fundamentales. Por supuesto, una respuesta posible, recurriendo a la T-002/92, sería que los Títulos de la Constitución son sólo generalizaciones diseñadas para comunicar un sentido amplio de la temática de cada sección, y no pretenden proporcionar un catalogo cerrado y riguroso. De acuerdo con esta posición, se podría decir que el derecho a la salud, aunque figura en el Título II, Capítulo 2, es realmente fundamental. Creo que esta es la posición que la Corte tomó en el año 2008 referente únicamente a la salud. Pero si es así, no está claro qué papel tiene la doctrina de la conexidad en este análisis².

² En la sentencia T-760/08, la Corte Constitucional sostuvo que el derecho a la salud es fundamental. En este análisis, la doctrina de la conexidad no juega ningún papel. Por lo tanto asumo que la sentencia T-760/08 refleja un cambio significativo en curso, como una

En este trabajo, exploraré una solución a este problema, una solución que muestre que la doctrina de la conexidad no es innecesaria ni ilegítima. Este enfoque depende de ver la doctrina de la conexidad como un ejemplo de lo que yo y otros académicos norteamericanos hemos llamado “reglas constitucionales de decisión”³. Sin embargo, antes de explicar que son las reglas constitucionales de decisión y por qué la doctrina de la conexidad podría ser útilmente concebida como un muy buen ejemplo de ellas, quiero ser claro en que no sostengo que el marco analítico que mostraré brinda la única solución posible al problema que he señalado, o incluso que sea necesariamente la mejor manera de abordar la problemática. Francamente, no tengo aún el suficiente manejo de las sentencias sobre conexidad o sobre la literatura secundaria para llegar a conclusiones definitivas sobre el Derecho colombiano. Mi esperanza es que, incluso si los expertos en Derecho constitucional colombiano concluyen que la conceptualización que ofrezco no es particularmente adecuada o útil para pensar acerca de doctrina de la conexidad, algunos lectores podrían encontrar, a pesar de todo, que este acercamiento a la estructura lógica de la adjudicación constitucional ilumina la práctica en una manera que podría resultar útil para otros propósitos, bien sean teóricos o prácticos.

El análisis se desarrolla en tres partes. En la primera parte se presenta una visión general de un antiguo debate en el Derecho constitucional norteamericano que tiene que ver con la conveniencia o legitimidad de lo que jueces y académicos suelen llamar “reglas profilácticas”. La segunda parte presenta mi esfuerzo para justificar las “reglas profilácticas” contra los cuestionamientos escépticos, un cuestionamiento expresado famosa y enérgicamente por el juez de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, Antonin Scalia. En mi opinión, cuando la Corte realiza el examen de constitucionalidad de la acción legislativa o ejecutiva no sólo anuncia normas de Derecho constitucional que obligan a los funcionarios estatales que están por fuera de la judicatura, sino que también dictamina la manera como los jueces deben proceder para establecer si una norma dada viola o no la Constitución. Estas indicaciones que están dirigidas los jueces mismos —es lo que llamo “reglas constitucionales de decisión” — son complementos necesarios a las reglas judicialmente anunciadas del Derecho constitucio-

cuestión analítica o conceptual, aunque no en términos de las consecuencias. (Estoy agradecido con Jorge Fabra por haber llamado mi atención sobre esta decisión).

³ Véase, por ejemplo, Mitchell N. Berman, “Constitutional Decision Rules,” *Virginia Law Review*, vol. 90, núm. 1, 2004, pp. 1–168; Kermit Roosevelt III, “Constitutional Calcification: How the Law Becomes What the Court Does,” *Virginia Law Review*, vol. 91, núm. 7, 2005, pp. 1649–1720.

nal que surgen de la actividad que nosotros usualmente llamamos interpretación constitucional. Por último, brevemente explico por qué podría ser posible y útil para entender la doctrina de la conexidad como una regla constitucional de decisión.

II. EL DEBATE SOBRE LA CREACIÓN JUDICIAL DE LAS “REGLAS PROFILÁCTICAS” EN LOS ESTADOS UNIDOS

Si han visto películas o programas norteamericanos de policías, probablemente han escuchado la advertencia que los policías les hacen a los sospechosos de la siguiente forma:

Tiene el derecho de guardar silencio. Todo lo que diga o haga puede y será usado en su contra en una corte de derecho. Tiene el derecho de hablar con un abogado, si no puede pagar uno, se le asignará de oficio. ¿Entiende usted estos derechos que le he leído?

Estas son llamadas “advertencias Miranda”, y son el producto de una sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, *Miranda v. Arizona*.⁴ *Miranda* hizo más que exigir una revisión del ejercicio policial en toda la nación. También provocó un intenso debate sobre la legitimidad del poder judicial que aún resuena cerca de medio siglo después.

Por muchos años antes de *Miranda*, la Suprema Corte había luchado para proteger a los acusados de la práctica de interrogatorios coercitivos por parte de la policía. Inicialmente, apoyándose en las cláusulas del debido proceso de la quinta y decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos*, la Corte había sostenido que las cortes de primera instancia no podían admitir como prueba declaraciones que habían sido obtenidas de

⁴ 384 U.S. 486 (1966).

* *N. del T.* Es importante tener en cuenta que la quinta enmienda establece: “nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”. Por su parte, el aspecto relevante de la decimocuarta enmienda es la sección 1 que establece: “[t]ampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria”.

prácticas policiales que doblegaran la “libre voluntad” del acusado y debían declarar las confesiones como “involuntarias”. Desafortunadamente, las cortes de instancia encontraron esta regla extremadamente difícil de aplicar por varias razones: no estaba claro el significado que una declaración fuese “involuntaria” o en qué momento un acusado es “doblegado”; incluso estando claro, en abstracto, el concepto de involuntariedad, era diabólicamente difícil determinar la verdad de los hechos de un caso particular en relación a la cuestión de la involuntariedad; y muchos jueces y académicos llegaron a sostener que las cortes no deberían admitir las declaraciones que habían sido obtenidas por interrogatorios demasiado intrusivos (como un interrogatorio de una duración muy extensa), que sin embargo no llegaban a la aplicación brutal de fuerza física que constituye la violación paradigmática al debido proceso .

Por todas estas razones, la Corte del caso *Miranda* centró su atención no en las cláusulas del debido proceso sino en otra cláusula de la quinta enmienda: la cláusula de auto-incriminación. Esta cláusula ordena que “nadie... será compelido a declarar contra sí mismo”. En la interpretación extendida de esta cláusula, este lenguaje les prohíbe a las *cortes* “compeler” a los acusados a declarar con amenazas de imponer sanciones de desacato a quienes se negaran a hacerlo. En parte basándose en un precedente de hace 70 años⁵, la Corte sostuvo en *Miranda* que la cláusula de auto-incriminación también prohíbe la incorporación a una investigación la declaración del acusado que haya sido compelida por una autoridad oficial por fuera de un proceso formal de investigación. Esta decisión invita a un segundo interrogante: ¿bajo qué circunstancias un policía “compele” a un sospechoso a confesar? Dicho de otra forma ¿qué constituye “compulsión” en el sentido de la cláusula de prohibición de la autoincriminación?

Las advertencias citadas surgieron como respuesta de la Corte a esta pregunta. Antes de iniciar cualquier interrogatorio de un sospechoso bajo custodia policial, dictaminó la Corte, la policía debe informar al sospechoso.

que tiene el derecho a guardar silencio, que cualquier cosa que diga puede ser usada en su contra ante una corte de derecho, que tiene el derecho a la asistencia de un abogado, y que si no puede pagar un abogado uno le será designado a él antes de cualquier interrogatorio, si así lo desea⁶.

⁵ *Bram v. United States*, 168 U.S. 532 (1897).

⁶ 384 U.S. , p. 479.

La Corte sostuvo que si la policía no hace estas advertencias, o si el acusado no renunció válidamente a la protección anunciada, el privilegio de la quinta enmienda de no autoincriminación convierte a las declaraciones en inadmisibles contra el acusado en el subsecuente juicio. En resumen, *Miranda* no sostuvo que la policía debe proferir las advertencias en todos los casos. Sostuvo que las declaraciones hechas por un acusado en juicio penal durante la custodia policial serían inadmisibles en el juicio subsecuente del causado, en virtud de la cláusula de prohibición de la auto-incriminación, a menos que la policía le haya advertido al sospechoso de sus derechos antes de interrogarlo.

La decisión provocó una tormenta de protestas por parte de los funcionarios de aplicación del Derecho, quienes pronosticaron que el fallo “maniataría a la policía” y de los críticos académicos, quienes denunciaron que la decisión era un ejercicio totalmente ilegítimo del poder judicial. Esto no es interpretación constitucional, dijeron los opositores, sino legislación desde los estrados⁷. Después de todo, parece evidente que pueden surgir casos en los que ocurran las siguientes tres cosas: la policía no hizo las advertencias requeridas, el sospechoso confesó, y la confesión no fue “compelida” en el sentido habitual del término. Imaginemos, por ejemplo, que un juez de la Suprema Corte o un profesor de Derecho penal que conoce plenamente sus derechos y confiesa espontáneamente después de la detención sin que la policía se haya tomado la molestia de avisarle acerca de lo que él ya sabe. En el juicio, sin embargo, el acusado ha replanteado su posición frente a la confesión y se ha declarado inocente. Parecería evidente que la admisión de la confesión anterior no violaría la cláusula de auto-incriminación. Pero de todos modos sería inadmisibile porque viola la directiva emitida en *Miranda*. Los críticos señalan que la Corte ha creado una “regla profiláctica” —es decir, una regla de creación judicial que puede ser violada bajo circunstancias en las cuales la regla constitucional que protege no es violada— y que dichas reglas son ilegítimas, porque imponen, sobre las ramas del gobierno nacional, y de los estados, obligaciones que exceden lo que la Constitución dispone. En palabras de uno de los críticos, “la Corte ha permitido que sus juicios morales se introduzcan más allá de la interpretación de la Constitución y lleguen al ámbito de la enmienda⁸”.

⁷ El juez Harlan manifestó esta tesis en su salvamento de voto a *Miranda*. Vease, 384 U.S., pp. 504-14 (Harlan, J., disidente).

⁸ Raymond L. Spring, “The Nebulous Nexus: Escobedo, *Miranda*, and the New 5th Amendment”, *Washburn Law Journal*, vol. 48, 1987, pp. 428-442.

En atención a estas críticas, el Congreso respondió casi inmediatamente a la sentencia *Miranda* con la promulgación de una nueva ley, la 18 U.S.C. sección 3501, la cual establecía que en las investigaciones penales a nivel federal (pero no a nivel estatal, que es donde la gran mayoría de crímenes son investigados) una confesión será admisible si es voluntaria y que “el juez competente para determinar lo referente a la voluntariedad deberá tomar en consideración todas las circunstancias que rodearon la emisión de la confesión⁹”. Pero la mayoría de los comentaristas consideró a la sección 3501 como un esfuerzo para revocar legislativamente el precedente *Miranda*, por lo tanto, es nula en virtud de los principios básicos del control de constitucionalidad, anunciado por primera vez en el caso *Marbury v. Madison*. En consecuencia, fue deslegitimada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos e ignorada por las cortes.

Mientras los académicos debatían la prevalencia y legitimidad de las reglas profilácticas (*Miranda* había sido el ejemplo más notorio, pero está lejos de ser el único), la controversia pública en torno a *Miranda* decayó. En cierta medida esto se debió a que la Corte Suprema redujo el alcance de su decisión al sostener, por ejemplo, que las declaraciones sin aviso en la custodia pueden ser admitidas para efectos de la acusación¹⁰ y que cualquier prueba que la policía descubra como resultado de declaraciones sin la advertencia en la custodia no sería excluida¹¹. Aún más importante, con el tiempo los Departamentos de policía habían asimilado que los sospechosos que habían sido informados de sus derechos a guardar silencio y sus abogados raramente los invocaban. Por estas razones, la policía había hecho las paces con *Miranda*.

En resumen, treinta años después de *Miranda*, las dudas sobre la legitimidad de la decisión habían pasado a un segundo plano aunque no quedaron completamente resueltas. Las cosas cambiaron cuando, en 1999, una Corte Federal de Apelaciones desempolvó la ley 18 USC sección 3501, para poder admitir la confesión de un acusado a pesar de que la primera instancia había sostenido que la policía obtuvo la confesión durante el interrogatorio policial sin haber emitido los avisos requeridos por *Miranda*. El acusado apeló la decisión ante la Suprema Corte de Estados Unidos y, en *Dickerson*

⁹ 18 U.S.C. sección 3501(b) (2000). La legislación procedió a ofrecer una lista no exhaustiva de los factores que merecen consideración, y enfatizó que esta era un análisis exhaustivo que conducía a la conclusión que “la presencia o ausencia de los factores anteriormente señalados (...) no debe ser concluyente de la involuntariedades de la confesión”. *Idem*.

¹⁰ *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971).

¹¹ *E.g., Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974); *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

v. *United States*¹², la Corte anuló el fallo de la Corte de apelaciones con un sorprendente margen de 7-2.

De forma sorpresiva, el presidente de la Suprema Corte William Rehnquist, uno de los jueces más conservadores y crítico por mucho tiempo de *Miranda*, se adhirió a la posición mayoritaria. El caso, escribió, plantea el problema de “si el congreso está constitucionalmente autorizado para (...) anular el precedente *Miranda*”¹³; a lo que responde “depende de si la Corte en *Miranda* fijó una regla constitucional o simplemente ejerció su autoridad de supervisión [sobre las cortes federales] para regular la evidencia en ausencia de la dirección reguladora del congreso”¹⁴. La sección 3501 es una norma válida en el segundo caso porque las normas de supervisión están sujetas a control total por parte del Congreso. Pero si ocurre la primera situación, la sección 3501 está en contradicción con *Marbury*.*

El presidente de la Suprema Corte reconoció que el texto de *Miranda* se podía interpretar para apoyar ambos puntos de vista. El factor decisivo que demuestra “que *Miranda* es una decisión de rango constitucional”, no obstante, “es que en *Miranda* y los dos casos que lo acompañan se aplicó esa regla para revisar las actuaciones de las cortes estatales¹⁵” y que en lo sucesivo la Suprema Corte ha aplicado regularmente el precedente *Miranda* a las cortes federales¹⁶. Considerando que “está fuera de toda duda que no se falló bajo el poder de supervisión sobre las cortes de varios estados¹⁷”, la mayoría se vio obligada a concluir “que *Miranda* está fundamentado cons-

¹² 530 U.S. 428 (2000).

¹³ *Id.* p. 437.

¹⁴ *Id.*

* *N. del T.* Aunque se puede inferir del texto, es importante hacer una claridad de esta exposición. Basándose en el artículo III de la Constitución de Estados Unidos que garantiza un poder a las cortes federales de regular el procedimiento al momento de decisión, la Suprema Corte regularmente prescribe reglas de procedimiento y prueba a las cortes inferiores. Esto se llama “poder” o “autoridad de supervisión”. Cuando la Corte ejercita poder de supervisión, regula los procedimientos de las demás cortes federales. (Ver. *Dickerson v. United States* 530 U.S. 428, 437 (2000)) El aspecto relevante para la exposición es saber que las reglas creadas mediante el poder de supervisión pueden ser derogadas por el congreso. Una situación muy diferente es cuando se está en el control de constitucionalidad que es regulado por *Madbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)). Cuando se está controlando si una norma está en oposición a la Constitución, es la “misma esencia del deber judicial”, dice *Marbury*, “que las cortes deben consideración a la Constitución, como superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, y es la Constitución y no tal acto ordinario el que debe gobernar el caso al cuál ambos se aplican”. En ese sentido, la directrices emitidas en los casos de control de constitucionalidad [judicial review] no pueden ser derogadas por la autoridad legislativa ordinaria.

¹⁵ *Id.* p. 438.

¹⁶ *Id.* p. 438 & 439 n.3.

¹⁷ *Id.* p. 438.

titucionalmente¹⁸". El Congreso, por lo tanto, carece de la capacidad constitucional para anular *Miranda* mediante la legislación. La sección 3501 fue declarada inválida.

Escribiendo a nombre propio y en el del juez Clarence Thomas, el juez Scalia discrepó. Mientras que la mayoría presumió que *Miranda* era legítimo y, al descartar que fuera una regla de supervisión sobre las corte federales, concluyó además que era una regla de rango constitucional, el juez Scalia se preguntó si las advertencias establecidas en *Miranda* estaban realmente blindadas con el precedente de interpretación constitucional de *Marbury*:

La corte hoy insiste en que la *decisión Miranda* es "constitucional", que tiene una "base y un origen constitucional", que "estaba basada en la Constitución", y que "estableció una regla constitucional". Este es un dijo juego de palabras; pero lo que hace que una decisión sea "constitucional" en el sentido que importa aquí —en el sentido que no pueda ser reemplazado por la legislación del congreso como la sección 3501— es la determinación que la Constitución contiene el resultado que la sentencia establece, pero que la ley ignora¹⁹.

Y el Juez Scalia concluyó que la mayoría no dijo que *Miranda* era "constitucional" *en ese sentido* porque ellos así no lo creían así. Al menos, desde su punto de vista fue algo bueno del fallo, dado que "si el fallo *Miranda* se lee como una explicación de lo que la Constitución exige es absurdo²⁰".

Si *Miranda* no es interpretación constitucional (incluso una mala interpretación constitucional), la siguiente pregunta es si es aceptable de otra forma. Pero si lo es, el juez Scalia afirmó, "la única cosa que puede significar en el contexto de este caso es que esta Corte tiene el poder, no sólo para aplicar la Constitución, sino para ampliar, imponer lo que considere útiles restricciones profilácticas al Congreso y a los Estados²¹". En respuesta a la afirmación hecha tanto por el acusado como por la fiscalía en el sentido de que "no hay nada excepcional, ni mucho menos inconstitucional, en que la Corte adopte reglas profilácticas para reforzar los derechos constitucionales y exigir su cumplimiento al Congreso y a los Estados"²², el juez Scalia concluyó que era excepcional e inconstitucional: "Este es un inmenso y aterrador poder anti-democrático, y tal poder no existe²³".

¹⁸ *Id.* p. 440.

¹⁹ Dickerson, 530 U.S. p. 454 (Scalia, J., disidente) (citás omitidas).

²⁰ *Id.* p. 448 (Scalia, J., disidente).

²¹ *Id.* p. 446 (Scalia, J., disidente).

²² *Id.* p. 457 (Scalia, J., disidente).

²³ *Id.* p. 446 (Scalia, J., disidente). El Juez Scalia fue más lejos de lo que había ido la Corte de instancia. Lo que la Corte manifestó es que el congreso podría modificar *Miranda*

Desafortunadamente, la mayoría no participó del ataque del juez Scalia. Al tomar nota del argumento disidente de que “es una extralimitación judicial de esta Corte considerar la sección 3501 inconstitucional, a menos que sostengamos que las advertencias *Miranda* son exigidas por la Constitución, en el sentido de que se impone mucho más de lo necesario para satisfacer los requisitos constitucionales”, la mayoría se adhirió a la convicción de que “no es necesario ir más allá de *Miranda* para decidir este caso²⁴”. Teniendo en cuenta que la sección 3501 sólo restableció el examen en conjunto para determinar la voluntariedad, examen que en *Miranda* se había rechazado por inadecuado, la mayoría llegó a la conclusión de que la ley “no puede ser mantenida si *Miranda* sigue siendo norma²⁵”. Y, para la mayoría, si *Miranda* sigue siendo norma aplicable, esto es simplemente una simple cuestión de *stare decisis*. “Estemos o no de acuerdo con el razonamiento de *Miranda* y su regla resultante”, explicó el presidente de la Suprema Corte Rehnquist, “los principios de la cosa juzgada pesan en contra de modificar el precedente ahora²⁶”.

Pero la fuerza de la cosa juzgada en este caso era discutible por varias razones. Primero, el juez Scalia no había simplemente cuestionado el *razonamiento* utilizado en *Miranda*. Él había insistido en que la Corte en *Miranda* carecía del poder constitucional para anunciar la regla (al menos una vez admitida la verdadera naturaleza de esa regla como “regla profiláctica” extra-constitucional). Y si esa corte había actuado *ultra vires*, la regla podría ser considerada inválida *ab initio*, lo que hace el análisis del precedente judicial innecesario.

Por estas razones, el fracaso de la mayoría para resolver si en primera instancia *Miranda* fue un ilegítimo ejercicio del poder judicial es realmente frustrante. Al ignorar los argumentos de Scalia, la mayoría dejó sobre la mesa una serie de preguntas que parecen exigir una respuesta: ¿Fue *Miranda* una regla profiláctica o no? Si así es, ¿qué la hace legítima? Y si no, ¿qué es una regla profiláctica? y ¿por qué *Miranda* no lo es? Es decir, una vez que nos apartamos de las referencias confusas que la mayoría hizo a la “dimensión constitucional” o “base constitucional” de *Miranda*, ¿cuál es la naturaleza exacta de las exigencias de las advertencias constitucionales y de qué mane-

a través de legislación. En la perspectiva de Scalia, el requisito de las advertencias *Miranda* no sólo eran “modificables” mediante la legislación, sino inválidas *ab initio* –al menos en su aplicación frente a los estados–.

²⁴ Dickerson, 530 U.S. p. 442.

²⁵ Dickerson, 530 U.S. p. 443.

²⁶ *Id.*

ra difieren de una regla profiláctica? ¿Qué hace este tipo de reglas legítimas si una regla profiláctica no lo es (o puede que no lo sea)?

II. LAS REGLAS CONSTITUCIONALES DE DECISIÓN Y EL MODELO DE DOS RESULTADOS [OUTPUTS]

1. *Dos modelos de adjudicación constitucional*

Los críticos de lo que de lo que ellos mismos llaman “activismo judicial”, que proclaman que las decisiones como *Miranda* crean “reglas profilácticas” y que dichas normas son ilegítimas, parecen entender la revisión constitucional en una forma simple de dos pasos: en primer lugar, las cortes interpretan la Constitución para producir esas normas de aplicación general que denominamos Derecho constitucional; en segundo lugar, aplican esas normas generales a los hechos de un caso particular para llegar a una determinación sobre el caso. En las controversias constitucionales, el fallo tomará la forma de una determinación acerca de si la ley o la acción del Ejecutivo cuestionada está constitucionalmente permitida o no.

Para dejar el punto claro, este no es el final de la historia. Si la legislación o la acción del ejecutivo se consideran inconstitucionales, corresponde a la Corte emitir una orden [*ruling*] sobre lo que deberá hacerse. A menudo, la orden toma una forma sencilla e indiscutible —por ejemplo, se ordena resarcir un daño a la persona cuyos derechos fueron vulnerados, o se anula una condena penal o se rechaza la acusación o se ordena un nuevo juicio—. En algunos casos, sin embargo, una corte concluye que no existe una forma simple reparar una vulneración existente de la Constitución, por lo que su orden incluye alguna forma compleja de decreto remedial. Esta situación es cada vez más rara en los Estados Unidos, pero es prevalente en la Corte Constitucional colombiana. Para ser claro en este punto, me estoy centrando por ahora sólo en aquellas actividades y resultados [o *outputs*] judiciales que se producen como consecuencia de una determinación según la cual una determinada acción estatal es o no constitucionalmente admisible. Por lo tanto, las órdenes de preventivas [*injunctions*], aunque inmensamente complicadas e interesantes, están fuera del escenario por ahora. El punto importante es que, desde esta visión de la estructura lógica de la adjudicación constitucional, sólo surge una norma general entre la Constitución y la determinación de la Corte en casos específicos. A este modelo lo llamo el modelo de la adjudicación constitucional de “un resultado” o “un *output*”.

Una familia de puntos de vista opuestos respalda lo que yo llamo la “tesis de dos resultados” o “dos *outputs*”²⁷. Desde este punto de vista, las cortes actúan correctamente cuando elaboran las doctrinas para administrar o implementar las normas constitucionales que son producto de un proceso adecuadamente denominado “interpretación”. Por ejemplo, la cláusula de igualdad de la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece que “[n]ingún Estado podrá (...) negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción un tratamiento igual ante las leyes”. Sin embargo, las demandas por violación a este derecho, nunca son juzgadas con referencia a este fragmento, sino decididas sobre la base de una elaborada serie de “tests” que han surgido a lo largo del tiempo a través de decisiones judiciales. La legislación que discrimine o clasifique por causa de raza, religión o nacionalidad se declarará inconstitucional a menos que sea “estrictamente ajustada para poder lograr un interés del Estado considerado como muy importante”. Por otro lado, las clasificaciones basadas en el sexo, y la mayoría de las discriminaciones contra extranjeros, se mantienen sólo si están “sustancialmente relacionados con un interés estatal importante,” mientras que la mayoría de los otros tratamientos desiguales (como las leyes que tratan a las personas de manera diferente en función a su edad, o las que dan un trato favorable o desfavorable a ciertos tipos de negocios, o a negocios de cierto tamaño) son considerados acordes con el requerimiento constitucional de “igualdad ante la ley” pues mantienen “una relación racional con un interés legítimo para el Estado”.

Dado que es difícil ver cómo esta doctrina de múltiples partes de doctrina de creación judicial pueda ser defendida como una “interpretación” del texto constitucional, los defensores de la tesis de los dos *outputs* creen que estos “niveles de escrutinio de la igualdad” se entienden mejor como tests manejables judicialmente creados por las cortes para administrar más efectivamente una norma jurídica más general que ellos (los jueces) creen están contempladas o creadas en la cláusula de igualdad, pero que las cortes no se han molestado en explicar. Sólo para efectos ilustrativos, podría ser cierto que el verdadero Derecho constitucional que precisamente surge a través del proceso de interpretación constitucional (lo que sea, que esto signifique) incorpora un principio de proporcionalidad: el Estado cumple con su obligación de proporcionar el mismo trato ante la ley sólo en la medida que persiga un objetivo estatal legítimo que no dependa de razones arbitrarias,

²⁷ Mitchell N. Berman, “Aspirational Rights and the Two-Output Thesis”, *Harvard Law Review Forum*, vol. 119, 2006, p. 220 (disponible online www.harvardlawreview.org/forum/issues/119/mar06/berman.pdf)

injustas o irracionales, no cree mayores desigualdades que las que razonablemente sean necesarias, y los avances resultan suficientemente importantes si se compara con el grado de desigualdad producida. Pero incluso si esto es una aproximación bastante razonable de la norma constitucional subyacente, dista de ser una norma jurídica ideal desde la perspectiva de los valores del ordenamiento jurídico como la previsibilidad y uniformidad. Por lo tanto, dicen los partidarios de la tesis de los dos *outputs*, se podrá entender la labor de las cortes si se tiene en cuenta que deben hacer dos cosas en el espacio lógico, donde, de acuerdo con la tesis de una salida, ocurre o debe ocurrir sólo una cosa: ellos han interpretado la Constitución para obtener una norma constitucional²⁸, y han creado los tests para aplicar esta norma que, de acuerdo a uno o más *desiderata*, está mejor adaptado para la aplicación judicial.

Muchos académicos han avanzado en la elaboración de ligeras variantes de la tesis de dos salidas²⁹. Pero todos reconocen dos normas complejas que median entre la Constitución y el fallo: la norma legal interpretada y la doctrina creada por la Corte que permite la implementación. Además, todos ellos provocan a la misma objeción de los críticos de las normas profilácticas. Una regla profiláctica es una doctrina creada por los jueces que extralimita la interpretación judicial de la norma constitucional, es decir, que la doctrina puede ser violada incluso cuando la verdadera norma constitucional (como fue interpretada por la Corte) no lo es. Como hemos visto, los críticos objetan que, incluso si la tesis de los dos *outputs* es una descripción precisa de lo que las cortes norteamericanas hacen, o de lo que la Suprema Corte de los Estados Unidos hace, el hecho es que no está plenamente establecido que el actuar de la rama judicial esté permitido. Por el contrario, dicen los críticos, la creación y aplicación de la doctrina de sobre-protección es antidemocrática y por lo tanto, es activismo judicial ilegítimo.

²⁸ De forma importante: por “norma constitucional”, no quiero decir algo que carece de naturaleza jurídica. Esta norma no es, por ejemplo, “simplemente aspiracional”. La tesis de los dos *outputs* se puede acomodar a la idea de que la norma que emerge de la interpretación constitucional es una regla y la doctrina creada para administrar la norma también es una regla.

²⁹ Vease, por ejemplo, Henry P. Monaghan, “The Supreme Court, 1974 Term—Foreword: Constitutional Common Law”, *Harvard Law Review*, vol. 89, 1975, p. 1; Lawrence Gene Sager, “Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms”, *Harvard Law Review*, vol. 91, 1978, p. 1212; Richard H. Fallon, Jr., “The Supreme Court, 1996 Term—Foreword: Implementing the Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 111, 1997, p. 54

2. *Regla de decisión constitucional*

La perspectiva de las reglas constitucionales de decisión es una interpretación particular de la tesis de los dos *outputs* que tiene como objetivo hacer un mejor trabajo que otros enfoques dentro de la misma familia de ideas que tratan de refutar la acusación de ilegitimidad. La mayor parte de los defensores de la tesis de los dos *outputs* asumen o quieren dar a entender que tanto la norma interpretada como la doctrina construida se aplican, o que están dirigidas, a los mismos actores. Es decir, por ejemplo, que la norma constitucional que prohíbe el trato desigual ante la ley está dirigida a los legisladores y funcionarios del poder ejecutivo por igual, y también lo están los niveles de escrutinio que constituyen la doctrina constitucional construida judicialmente. Para simplificar un poco, mi conceptualización preferida de la estructura lógica de la adjudicación constitucional sostiene que las normas interpretadas regulan a los actores no judiciales, mientras que las reglas de decisión constitucional les dicen a las cortes cómo decidir si esas normas son cumplidas³⁰.

Para entender esta afirmación, obsérvese que, con independencia de la naturaleza de la norma en cuestión, una corte debe determinar, en un caso dado, si esa norma es respetada. El artículo 2 de la Constitución de los Estados Unidos se refiere a la presidencia. Entre otras cosas, se establece que ninguna persona “será elegible para el cargo de presidente (...) si no ha cumplido treinta y cinco años³¹”. Esta es una disposición en forma de regla particularmente clara. Pero esta norma no se aplica automáticamente. Si un caso en el que se alega una violación de esta disposición llega a las cortes, es el juez o los jueces los llamados a determinar si el candidato en cuestión tiene por lo menos 35 años de edad. O consideremos la prohibición de la cuarta enmienda de “registros y aprehensiones irrazonables³²”. En un caso que surge de la interpretación de esta disposición, la Corte debe determinar los hechos subyacentes y debe determinar, teniendo en cuenta estos hechos, si el registro o la aprehensión en cuestión era constitucionalmente “razonable”. Estos no son ejemplos inusuales. El punto simple y obvio que estoy

³⁰ Esta es una sobresimplificación porque algunas normas constitucionales se dirigen a las cortes en primer lugar. Por ejemplo, mientras que los derechos constitucionales relacionados con la expresión, la religión, la igualdad y similares principalmente regulan lo que las legislaturas y los agentes ejecutivos pueden hacer, los derechos constitucionales para los juicios —como el privilegio contra la auto-incriminación discutida en Miranda, gobiernan lo que las cortes pueden o deben hacer.

³¹ U.S. Const. Art. II, sec. 1, cl. 5.

³² U.S. Const. amdt IV.

tratando de mostrar aplica a toda norma, ya sea constitucional o infra-constitucional, se refiera a las estructuras o a los derechos, tenga estructura de regla (como la edad mínima para ser presidente) o estructura de principio (como el de la cuarta enmienda). Y este punto es que una corte se enfrenta a la obligación de resolver los asuntos convertidos que se hacen relevantes por la norma rectora incluso cuando los jueces no tienen acceso directo a los hechos jurídicamente relevantes. La pregunta que se desprende de esta observación es: ¿cómo puede una corte realizar esta tarea?

Se podría pensar, claro, que la respuesta es obvia. Sólo bajo la superficie, se podría decir, está una directiva tácita inconscientemente entendida por todos. Dicha directiva establece que la Corte debe concluir que la norma rectora es violada sólo si está convencida, con base en todas las pruebas, que es más probable que improbable que la norma rectora fue violada*. Volviendo a los ejemplos anteriores, la Corte debe concluir que un candidato presidencial cuya elegibilidad se cuestiona es elegible puede ser presidente si y sólo si la Corte cree, con base en las pruebas, que es más probable que improbable que el candidato tenga por lo menos 35 años de edad. Del mismo modo, la Corte debe concluir que la aprehensión era razonable si y sólo si cree que, de forma más probable que improbable, la aprehensión era razonable. Llamemos a esta directiva de adjudicación de los casos que surgen en virtud de disposiciones constitucionales como la el estándar de prueba más-probable-que-improbable “regla constitucional de decisión”. De esto se desprende que las cortes involucradas en la jurisdicción constitucional deben operar con dos normas generales: la norma particular que dispone o establece una consecuencia jurídica, y la regla constitucional de decisión generalmente aplicable más-probable-que-improbable.

Ahora llegamos a la pregunta interesante: ¿deben las cortes aplicar siempre esta regla simple no anunciada en todos los contextos o, en vez de ello, pueden reemplazar la regla de decisión por otras reglas más ajustadas (según el criterio de la Corte) a la norma constitucional particular en cuestión? Yo creo que es legítimo que las cortes elaboren reglas de decisión para normas constitucionales particulares, y que tales reglas de decisión son el segundo *output* de la tesis de los dos *outputs*.

* *N. del T.* El autor hace referencia al estándar de prueba que se aplica en los Estados Unidos en todos los procedimientos por fuera del Derecho penal. El estándar “más probable que improbable” es el mismo estándar que en *civil law* se conoce como “preponderancia de la evidencia”. Según este estándar, la preponderancia se basa en que exista evidencia más convincente (no mayor cantidad de evidencia) que hagan más probable que los hechos ocurrieron de la forma señalada. El estándar de preponderancia se opone al estándar de Derecho penal donde se requiere que la acusación esté probada “más allá de toda duda razonable”.

Una buena manera de abordar esta cuestión es preguntarse por qué la regla de decisión por defecto es la “más probable que improbable” o de “preponderancia de evidencia” (en adelante MPQI)³³. La respuesta más probable, creo, es que este es el estándar epistémico que se instituye para minimizar los errores de la adjudicación. Es por eso que es el estándar adoptado por la mayoría de los litigios civiles. Pero, por supuesto, el estándar MPQI no siempre minimiza los errores en relación con otras alternativas. Así que, en la medida en que ese es el fundamento de esta regla de decisión, parece que las cortes deben estar autorizadas para cambiar esta regla por una regla de decisión diferente que reduzcan al mínimo de mejor forma los errores totales en la adjudicación. Recuérdese *Miranda* mismo. Si, como es muy posible, los jueces de conocimiento tienen un perjuicio general a favor de los testimonios de la policía y en contra del testimonio de los acusados en proceso penales, adjudicar las demandas bajo la cláusula de prohibición de auto-incriminación bajo la regla constitucional de decisión MPQI predeciblemente produciría más errores totales que una regla de decisión diseñada para contrarrestar los prejuicios cognitivos —por ejemplo, una regla que ordene a las cortes concluir que una declaración del acusado fue forzada a menos que sea persuadido de lo contrario por evidencia clara y convincente—. Es difícil imaginar el argumento persuasivo que establecería que una corte se compromete en activismo ilegítimo al crear una regla de decisión de esta clase.

Pero, ¿por qué debe permitirse a las cortes crear reglas de decisión no estándar sólo para propósitos de minimizar los errores adjudicatorios? Después de todo, el fundamento más común para adoptar un estándar diferente de MPQI es minimizar los errores *calificados*, en contextos en los cuales el costo de los falsos positivos y falsos negativos es diferente. Esto es, por supuesto, la justificación común para el estándar más-allá-de-toda-duda-razonable empleado en los juicios angloamericanos: una condena errónea es un

³³ También vale la pena pensar acerca de qué parte lleva la carga de la prueba cuando la regla de decisión es MPQI. Supongamos que una corte decidiendo una demanda de que un candidato presidente no tiene aún 35 es presentada con certificados de nacimientos opuestos y no hay ninguna razón para otorgar mayor credibilidad a unos que a otros. De acuerdo a la regla constitucional de decisión que he señalado en el texto, la Corte estaría obligada a fallar en contra del candidato. ¿Es tan obvio? ¿Existe alguna razón para creer que, tal inusual caso, la Corte carecería de discreción para decidir cuál parte se encuentra con el riesgo de no-persuasión? Si se acuerda que una corte puede decidir en quién yace la carga de la prueba, es un pequeño pasado para acordar que la Corte puede cambiar el estándar de prueba, y otro pequeño pasado para acordar que la Corte puede reemplazar una regla de decisión que toma la forma de un estándar fortalecido (o disminuido) de prueba con una regla más compleja que incorpora presunciones de hecho o derecho.

mal mayor que una absolución errónea. Me parece que está enteramente dentro de la competencia judicial legítima concluir que los costos sociales de negar erróneamente una demanda válida es mucho más que el costo social de hacer cumplir erróneamente una demanda inválida y, por lo tanto, ordenar que algún conjunto de derechos constitucionales será adjudicado bajo una regla de decisión más exigente.

Pero si hemos establecido que las cortes pueden desplegar una nuevas reglas de decisión “al por menor” para minimizar el total de errores o de errores calificados³⁴, es difícil ver qué razones le impedirían perseguir otros fines generalmente legítimos cuando creen reglas de decisión o por qué estas otras reglas de decisión no podrían tomar la forma de presunciones de Derecho. Ilustraré esta afirmación con otros caso real de Suprema Corte, *Atwater v. City of Lago Vista*³⁵.

3. *Un ejemplo*

El caso surgió después de que un oficial de policía en Lago Vista, Texas, detuviera a una mujer, Gail Atwater, por conducir sin tener abrochado el cinturón de seguridad de su asiento y de los asientos de sus dos hijos menores. Aunque el oficial Bart Turek podría haber simplemente proferido una multa para Atwater, la arrestó, la esposó y la transportó a la estación de policía. Atwater demandó al funcionario, al jefe de policía y a la ciudad, arguyendo que el arresto fue una aprehensión irrazonable dentro del significado de la cuarta enmienda.

Cuatro jueces hubieran fallado a favor de la demanda de Atwater, bajo el fundamento que la detención es una aprehensión, que la cuarta enmienda proscribía las “aprehensiones irrazonables” y que el hecho que determinada aprehensión es razonable depende completamente de los detalles particulares de la situación; que esta particular aprehensión fue patentemente irrazonable porque los intereses legítimos del Estado hubieran podido ser adecuadamente salvaguardados mediante el expedición de una multa³⁶.

Cinco jueces discreparon y apoyaron el fallo escrito por del juez David Souter, donde se decidió que el arresto no violaba los derechos de Atwarer bajo la cuarta enmienda. La mayoría no dijo en ningún momento que las acciones del oficial fueron razonables. De hecho, ellos sugirieron que no lo

³⁴ Mediante “al por menor” en este contexto, quiero decir reglas de decisión creadas para normas constitucionales específicas.

³⁵ 32 U.S. 318 (2001)

³⁶ 532 U.S. p. 369-71 (O'Connor, J., disidente).

eran: “La demanda de Atwarer de vivir libre de la indignidad y el confinamiento claramente es más importante que cualquier objetivo que la ciudad pudo haber tenido en su caso específico³⁷”. Pero esta no era la clase de investigación que la mayoría quiso que las adjudicaciones bajo la cuarta enmienda se convirtieran, dado que:

[u]na ponderación responsable de la cuarta enmienda no está bien servida por estándares que requieran determinaciones delicadas de la necesidad del gobierno caso por caso, y mucho menos que cada determinación discrecional en el campo se convierta en una ocasión para el control de constitucionalidad. Muy a menudo, la cuarta enmienda debe ser aplicada sin mucha reflexión y en el calor del momento, y el objeto de implementar esta orden de razonabilidad es generar un estándar suficientemente claro y simple que sea aplicado con un prospecto de sobrevivir una segunda revisión meses y años después que el arresto o la aprehensión fue hecha. Para que las cortes puedan generar un balance razonable de la cuarta enmienda así, deben dar crédito al lado del gobierno con un interés especial en reglas rápidamente administrables³⁸.

En resumen, la mayoría quiso una regla y no un estándar. Y la regla anunciada fue: “Si un oficial tiene una causa probable para creer que un individuo ha cometido incluso una ofensa penal menor en su presencia, este puede, sin violar la cuarta enmienda, arrestar al ofensor³⁹”. Existen al menos dos formas de dar sentido o explicar esta doctrina.

Podríamos simplemente decir que esta es la regla o este es el Derecho, y debe seguirse así: es *per se* razonable dentro del significado de la cuarta enmienda para un policía arrestar a cualquier persona que cometa cualquier tipo de ofensa criminal bajo cualquier circunstancia, en tanto la ofensa ocurra en presencia del funcionario. Alternativamente, podíamos interpretar que la decisión hace dos cosas, no una. Primero, la mayoría en *Atwarer*, como los disidentes, interpreta que la cuarta enmienda dispone que una aprehensión es inconstitucional si es irrazonable, lo cual hace inescapablemente necesaria una determinación judicial que considere todos los factores⁴⁰. Se-

³⁷ Id. p. 346-47.

³⁸ Id. p. 347 (citación interna omitida).

³⁹ Id. p. 354.

⁴⁰ La corte había previamente precisado esto en diversos fallos que *Atwarer* no pretendía derogarlo. Véase, *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177, 185-86 (1990) (“Para satisfacer el requisito de ‘razonabilidad’ de la cuarta enmienda, lo que generalmente se demanda de las muchas determinaciones fácticas que deben hacer regularmente los agentes del gobierno (...) no es que ellas sean siempre correctas, sino que ellas sean siempre razonables (...). El que la base de la autoridad de [arresto] exista es la case de pregunta fáctica recurrente en la que los fun-

gundo, crea una directiva –una “regla constitucional de decisión” – según la cual las cortes deben presumir de derecho de que el arresto para detención preventiva es razonable si ellos concluyen (mediante una preponderancia de la evidencia) que el funcionario tuvo una causa probable para suponer que el arrestado había cometido una ofensa en su presencia. Esta caracterización de la doctrina puede explicar por qué Atwarer perdió, incluso cuando ningún miembro de la Corte parece dudar que *ella* fue sujeta a una aprehensión irrazonable. No es esencial ahora establecer que esta última propuesta refleja necesariamente la mejor forma de reconstruir o revertir o conceptualizar esta doctrina particular. El punto de este ejemplo es simplemente ilustrar que las cortes pueden tener una buena razón para adoptar reglas constitucionales de decisión que tomen la forma de presunciones de derecho para servir fines legítimos diferentes de minimizar la suma de errores (calificados o no calificados).

El ejemplo ilustra otra cosa de importancia. Algunos críticos objetan que esta visión de los dos *outputs* es demasiado abstracta y conceptual, y que es mejor decir que aquí existe sólo una cosa aquí, no dos. En vez de decir, como los teóricos de dos *outputs* pueden decir, que la norma constitucional es “no ejecute indagaciones o aprehensiones irrazonables” y que la regla de decisión (como es aplicada a este contexto es), “las cortes concluirán que una aprehensión es razonable si deriva de una ofensa penal cometida en la presencia de un policía”, todo lo que necesitamos decir es que existe una regla constitucional que dispone que un policía no viola la cuarta enmienda si arresta a un sospechoso que ha cometido una ofensa en su presencia. Contra este desafío, manifiesto que existen tres aspectos en los cuales la presentación más complicada es preferible a la más simple.

En primer lugar, la creación de la decisión tiene una relevancia expresiva diferente de la lectura del único *output* y puede por lo tanto generar diferentes respuestas por parte de los actores no judiciales. Los ciudadanos, los legisladores y los Departamentos de Policía podrían desarrollar diferentes visiones acerca de la conducta policial adecuada, y podrían producir diferentes clases de mecanismos regulatorios de control, si ellos entienden que la Suprema Corte ha afirmado que los arrestos *sí están en realidad* en contra de una orden constitucional a menos que sean razonable considerando todos los factores, y han optado por sub-aplicar este mandato particular debido a razones relacionadas con la institución.

En segundo lugar, la caracterización de regla de decisión probablemente abre más espacio para el desarrollo legislativo en la formación de la doc-

cionarios de aplicación del derecho deben aplicar su juicio, y todo lo que la cuarta enmienda requiere es que ellos la respondan razonablemente”)

trina constitucional. Supongamos que el Congreso discrepa con la Corte acerca del juicio predictivo de la Corte en cuanto cuán bien intencionados los funcionarios de policía es *ad hoc*, o acerca de la totalidad de las circunstancias que la razonabilidad de la cuarta enmienda abarcaría, o que acerca que el juicio evaluativo de la Corte acerca de cómo el litigio en la cuestión era excesivo. Porque se podría razonablemente concluir que la determinación del Congreso acerca de la cuestión debería triunfar sobre los razonamientos de la Corte, es plausible suponer que anunciar la doctrina *Atwater* como una regla de decisión empleando a una presunción de derecho es una forma particularmente efectiva (aunque no una forma esencial) de señalar dónde y cómo el Congreso podría intervenir si así lo elige.

Tercero y de forma relacionada, caracterizar la doctrina como una regla de decisión que implementa una norma interpretada de contenido diferente puede hacer más fácil para la Corte misma revisitar la doctrina si lo considera apropiado. Cuando se hace un balance de los costos de sobre-disuadir a la policía de cometer arrestos razonables con aquellos de sub-disuadirlos de cometer en arrestos irrazonables, la Corte expresamente observó “una escasez de demandas de compensación⁴¹”. Pero, ¿qué tal si la Corte substancialmente subestimó la incidencia de arrestos irrazonables por contravenciones menores sin garantías? ¿O si la Corte estaba en lo cierto al momento de emitir su opinión, pero los hechos cambiaron? No hay ninguna duda que la Corte podría revisar la doctrina a la luz de la experiencia sin considerar la forma en la cual la doctrina fuera clasificada. Aunque es plausible suponer que las demandas contrarias de estabilidad y flexibilidad podrían ser más efectivas para la reconciliación en el desarrollo de las prácticas de *stare decisis* que permiten a la Corte superior modificar o abandonar sus reglas de decisión constitucional de forma más rápida que sus interpretaciones constitucionales genuinas.

4. *Regreso a reglas profilácticas*

La decisión *Atwater* fue lo opuesto a una regla profiláctica. Una regla de decisión profiláctica se asegura de que determinadas acciones sean consideradas inconstitucionales incluso cuando ellas en realidad están acordes con la norma constitucional. El resultado de *Atwater* fue asegurar que determinadas acciones serían consideradas constitucionales incluso cuando ellas vayan en contra de la norma constitucional. No obstante la diferencia, es

⁴¹ *Atwater*, 532 US p. 353.

claro que *Atwater* proporciona un modelo de lo que una regla de decisión profiláctica es y por que puede ser legítimo.

Ahora podemos ver por qué *Miranda* puede ser interpretado de forma adecuada como el anuncio de una regla constitucional de decisión y por qué, así entendida, la decisión es legítima. Al comienzo de su análisis la Corte advierte que, “una comprensión de la naturaleza y configuración de... la detención preventiva es esencial para nuestras decisiones actuales⁴²”. La característica crítica, por supuesto, es que “el interrogatorio parece tomar lugar en privacidad. La privacidad resulta en secreto y esto a su vez resulta en un vacío en nuestro conocimiento de que factores en realidad ocurren en las salas de interrogatorio⁴³”. Y debido a que las cortes no pueden saber lo que ha ocurrido en el interrogatorio, no pueden saber si la declaración resultado fue compelida. Esto es cierto sin considerar como se defina la compulsión, pero debido a que la Corte ha interpretado la compulsión de forma bastante expansiva, sería especialmente difícil para una corte determinar en cada caso concreto si una declaración determinada fue de hecho compelida. Algunas declaraciones serían verdaderamente libres, otras no lo serían, y la respuesta del juez de conocimiento sería sólo un poco mejor que una adivinanza⁴⁴.

Bajo circunstancias como estas, ¿cómo alcanzar un grado tolerable de exactitud adjudicatoria? Una respuesta obvia sería presumir que todas las declaraciones bajo custodia son forzadas. Si la interrogación ejerce la clase de presiones que *probablemente* provocan declaraciones incriminatorias que no son “verdaderamente libres” y la exactitud de la averiguación caso por caso es cercana a lo aleatorio, entonces las cortes pueden maximizar respuestas correctas simplemente presumiendo que *todas* las declaraciones de este tipo han sido compelidas por tanto inadmisibles. Sí, tal regla de decisión conduce a muchos falsos positivos, pero concebiblemente menor que la suma de falsos positivos y falsos negativos generados mediante el uso de la regla de decisión MPQI. La Suprema Corte no adoptó esta solución, y en vez de ello buscó reducir la naturaleza “inherentemente compeler⁴⁵” del interrogatorio. Esto es precisamente lo que las advertencias se supone hacen, dando conciencia a los sospechosos de que ellos pueden guardar silencio o pedir un abogado, y que la policía lo sabe. El hecho de proferir

⁴² *Miranda*, 384 U.S. p. 465.

⁴³ *Id.* p. 488.

⁴⁴ Esta fue una crítica común de los esfuerzos antes de *Miranda* para determinar si una confesión por fuera de la Corte era “involuntaria” para propósitos del debido proceso. Véase, “Developments in Law – Confessions”, *Harvard Law Review*, vol. 79, p. 935, en 954-86.

⁴⁵ *Miranda*, 384 U.S. p. 467

las advertencias se espera que reduzca la proporción de declaraciones bajo detención que sean compelidas (en lo que la Corte asumió es el sentido constitucional relevante), y *por lo tanto haciendo plausible suponer que una corte de conocimiento podría cumplir una mayor exactitud adjudicatoria mediante la investigación caso por caso que presumiéndola globalmente*.

En otras palabras, la Corte ha concluido que las cortes de conocimiento minimizarían el error en la adjudicación de la norma constitucional mediante (a) la presunción de derecho que una declaración por fuera de la Corte es compelida si fue dada una detención sin el beneficio de las advertencias, y (b) la evaluación caso por caso bajo el estándar MPQI de si *otras* declaraciones por fuera de la Corte fueron compelidas (sean en por fuera de la detención o bajo custodia pero con advertencia). Esta es una regla compleja que instruye a las cortes acerca de cómo proceder para minimizar el error adjudicatorio. A pesar de su forma inusual, hablando en términos conceptuales es quinta esencialmente una regla de decisión. Y sea una regla sabia o una ingenua, no es una forma ilegítima de activismo judicial en tanto apreciamos que las cortes no funcionar sin reglas de decisión, y que no debería prohibírseles cambiar la regla predeterminada MPQI por otras en contextos determinados.

IV. LA CONEXIDAD COMO UNA REGLA DE DECISIÓN

Con lo dicho, ustedes pueden saber hacia dónde voy. El artículo 86 de la Constitución colombiana dispone que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Supongamos (contrario a lo que sugiere la sentencia T-002/92) que los únicos derechos constitucionales fundamentales son aquellos enlistados en las secciones designadas bajo el Título “De los derechos fundamentales” –es decir, los derechos especificados en los artículos 11-41–. Cualquier acción de tutela individual alegando una violación o una amenaza de un derecho enlistado en uno de esos artículos –por ejemplo, invocando el derecho individual a la vida– se requerirá a la Corte que decide el caso determinar si la acción u omisión de cualquier autoridad pública ha dañado o amenazado el derecho fundamental demandado.

Supongamos además que la regla constitucional de decisión aplicable dispone que la Corte que decide el caso debe concluir que la tutela es válida si y sólo si concluye que hay una mayor probabilidad probatoria de que el

derecho fundamental en cuestión sea “dañado o amenazado mediante la acción u omisión de la autoridad pública”. Como cualquier regla de decisión, predeciblemente produciría errores: algunas veces las cortes fallarían a favor de demandantes cuando sus derechos fundamentales no estuvieran en peligro; en otras ocasiones fallarían en contra de demandantes cuando sus derechos fundamentales estuvieran en peligro. Presumiblemente, la regla de decisión MPQI probablemente minimice los errores totales e iguale los dos tipos de errores: las sentencias negatorias erróneas de la tutela serían tan comunes como las sentencias afirmativas erróneas.

Pero la Corte Constitucional debería querer minimizar el número total de errores adjudicatorios, e igualar su distribución (entre falsos positivos y falsos negativos) sólo si cada tipo de error es igualmente malo. Y parece ser razonable concluir que esto no es así. Parece razonable creer que una negatoria errónea de una demanda de derechos fundamentales es peor que concederle erróneamente una demanda incorrecta de derechos fundamentales. En realidad, el primer tipo de error puede ser peor que el segundo no sólo desde el punto de vista moral del juez particular de la Corte Constitucional, sino también desde el punto de vista adecuadamente atribuible a la Constitución como con carta progresiva y altamente respetuosa de los derechos. Si esto es así, entonces la Corte Constitucional puede tener una buena razón para escoger desplazar la regla constitucional predeterminada MPQI por una regla de decisión diferente diseñada para reducir substancialmente las negatorias erróneas de la tutela.

Una regla de decisión obvia que cumpliría este objetivo ordenaría a la Corte emplear un estándar de prueba reducido. Aquí está un ejemplo: una corte debe considerar que el derecho constitucional en cuestión está siendo “dañado o amenazado por la acción u omisión de cualquier autoridad pública” a menos que sea sustancialmente cierto que la acción no daña o amenaza el derecho constitucional demandado. Pero ajustar el estándar de prueba no es la única forma de cumplir el mismo fin. Una vía alternativa sería sostener que las cortes deben considerar que el derecho fundamental reclamado ha sido dañado o amenazado en la medida en que crea que es más probable que improbable que el derecho fundamental esté siendo dañado o amenazado o que un derecho no fundamental tiene una íntima relación con el derecho fundamental que está siendo dañado o amenazado. Para ser claros, una regla de decisión como esta permitiría a los demandantes prevalecer en la tutela incluso cuando su demanda no amenaza derechos fundamentales. Tiene por lo tanto un efecto profiláctico. Pero –y este es el punto crítico– una regla de esta clase no sería un cambio judicial de norma constitucional. Sería una regla de decisión que permite a la Corte error en

el momento de la aplicación de los derechos fundamentales. Quizá esta sea la mejor forma –o, al menos, a una forma– de reconceptualizar la doctrina de la conexidad.

V. CONCLUSIÓN

Comencé este ensayo notando una posible preocupación acerca de la sorprendente doctrina colombiana de la conexidad. Para los ojos de un jurista de los Estados Unidos, la doctrina de la conexidad parece innecesaria (porque en cada caso donde un derecho no fundamental tiene el requisito de la relación “intima e inseparable” con un derecho fundamental, el daño o amenaza al segundo es un daño o amenaza al primero también) o ilegítima (porque si se permite una tutela en casos en los cuales un daño a un demandante por fuera del Título II, Capítulo 1 no involucra una amenaza a un derecho que se encuentre dentro del Título II, Capítulo 1, entonces la Corte Constitucional Colombiana está expandiendo de forma impropia la tutela más allá de los límites especificados por la Constitución de 1991). Espero haber mostrado una salida de este dilema. Si la doctrina de la conexidad es vista como una regla de decisión creada por los jueces, haría una diferencia importante dado que permitiría conceder tutelas que no serían permitidas sin ella, pero no implicaría la reescritura ilegítima y antidemocrática de la Constitución.

Para repetir el punto que manifesté anteriormente, no estoy afirmando que ésta sea la mejor forma de conceptualizar la doctrina de la conexidad. Dado el pobre estado de mi conocimiento actual de la jurisprudencia constitucional colombiana, esta sería una afirmación extremadamente arrogante. Sin embargo, quizá esta clase de exploración de algunas características de la estructura lógica de la adjudicación constitucional podría ser útil para los académicos y juristas colombianos incluso si las sugerencias particulares de este ensayo son infundadas.

CAPÍTULO XVI

PROPIEDADES CLASIFICANTES Y CUALIFICANTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Martin BOROWSKI*

SUMARIO: I. *Propiedades de los derechos fundamentales.* II. *Propiedades clasificantes y cualificantes.*

El criterio empleado para la caracterización de los derechos fundamentales sigue siendo controversial. En este escrito quiero presentar un sistema de propiedades de los derechos fundamentales. Me enfocaré, en particular, en la distinción entre propiedades clasificantes y propiedades cualificantes.

I. PROPIEDADES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son (1) derechos consagrados en Derecho positivo que (2) representan el resultado de transformar derechos humanos en Derecho; son, además, (3) derechos individuales, (4) derechos que se poseen frente el Estado, (5) derechos abstractos, y, (6) derechos substancialmente básicos, es decir, derechos cuyo contenido es substancial y que tienen (7) prioridad dentro del sistema jurídico.

1. *Derechos del Derecho positivo*

Los derechos fundamentales son derechos jurídicos y, como tales, son parte del Derecho. Una norma que consagra un derecho fundamental es válida si y sólo si cumple con los criterios de validez del sistema jurídico en

* Publicado originalmente como “Classifying and Qualifying Properties of fundamental rights” en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 108, 2007, pp. 37-45. Agradecemos la autorización garantizada por Martin Borowski y Franz Steiner Verlag. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora

cuestión. Entre estos criterios están, necesariamente, la efectividad social¹ y la institucionalización correcta². Además, en un concepto no positivista del Derecho, la corrección substancial cuenta como un criterio de validez jurídica. Esto aplica no sólo para los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, sino también para aquellos derechos establecidos en las declaraciones, convenciones y pactos internacionales al igual para que para los derechos fundamentales supranacionales. En el Estado democrático moderno con una Constitución escrita, los derechos fundamentales son parte del Derecho positivo. Así, los problemas especiales de los derechos fundamentales como una parte del Derecho consuetudinario no serán considerados en gran detalle aquí.

Los derechos fundamentales *qua* derechos jurídicos debe ser yuxtapuestos a los derechos morales, entendidos como derechos humanos.³ Un derecho moral existe si la norma moral correspondiente es moralmente válida. Una norma es moralmente válida si y sólo si es substancialmente correcta.⁴ El desarrollo histórico de los derechos humanos avanzó paralelo al de los derechos fundamentales, pero ello no implica que no se puede o no se deben distinguir. En adelante, los parecidos y las diferencias serán ilustrados.

2. *El producto de la transformación de derechos humanos en Derecho*

Los derechos fundamentales son a menudo denominados “derechos humanos transformados”⁵. Tomado literalmente, esto significa que los dere-

¹ Véase Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (traducido por S. L. Paulson y B. L. Paulson), Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 85. (Hay traducción castellana de Jorge Malem Seña, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, p. 1994, p. 87).

² Véase Alexy, *The Argument from Injustice*, cit., p. 87 (*El concepto y la validez del derecho*, p. 89).

³ En la terminología que se basa en una importante distinción desarrollada por Kant, los derechos humanos son derechos jurídicos porque ellos regulan la conducta externa, no las motivaciones. Véase, Robert Alexy, “Discourse Theory and Human Rights” en R. Martin y G. Sprenger (eds.) *Rights*, Stuttgart, Steiner, 1997, p. 81-2 (existe traducción al español de Luis Villar Borda, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado: Bogotá, 1998), y, Martin Borowski, “Discourse Theory in International Law – Human Rights Trough discourse”, *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, p. 43. Los derechos que regulan motivaciones juegan un papel escaso en la discusión de los derechos humanos. El objetivo no es que las otras personas o el Estado tengan una motivación para no dañar a las personas, sino, más bien, el objetivo es que ellos no las dañen. Por lo tanto, se prefiere de aquí en adelante la terminología que se refiere a la validez como fue introducida en el texto principal.

⁴ Véase Alexy, *The Argument from Injustice*, cit., p. 87 (*El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 89).

⁵ Véase, por ejemplo, Albrecht Wellmer, *Menschenrechte und Demokratie*, en S. Gosepath and G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt on Main, Suhrkamp, 1998, p. 266.

chos fundamentales son el producto de una transformación de los derechos humanos. Bajo el supuesto de que los derechos humanos existen, existen buenas razones para sostener que la transformación de los derechos humanos en derechos fundamentales no una operación contingente, sino algo los mismos derechos humanos requieren⁶. Moralmente, los derechos humanos demandan la protección efectiva del asunto que regulan⁷. Es porque los derechos morales no son aplicados de forma efectiva a menos que sean transformados en derechos fundamentales jurídicos. Después de la transformación, la norma anteriormente moral tiene ahora naturaleza moral y jurídica. La transformación marca la introducción de otro fundamento de validez, es decir, se añade validez jurídica a la validez moral.⁸ Desde el punto de vista de la protección efectiva, el aspecto importante de esto es que el contenido transformado de los derechos humanos es entonces aplicable como parte del Derecho. La pregunta que surge es si efectivamente existe

⁶ Véase Ernst Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt on Main, Suhrkamp, 1993, p. 349 (hay traducción al español de Luis Román Rabanaque, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1998); véase además Robert Alexy, “Die Institutionalisierung der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, en S. Gosepath and G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt on Main, Suhrkamp, 1998, p. 255 (existe traducción al español de María Cecilia Añaños Mesa, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades*, vol. 5, núm. 8, 2000, pp. 21-42) y Borowski, “Discourse Theory in International Law”, *cit.*, p. 44.

⁷ La idea fundamental de reclamar las condiciones necesarias para la protección efectiva de los derechos también puede ser encontrada en el Derecho positivo internacional, a saber en el artículo 28 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (DUDH), Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Esta es una disposición del Derecho positivo internacional, no una obligación moral de crear unas normas jurídicas. Sin embargo, la idea de requerir los presupuestos de una protección efectiva para la realización de los derechos es estructuralmente comparable. Sobre el artículo 28 de la DUDH, véase Thomas W. Pogge, “Menschenrechte als moralische Ansprüche an globale Institutionen”, en S. Gosepath and G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte* Frankfurt on Main, Suhrkamp, 1998, pp. 378-400.

⁸ La operación opuesta a la transformación de derechos morales puede ser denominada “destransformación”. La destransformación es la interpretación de que una norma jurídica está basada en la moral, es decir, añadir validez moral a la validez jurídica. El que esta operación sea o no importante, o en qué medida sea posible, no puede ser tratado aquí. A primera vista, parece ser que darnos cuenta del hecho de que la existencia y el contenido de los derechos humanos son temas profundamente discutidos, es interesante para tomar como el punto de partida los catálogos de los derechos fundamentales de los diferentes estados democráticos constitucionales para cuestionarnos sobre qué concepciones de derechos humanos presuponen ellos, si se entiende que están transformando derechos humanos.

esta conexión entre derechos humanos y derechos fundamentales, y si existe, cómo se refleja ella en el concepto de los derechos fundamentales.

A. El concepto formal de los derechos fundamentales

De acuerdo al concepto formal de derechos fundamentales, la conexión entre derechos humanos y derechos fundamentales es completamente contingente. Los derechos fundamentales son aquellos derechos que han sido institucionalizados, en particular, en las constituciones nacionales. Se puede distinguir entre tres subtipos de este concepto formal.⁹ El primer subtipo no implica ningún criterio límite. De acuerdo con el segundo subtipo, sólo cuentan como derechos fundamentales aquellos derechos cuyos derechos individuales están diseñados para ser “derechos fundamentales” por la Constitución misma, ya sea por una definición explícita o implícita. El tercer subtipo se deriva de la aplicación judicial de los derechos fundamentales. De acuerdo con esta definición, los únicos derechos constitucionales que cuentan como derechos fundamentales son aquellos que pueden ser aplicados a través de una querrela constitucional o un mecanismo similar, como en el caso de los derechos señalados en el artículo 93 parágrafo 1 de la Ley Fundamental de Alemania. El concepto formal de derecho fundamental puede ofrecer ayuda práctica, sobre todo, en las interpretaciones diarias del Derecho. Pero el concepto formal no puede reemplazar el concepto material completamente. Si lo hiciera, carecería de sentido preguntarse si la clase de derechos fundamentales, de acuerdo con el concepto formal, contiene muy pocos o demasiados derechos. La pregunta, sin embargo, sí tiene sentido.¹⁰ Este hecho nos conduce a la concepción material de los derechos fundamentales.

B. El concepto material de los derechos fundamentales

De acuerdo a la concepción material de derechos fundamentales, la clase de derechos fundamentales está caracterizada por criterios materiales. Estos criterios materiales se basan en los derechos humanos y sus transformación en Derecho. Dependiendo de la naturaleza de la conexión entre los

⁹ Robert Alexy, “Grundrechte”, en *Enzyklopädie Philosophie*, H.J. Sandkühler (ed.), vol. 1, Hamburg, Meiner, 1999, p. 525.

¹⁰ Véase Alexy, “Grundrechte”, *cit.*, p. 526.

derechos humanos y los derechos fundamentales, objetivos o subjetivos, tres subtipos de concepción material pueden ser distinguidos.

a. Derechos fundamentales como el producto de la transformación en Derecho

El primer subtipo presupone una conexión objetiva fuerte entre derechos humanos y derechos fundamentales. Un derecho individual en una Constitución es un derecho fundamental sólo en la medida en que pueda ser concebido como la transformación de un derecho humano. Las divergencias pueden ocurrir en dos direcciones: pueden ser sub-transformaciones o sobre-transformaciones. Si una Constitución contiene menos derechos de los que debería contener para una transformación completa de los derechos humanos, es un caso de sub-transformación. Su sistema de derechos fundamentales es imperfecto. La otra divergencia, la sobre-transformación, aparece si la clase de derechos en una Constitución contiene más derechos humanos de los que podían ser transformados. Estos derechos representan un contenido adicional que no puede ser concebido como derechos fundamentales de acuerdo con este subtipo de concepción material de los derechos fundamentales, incluso si aquellos han sido clasificados como derechos de acuerdo al concepto formal de derechos fundamentales¹¹.

El problema con esta definición basada en la existencia de una conexión objetiva fuerte entre derechos humanos y derechos fundamentales está en que la existencia y el contenido de los derechos humanos es altamente discutido. Si no tenemos claridad sobre la pregunta si los derechos humanos existen y cuál es su contenido, no podemos tener claridad sobre la pregunta si un derecho fundamental es el producto de la transformación de un derecho humano¹². Donde no exista un derecho humano correspondiente, un

¹¹ En este caso los derechos humanos están completamente transformados en derechos fundamentales. El problema es simplemente que en la clase de derechos fundamentales existen derechos que no tienen un contraparte en la clase de derechos humanos. Esta divergencia no implica que ningún derecho en esta Constitución sea imperfecto. Sin embargo, implica que la conexión entre derechos humanos y derechos fundamentales es incongruente. Esto puede ser considerado simplemente como una precaución teórica, pero tiene una dimensión substantiva. Si una clase de derechos fundamentales es contaminada con derechos que no son el resultado de la transformación de derechos humanos, y si se asume que los derechos fundamentales colisionan los unos con los otros, y por ello se limitan mutuamente, existe el peligro de la limitación inapropiada de los derechos fundamentales que son derechos humanos transformados por derechos fundamentales que no lo son. En un caso extremo, esta contaminación conduciría a un sistema en el cual la transformación de derechos humanos estaría limitada en una gran medida.

¹² Véase Siegfried König, *Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes-Locke-Kant*, Freiburg y Munich, Albert, 1994, p. 34-35.

derecho fundamental no puede ser el producto de la transformación de un derecho humano. Si los derechos humanos no existieran, los derechos fundamentales tampoco podrían existir. Un proponente de la existencia de los derechos humanos puede sostener este concepto material fuerte el fundamento de una conexión objetiva fuerte. Pero si se niega la existencia de los derechos humanos, la inexistencia de los derechos fundamentales sigue automáticamente. Esta unión conceptual entre derechos humanos y derechos fundamentales transforma todas las incertezas y disputas sobre la existencia y el alcance de los derechos humanos lo cual, como resultado, termina siendo demasiado fuerte.¹³

b. El intento de transformar derechos humanos

Si alguien no está preparado para renunciar al concepto material de derecho fundamental, una concepción más débil puede ser intentada. Generalmente, una conexión subjetiva es más débil que una conexión objetiva. Esto conduce a la idea de la caracterización de los derechos fundamentales *como* un intento para transformar los derechos humanos en Derecho.¹⁴ Si una asamblea constituyente intenta transformar los derechos humanos en Derecho, los derechos fundamentales son el resultado. Esta conexión es decididamente más débil que la conexión fuerte objetiva. Incluso si los derechos humanos no existieran, los derechos fundamentales son el resultado de la transformación intentada. Si, tomando la concepción correcta de derechos humanos como criterio de medida, existen divergencias entre la concepción de la asamblea constituyente de los derechos fundamentales y la concepción de derechos fundamentales que resulta de la transformación de la concepción correcta de derechos humanos, la intención de la asamblea constituyente, un hecho subjetivo, decide al asunto. Con esto, el vínculo conceptual entre la existencia de los derechos humanos y los derechos fundamentales no será tan fuerte.

Sin embargo, sigue existiendo un problema con esta conexión subjetiva. En la mayoría de los casos, las asambleas constituyentes introducen derechos individuales en la Constitución con la intención de transformarlos en derechos humanos. Pero ello no ocurre necesariamente. Se puede imaginar una asamblea constituyente cuyos miembros nieguen totalmente la existencia de los derechos humanos. La razón para introducir derechos individuales en una Constitución podría, por ejemplo, ser únicamente la promoción

¹³ Véase Alexy, “Grundrechte”, *cit.*, p. 526 y Borowski, “Discourse Theory in International Law”, *cit.*, p. 45.

¹⁴ Véase Alexy, “Grundrechte”, *cit.*, p. 526

de bienes colectivos. Aunque se puede concebir derechos como el producto de la transformación de la concepción correcta de derechos humanos en Derecho, ellos no podrían ser concebidos como derechos fundamentales dado que carecen de la intención para transformar derechos humanos en Derecho. Con esto, la conexión subjetiva entre derechos humanos y derechos fundamenta prueba ser demasiado fuerte en algunos casos.

c. La conexión objetiva débil entre derechos humanos y derechos fundamentales

Considerando que se ha demostrado que la conexión objetiva fuerte y la conexión subjetiva son demasiado fuertes, parece ser inevitable que la transformación de los derechos humanos en Derecho sea concebida como una simple motivación contingente de la asamblea constituyente, una concepción del asunto que conduce a la concepción formal de los derechos fundamentales considerada anteriormente. Sin embargo, la pregunta que surge es si es posible emplear una concepción débil objetiva. El fundamento de esta concepción débil objetiva yace en una concepción de la transformación completa y adecuada de los derechos humanos en Derecho *como* el ideal de los derechos fundamentales. El que ideal no se cumpla no implica que el derecho fundamental en cuestión pierda su carácter de derecho fundamental sino que implicaría que ese derecho será cualificado como jurídicamente defectuoso. Entre menos se cumpla este ideal, más defectuosos los serán los derechos fundamentales.

Si la transformación completa y adecuada de los derechos humanos en Derecho no se cumple, la cualificación de los derechos jurídicos en cuestión como derechos fundamentales defectuosos cuenta como menos dramática que una clasificación que le denegaría su carácter como derechos fundamentales totalmente. Pero, al mismo tiempo, esta cualificación de defectividad es más que un simple crítica moral. Independientemente del concepto de derechos fundamentales, la crítica moral sobre la existencia o el alcance de los derechos jurídicos es posible en cualquier momento. Esta crítica moral se hace, sin embargo, desde un punto de vista externo al sistema jurídico. Por otro lado, la cualificación como un derecho fundamental defectuoso que se hace desde dentro del sistema jurídico, desde el punto de vista interno.

* *N. del T.* Para conservar lo que ha sido el uso común en las traducciones de Alexy, seguiré la traducción de Jorge Malem Seña de “classifying” y “qualifying” properties, como “propiedades clasificantes” y “propiedades “cualificantes”. (véase, Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 32)

Con esto, la transformación de los derechos humanos en Derecho resulta ser un ejemplo de una propiedad cualificante de los derechos fundamentales*. Después de esbozar las demás propiedades de los derechos fundamentales, la distinción entre propiedades clasificantes y cualificantes será retomada con mayor detalle.

3. *Derechos individuales*

Los derechos fundamentales son primariamente derechos del individuo. El hecho de que los individuos sean ubicados en el centro del concepto de los derechos fundamentales¹⁵ no significa que únicamente los individuos puedan ser los titulares de derechos fundamentales. Las entidades jurídicas también pueden ser concebidas como titulares de derechos humanos, pero no porque ellas merezcan ser protegidas jurídicamente como tales. Ellas son las titulares de derechos fundamentales como un medio para prestar protección efectiva a los intereses de los individuos, incluso si ello fuera solamente de una manera bastante abstracta.

4. *Derechos frente el Estado*

Los derechos fundamentales no son derechos frente a otros individuos ni frente a las entidades jurídicas de derecho privado. Más bien, ellos son derechos frente el Estado. En contraste, los derechos humanos pueden ser caracterizados como derechos *erga omnes*, lo que significa que son derechos frente a todos¹⁶. Si la transformación de derechos humanos a derechos fundamentales se lleva a cabo, el patrón estructural cambia de unos derechos *erga omnes* (derechos humanos) a una de derechos frente al Estado (derechos fundamentales).¹⁷

¹⁵ Véase, por ejemplo, Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights* (traducida por J. Rivers), Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 332 (existe traducción al español de Carlos Bernal Pulido, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da edición, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2008).

¹⁶ Véase, por ejemplo, Eibe Riedel, “Menschenrechte der dritten Dimension”, *EuGRZ* 1989, p. 10. También, Peter Koller, “Der Geltungsbereich der Menschenrechte”, in S. Gospath y G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt on Main, Suhrkamp, 1998, pp.100-101.

¹⁷ Borowski, “Discourse Theory in International Law”, *cit.*, p. 46.

5. *Derechos abstractos*

Una nota característica de los derechos fundamentales es su abstracción. Ellos son derechos que se encuentra en un alto nivel de generalidad *vis-a-vis* el asunto que regulan¹⁸. Además, se exhibe un alto nivel de abstracción en la forma en la que trata al titular y a la limitación del derecho. Si una Constitución incluye derechos bastante concretos, ellos son casi siempre casos de *leges speciales* dentro del rango de aplicación de los derechos abstractos. Pero la abstracción no es en sí misma un criterio definitorio. Los derechos de una Constitución bien pueden consistir en un grupo de derechos concretos. Puede existir una presunción de que un simple grupo de derechos concretos no representa una transformación adecuada y completa de los derechos humanos y que como resultado esos derechos resultarán ser derechos fundamentales defectuosos. Con esto en mente, se puede pensar que la abstracción es un criterio indirecto.

6. *Derechos substancialmente básicos*

También es característico de los derechos fundamentales la naturaleza sustancialmente básica del asunto que regulan, es decir, la protección de los intereses fundamentales y la satisfacción de necesidades fundamentales. Candidatos claros de intereses o necesidades que son fundamentales son aquellos cuya violación causa la muerte o grandes sufrimientos o viola el núcleo de la autonomía.¹⁹ Pero los derechos en muchas constituciones van más allá de esto, en particular, cuando la libertad como tal es el asunto regulado por los derechos. Esto puede ser ilustrado por el artículo 2, parágrafo 1 de la Ley Fundamental de Alemania, en su interpretación prevalente, sobre la libertad general para la acción²⁰. Esto cubre, por ejemplo, la libertad de los pensionados para alimentar a las palomas en la ciudad. Sólo un concepto

¹⁸ Robert Alexy, "Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat", A. Aarnio, R. Alexy y G. Berghoitz (eds.), *Justice, Morality and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997*, Lund, Juristförlaget, 1997, pp. 31-32 (existe traducción al español de Alfonso García Figueroa, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", in Miguel Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 31-47).

¹⁹ Véase Alexy, "Die Institutionalisierung der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat", *cit.* p. 251 para los derechos humanos.

²⁰ Véase, por ejemplo, Hans-Uwe Erichsen, "Allgemeine Handlungsfreiheit", en J. Isensee and P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 6, Heidelberg, C. F. Müller, 1989, p. 1196.

muy amplio de la naturaleza fundamental de los derechos humanos puede cubrir esto. Dado que la idea básica del concepto propuesto de derechos fundamentales sostiene que los derechos fundamentales son el resultado de la transformación de los derechos humanos en Derecho, y en una visión del hecho de que todas las teorías de los derechos humanos apoyan a la libertad en general como un derecho humano, el carácter sustancialmente básico de los derechos no debe ser interpretado de forma demasiada estrecha. Esto no es abandonar substancialmente una propiedad, dado que substancialmente sigue siendo el principal criterio para valorar la importancia del interés o la necesidad en cuestión en el evento de una colisión con los derechos fundamentales o bienes colectivos de otras personas.

7. Derechos con prioridad en el sistema jurídico

Finalmente, los derechos fundamentales son derechos que gozan de prioridad en el sistema jurídico. Después de la transformación de derechos humanos en Derecho, su prioridad se refleja en la prioridad del producto de la transformación, es decir, los derechos humanos, dentro del sistema jurídico. La prioridad en el sistema jurídico consiste en tres elementos: los derechos fundamentales son derechos que se encuentran en el nivel más alto de la jerarquía de normas jurídicas, todos los poderes gubernamentales están comprehensivamente comprometidos con ellos, y ellos deben ser efectivamente aplicados mediante el reclamo de un individuo ante las cortes.

A. Derechos que se encuentran en el nivel más alto de la jerarquía de las normas

De forma clásica, los derechos fundamentales se encuentran en las constituciones, y por ello se encuentra en el nivel de normas constitucionales, es decir, el nivel más alto del Derecho nacional. La prioridad de los derechos fundamentales en el sistema jurídica no acepta nada menor que esto. De acuerdo con la regla *lex superior derogat legi inferiori*, los derechos fundamentales no podría gozar de prioridad si las normas con las que entran en conflicto estuvieran en un nivel más alto. El elemento de prioridad también es reclamado por el concepto procedimental de derechos humanos, según el cual aquellos derechos que son fundamentales son tan importantes que la

decisión de protegerlos no puede ser dejada a una mayoría parlamentaria simple ²¹.

B. La obligatoriedad comprehensiva de los derechos fundamentales frente a todos los poderes gubernamentales

La legislación, la administración y el poder judicial están sujetos a los derechos fundamentales. En el desarrollo histórico de los derechos fundamentales, la obligatoriedad frente a la administración fue la primera en surgir. Y, debido a que la legislación y el poder judicial también pueden infringir los derechos fundamentales, en el Estado moderno democrático constitucional todos los poderes gubernamentales están compresivamente obligados a cumplir y hacer cumplir los derechos fundamentales. Sin embargo, esto no excluye discreción, pero en la medida en la cual la discreción sea otorgada debe ser justificada *vis-à-vis* el derecho fundamental en cuestión²². Como resultado, la obligatoriedad frente al poder legislativo puede ser cualificado con una discreción mayor que la obligatoriedad frente a la administración y el poder judicial²³.

C. La aplicación efectiva de los derechos fundamentales a través de las reclamaciones individuales ante las cortes

El tercer elemento de la prioridad que gozan los derechos fundamentales consiste en la aplicación efectiva mediante el reclamo del individuo ante las cortes – en últimas, a una corte constitucional mediante una querrela constitucional o un mecanismo comparable. Dado que los derechos fundamentales buscan proteger el interés y satisfacer las necesidades del individuo, el individuo tiene que estar en posición de hacerlos cumplir mediante su recurso a las cortes.

²¹ Véase Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 297; Alexy, “Grundrechte”, p. 526.

²² Robert Alexy, “Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 61, 2002, pp. 15-30 (existe traducción al español de Carlos Bernal Pulido “Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Externado, 2003, pp. 41-92); y, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 394-423.

²³ Borowski, “Discourse Theory in International Law”, cit., p. 201.

II. PROPIEDADES CLASIFICANTES Y CUALIFICANTES

Una vez establecidos los criterios y características de los derechos fundamentales, la pregunta surge: ¿cuáles de estos criterios son clasificantes y cuáles son cualificantes?

1. *Tipos de Propiedades*

Una propiedad clasificante determina si los derechos cuentan o no como derechos fundamentales. Como fue mencionado anteriormente, una propiedad cualificantes no niega al derecho en cuestión el estatus de derecho fundamental, sino que —exactamente como la etiqueta sugiere— cualifica al derecho como un derecho fundamental jurídicamente defectuoso²⁴. Gracias a esta dimensión cualificante la posibilidad de capturar la dimensión ideal en el concepto de derechos fundamentales se preserva.

Una propiedades cualificante es en la mayoría de los casos lo que puede ser denominado una cualidad graduada. Por “cualidad graduada” entenderé aquellas cualidades que no son casos “todo-o-nada”, sino que, más bien, son casos que deben ser interpretados de forma gradual, que dan lugar un mayor o menor grado de satisfacción. Sin embargo, para efectos de la clasificación de las propiedades, preguntarnos si ellas se basan en cualidades graduadas no siempre es decisiva. Incluso si la conclusión de que una propiedad graduada sirve como base de una propiedad cualificante parece ser obvia, propiedades clasificantes basadas en cualidades graduadas también son posibles. También es posible imaginar propiedades cualificantes basadas en cualidades que no son graduadas. Un modelo combinado también es posible, en el cual las cualidades graduadas tienen fuerza clasificante hasta cierto punto y más allá de este umbral tienen fuerza cualificante.

La ventaja de esta distinción, aplicada a los derechos fundamentales, consiste en una clasificación más precisa de esos derechos. No sólo es posible distinguir entre los derechos que son fundamentales y los que no lo son, pero también entre derechos que (1) no son derechos fundamentales, (2) derechos que son fundamentales pero que no son jurídicamente ideales, y (3) derechos fundamentales que son jurídicamente ideales. A continuación, esto será explicado al resolver la pregunta sobre cuáles propiedades de los derechos fundamentales son, y en qué medida, clasificantes y cualificantes.

²⁴ Para una distinción comparable en el contexto de la discusión del concepto de derecho, véase Alexy, *The Argument from Injustice*, cit., p. 26 (*El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 32).

2. *La clasificación de las propiedades de los derechos fundamentales*

La complejidad del concepto de derechos fundamentales deriva principalmente del hecho de que sus propiedades son en parte de naturaleza clasificante y en parte de naturaleza cualificante. Dependiendo de si se considera una propiedad como clasificante o cualificante, pueden emerger diferentes concepciones de derechos humanos. Debido a limitaciones de espacio, sólo puedo hacer unos pocos comentarios aquí.

Ciertamente, la propiedad de los derechos fundamentales de *ser* derechos²⁵ y, en particular, de *ser* derechos jurídicos —especialmente en el sistema jurídico continental donde son derechos del Derecho positivo— es una propiedad clasificante. Si se concibe la propiedad de ser derechos individuales de forma amplia, es decir, de forma tal que incluya a entidades jurídicas como titulares, parece ser clasificante también.

La propiedad de los derechos fundamentales de ser derechos frente al Estado también es clasificante. Para hacer una claridad, esto no prohíbe los efectos horizontales o efectos frente a terceros. Una infracción a una de las libertades de un ciudadano por otro ciudadano nunca cuenta como una infracción de los derechos fundamentales de aquel. Pero si —bajo determinadas circunstancias— el Estado no interviene contra tal infracción entre ciudadanos, la omisión puede contar como una violación de los derechos fundamentales de las víctimas de sus derechos protectivos frente al Estado, un subtipo de derechos fundamentales que requiere la acción positiva del Estado²⁶.

La conexión entre los derechos humanos y los derechos fundamentales ha resultado ser de naturaleza cualificante, como fue mencionado antes. Entre más exitosa sea la transformación de derechos humanos en Derecho, menos defectuoso es el sistema resultante de derechos fundamentales.

Considerando la prioridad de los derechos fundamentales en el sistema jurídico, es útil distinguir entre tres elementos. A primera vista, parece ser que no se deberían aceptar derechos fundamentales en un nivel de jerarquía de las normas jurídicas menor al nivel más alto. El resultado, tomado

²⁵ Debido a que los derechos son definidos como una relación correlativa a las obligaciones relacionales (Véase, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 131-132), los derechos son siempre al menos, en cierta forma, también obligaciones. El obligado, sin embargo, es siempre la persona frente a la cual se tiene el derecho fundamental, no el titular. Desde el punto de vista del titular, los derechos fundamentales nunca son obligaciones.

²⁶ Véase Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 300-314; Borowski, “Discourse Theory in International Law”, cit., pp. 237-281; id., Borowski, “Grundrechtliche Leistungssrechte”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 50, 2002, p. 306 y pp. 316-323.

literalmente, sería que los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos, que en el sistema jurídico de la República Federal de Alemania se encuentra en el nivel de el Derecho ordinario parlamentario, por debajo de Derecho constitucional, no son fundamentales.²⁷ Dado que ellos son parte del Derecho, el Derecho Europeo Internacional no cuenta como derechos morales en sentido estricto. Si alguien tomara la propiedad de ser un derecho en el nivel más alto de la jerarquía de las normas jurídicas como un criterio clasificante, emergería una laguna entre los derechos fundamentales y los simples derechos humanos, que cubriría, en particular, a los derechos del Derecho internacional. Otro problema serio resulta de la interpretación de las disposiciones del sistema jurídico de la Comunidad Europea como un tipo de Derecho superior a cualquiera de las disposiciones de los sistemas jurídicos de los Estados miembros²⁸. Esto también incluye a todas las disposiciones de las constituciones de los Estados miembros –incluyendo también, a las disposiciones que garantizan derechos. Si se considerara la propiedad de que un derecho haga parte del nivel más alto de jerarquía de las normas jurídicas como un criterio clasificante, ningún derecho en una Constitución nacional de un Estado miembro de la Comunidad Europea podría ser clasificado como un derecho fundamental. Así, las razones favorecen a la interpretación de esta propiedad simplemente como una propiedad cualificante.

La propiedad de que los derechos comprensivamente obligan a todos los poderes gubernamentales también es una propiedad graduada. Por ejemplo, si sólo la administración y el poder judicial estuvieran sujetos a los derechos constitucionales, la falta de obligatoriedad en el legislativo sería un defecto. Menos severo que la falta de obligatoriedad puede ser el otorgamiento de demasiada discreción. Más allá del umbral de la discreción razonada y justificable²⁹, demasiada discreción para los poderes gubernamentales termina siendo una falta de obligatoriedad. Pero eso no implica necesariamente que tal derecho deba ser concebido como perteneciente a una categoría inferior a los derechos fundamentales. Sólo significa que es un derecho fundamental defectuoso.

Lo mismo aplica a la propiedad de un derecho de ser efectivamente aplicado por el reclamo del titular ante las cortes. Esto se basa en una cualidad graduada, y se pueden imaginar varios obstáculos jurídicos y fácticos

²⁷ Véase, por ejemplo, Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 3/1, Munich, C. H. Beck, 1988, p. 278.

²⁸ Véase la decisión de la Corte Europea de Justicia, Decisión de la Corte de julio 15 de 1964, Flaminio Costa v. E.N.E.L., Case 6/64, European Court Reports, English Special Edition, p. 585

²⁹ Sobre la concepción de discreción razonable y justificada, véase nota 22.

para la aplicación efectiva. Los obstáculos jurídicos incluyen, por ejemplo, limitaciones en la fecha límite u otras condiciones restrictivas, y obstáculos fácticos bien pueden incluir la duración excesiva de los procedimientos judiciales.

En resumen, el entendimiento de ciertas propiedades de los derechos fundamentales como propiedades cualificantes hace posible capturar un amplio rango de derechos con ciertas características, y evaluarlos desde el punto de vista jurídico, no sólo desde un punto de vista moral. Si ello no fuera así, su evaluación podría ser adelantada sólo mediante estándares que están por fuera del concepto de derechos fundamentales. Si no estamos dispuestos a abandonar la idea de que los derechos fundamentales son derechos humanos transformados, entonces el concepto resultante de derechos fundamentales es tan neutral como es posible *vis-a-vis* la existencia y el alcance de los derechos humanos *qua* derechos morales. Además, ofrece un esquema conceptual adecuado para la discusión de la pregunta cuáles derechos son fundamentales, cuales derechos están más allá de los derechos fundamentales, cuáles derechos están más allá de los derechos fundamentales, o cuáles son derechos fundamentales defectuosos.

CAPÍTULO XVII

LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

Carlos BERNAL PULIDO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las objeciones acerca de la racionalidad de la ponderación*. III. *Racionalidad o hiperracionalidad de la ponderación*. IV. *Un modelo racional para la ponderación*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación.¹ Mientras las reglas

* He tenido la oportunidad de debatir versiones preliminares de este texto en el marco del seminario Albert Calsamiglia de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y del seminario de profesores de la Universidad de Alicante. Agradezco a los profesores José Juan Moreso (Barcelona), Manuel Atienza (Alicante), Juan Ruiz Manero (Alicante), Pablo Navarro (Córdoba, Argentina) y David Martínez (Barcelona) por sus valiosos comentarios y críticas. Asimismo, agradezco al Profesor Juan Antonio García Amado (León) por sus críticas a mis ideas y al Profesor Robert Alexy (Kiel, Alemania) por sus sugerencias a este texto. Este texto apareció originalmente como “La racionalidad de la ponderación” en *Revista española de derecho constitucional*, vol. 26, núm. 77, 2006, pp. 51-75

¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 81 s.; Robert Alexy, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 93 y ss.; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (traducción de Marta Gustavino), Ariel, Barcelona, 1989, pp. 61 y ss.; Jan R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden Baden, 1990; Jan R. Sieckmann, *Modelle des Eigentumsschutzes: eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG*, Nomos, Baden Baden, 1998, pp. 37 y ss.; Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los*

se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.

El concepto de ponderación es objeto de variadas discusiones teóricas y prácticas. Uno de los problemas más emblemáticos es si la ponderación constituye un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas o es un mero subterfugio retórico, útil para justificar toda laya de decisiones judiciales. Este es un interrogante filosófico jurídico que, sin embargo, irradia sus efectos sobre un segundo problema, relevante desde el punto de vista del derecho constitucional. El segundo problema se refiere a la legitimidad del juez, y sobre todo del Tribunal Constitucional, para aplicar los principios mediante la ponderación. Más de un connotado autor ha sostenido que la ponderación no representa nada más que un juicio arbitrario y salomónico² y que, por lo tanto, ni los jueces ni el Tribunal Constitucional están revestidos de suficiente legitimidad constitucional para aplicar los principios mediante este procedimiento. Si ellos lo hacen, sin lugar a dudas restringen, e incluso usurpan, las competencias atribuidas por la Constitución a otros poderes del Estado.³

El objetivo de este artículo es analizar si la ponderación puede concebirse como un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas. Para tal fin, es necesario indagar, en primer lugar, por qué se pone en tela de juicio la racionalidad de la ponderación (II). En segundo término, debe determinarse hasta qué punto puede ser racional la ponderación y cómo puede ser esto viable (III). Finalmente, se examinará si la fórmula del peso, propuesta por Alexy, puede ser considerada como un modelo que soluciona en la mayor medida posible los problemas filosóficos y constitucionales relativos a la racionalidad de la ponderación (IV).

derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2.a edición, 2005, pp. 571 y ss.

² Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (traducción de Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998, pp. 327 y ss.; Javier Jiménez Campo, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 73.

³ Fried, Charles, "Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Courts Balancing Test", *Harvard Law Review*, núm. 76, 1963, pp. 759 y ss.; Peter Lerche, *Über maß und Verfassungsrecht*, Carl Heymanns, Colonia *et al.*, 1961, p. 130.

II. LAS OBJECIONES ACERCA DE LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

De acuerdo con los críticos, la ponderación es irracional por una amalgama de razones. Las más prominentes se refieren a la falta de precisión de la ponderación, a la inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados.

1. *La falta de precisión de la ponderación*

La primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder⁴ que carece de un concepto claro y de una estructura jurídica precisa. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan principios.⁵ Desde este punto de vista, la ponderación es una estructura formal y vacía,⁶ basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez.⁷ Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera.⁸ Como consecuencia, mediante la ponderación no se puede determinar una única respuesta correcta para los casos en que se aplica.

⁴ Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 171.

⁵ Rudolf Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft, Buchhandlung des Weisshauses*, Halle, 2.ª edición, 1923, p. 447. En tiempos más recientes, Ernst W. Vöckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, en Ernst W. Vöckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie, Suhrkamp*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 184 y ss.; Ingeborg Maus, “Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts”, *Rechtstheorie*, núm. 20, 1989, pp. 197 y ss.; Kent Greenwalt, “Objectivity in Legal Reasoning”, en Kent Greenwalt (ed.) *Law and Objectivity*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 1992, p. 205.

⁶ Fritz Ossenbühl, “Abwägung im Verfassungsrecht”, *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1995, p. 905.

⁷ Karl A. Betterman, “Die allgemeine Gesetze als Schranken der Pressefreiheit”, *Juristenzeitung*, 1964, pp. 601 y ss.

⁸ Juan A. García Amado, “¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Archivo de Filosofía del Derecho*, tomos XIII-XIV, 1996-1997, p. 71.

2. *La incommensurabilidad en la ponderación*

La segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables.⁹ La incommensurabilidad aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos,¹⁰ que permita determinar el peso que les corresponde en cada caso. En el ámbito de los principios no existe una “unidad de medida”¹¹, así como tampoco una “moneda común que posibilite la ponderación” entre los principios que en cada caso entre en colisión.¹²

3. *La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación*

La crítica final mantiene que la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Todos los resultados de la ponderación son particulares, dependen de las circunstancias de cada caso y no de criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que emergen de la ponderación conforman una jurisprudencia *ad hoc*,¹³ que tiende a magnificar la

⁹ Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, pp. 72 y ss., 132 y ss., 153 y ss.; Nils Jansen, “Die Struktur rationaler Abwägungen”, en Annette Brockmöller *et al.* (eds.): *Ethische und strukturelle Herausforderung des Rechts, ARSP*, Beiheft 66, 1997, pp. 152 y ss.; Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988, pp. 275 y ss.; Lawrence Tribe, “Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency”, *Harvard Law Review*, núm. 98, 1985, p. 595; Louis Henkin, “Infallibility under Law: Constitutional Balancing”, *Columbia Law Review*, núm. 78, 1978, p. 1048; Louis Frantz, “Is the First Amendment Law? – A Reply to Professor Mendelssohn”, *California Law Review*, núm. 51, 1963, p. 748.

¹⁰ Sobre el concepto de incommensurabilidad, *cfr.*, Joseph Raz, “Incommensurability and Agency”, en Joseph Raz, *Engaging Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 46.

¹¹ Jürgen Habermas, “Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School”, en Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M., 1996, p. 369.

¹² Thomas Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, núm. 96, 1987, p. 973.

¹³ Herbert Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Franz Vahlen, Munich, 1977, p. 276; Hans Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikten*, Nomos, Baden-Baden, 1979, p. 23. Algunos autores utilizan la expresión “particularismo” para referirse a la objeción de la jurisprudencia *ad hoc*. *Cfr.* José J. Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003;

justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho.

Existe un nexo entre estas tres objeciones. La imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debe a su falta de precisión conceptual y el factor principal que determina esta falta de precisión conceptual es la inexistencia de una medida común que posibilite determinar el peso de los principios relevantes en cada caso concreto.

III. RACIONALIDAD O HIPERRACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

1. *Los límites de racionalidad de la ponderación*

Algunos aspectos de estas críticas contra la ponderación deben rechazarse por ser hiperracionales, y por tanto, irracionales. Alguien es hiperracional, cuando no reconoce que la racionalidad tiene ciertos límites.¹⁴ Los críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. Sin embargo, esto no significa que la ponderación sea irracional ni que esté basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas del juez. El silogismo también es formal en este sentido, porque tampoco puede excluir las apreciaciones subjetivas de quien lo lleva a cabo. No obstante, nadie se serviría de esta razón para afirmar que el silogismo es irracional.

Es meridiano que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad representa un ideal que no puede alcanzarse¹⁵ en ningún ámbito normativo¹⁶ y, mucho menos, en un ámbito tan controversial como el de los principios,

Bruno Celano, “Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisione stabilita”, *Ragione Pratica*, núm. 18, 2002.

¹⁴ John Elster, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión* (traducción de Carlos Gardini), Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 11 y ss.

¹⁵ Para profundizar sobre esta perspectiva escéptica acerca de una perfecta objetividad en la interpretación judicial, véase el planteamiento de Hans Kelsen sobre la “ilusión de la certeza jurídica” expuesto en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (traducción de Moisés Nílvé), Eudeba, Buenos Aires, 1999, pp. 134 y ss.

¹⁶ Cfr. Sobre los problemas de objetividad que se presentan en los ámbitos normativos: Jan R. Sieckmann, “Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung – Das Problem der Begrenzung der Besteuerung”, *Der Staat*, núm. 41, 2002, pp. 392 y ss.; Martin Borowski: “La restricción de los derechos fundamentales” (traducción de Rodolfo Arango), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000, p. 46.

tan estrechamente vinculado con las ideologías. Una perfecta objetividad sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinarían por el completo el contenido de los principios. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícita mente normas individuales que prescribirían con exactitud qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva.¹⁷

Debe reconocerse que la existencia de un sistema jurídico de este talante es imposible e inconveniente. Es imposible porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son siempre indeterminadas. La indeterminación normativa es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones. Más aún, dichas disposiciones han sido expedidas en situaciones en que existen limitaciones de tiempo, de información y de acuerdo entre los Constituyentes o los miembros del Parlamento. En la práctica, ningún poder constituyente o constituido dispone del tiempo, la información y los acuerdos necesarios para prever y regular todos los conflictos que, de modo hipotético, puedan surgir en la aplicación de los principios. A ello debe aunarse que, si se observa desde el punto de vista de los principios del Estado de Derecho y de la Democracia, tampoco sería deseable que existiera un sistema jurídico que garantizara una perfecta objetividad. En una sociedad que dispusiera de un catálogo de principios constitucionales y legales totalmente determinados, que además estuvieran revestidos de un “efecto de irradiación”¹⁸ sobre todo el ordenamiento jurídico, se reducirían notablemente las posibilidades de deliberación política. Si los derechos fundamentales proyectaran asimismo su fuerza expansiva sobre la legislación, el margen de acción del Parlamento se comprimiría al mínimo. El legislador se transformaría en una autoridad competente sólo para ejecutar las regulaciones predeterminadas por la Constitución y se desvanecería su importancia como foro para la deliberación democrática. Más allá de ello, las disposiciones que establecen los principios constitucionales predeterminarían no sólo el contenido de la legislación, sino incluso el de las decisiones administrativas y judiciales. Como efecto colateral, el derecho se aprisionaría en el pasado y perdería su capacidad para adaptarse a las nuevas nece-

¹⁷ Sobre las propiedades de un sistema ideal de esta índole, *cf.* Klaus Günther, “Critical Remarks on Robert Alexy’s ‘Special Case Thesis’”, *Ratio Juris*, núm. 6, 1993, pp. 151 y ss.

¹⁸ Sobre el efecto de irradiación de los principios de derecho fundamental, *cf.* Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 507 y ss.

sidades de la sociedad. Todo cambio jurídico haría necesaria una reforma constitucional.

Como consecuencia, resulta imposible imaginar que exista un procedimiento objetivo para la aplicación de los principios jurídicos. La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez. Estas aparecerán indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro procedimiento alternativo. También hay subjetividad en la subsunción. Por esta razón, no es apropiado pretender sustituir a la supuestamente incierta ponderación, por una supuestamente cierta subsunción. Todo aquél que pretenda excluir de la ponderación las apreciaciones subjetivas del juez, incurre en hiperracionalidad. Es meridiano que la tarea de determinar el contenido normativo de los principios siempre depara al juez un margen de deliberación. Dentro de este margen, el juez adopta diversas apreciaciones normativas y empíricas, relativas a controversias concernientes a preguntas tales como de qué tanta libertad debe disponer el individuo en un Estado Constitucional, qué restricciones deben ser impuestas al principio de la mayoría, o hasta qué punto puede un Estado Social intervenir en la economía a fin de garantizar la redistribución de las condiciones materiales para lograr el bienestar y asegurar que cada individuo disfrute por lo menos de un mínimo existencial. No puede esperarse que, ni aún en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de esta magnitud y complejidad.

2. La pretensión de racionalidad de la ponderación

Esta posición escéptica en relación con la perfecta objetividad en la aplicación de los principios no implica, sin embargo, que la única alternativa sea la irracionalidad. El hecho de que la perfecta objetividad sea utópica por naturaleza no significa que deba renunciarse a pretender alcanzarla en la mayor medida posible. La ponderación es un procedimiento común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en el derecho, sino también en el razonamiento práctico general. Esta circunstancia atribuye, entonces, sentido a preguntarse, cómo puede obtenerse el mayor grado posible de racionalidad cuando se aplican los principios mediante la ponderación. Para contestar este interrogante, es necesario explicar primero qué significa racionalidad y qué exigencias de racionalidad deben ser respetadas en la ponderación.

A. El concepto de racionalidad

El concepto de racionalidad es ambiguo. En el nivel más abstracto, la racionalidad alude a dos dimensiones: una teórica y una práctica.¹⁹ La racionalidad teórica establece las condiciones que una teoría o un concepto debe cumplir para poder ser considerada o considerado racional. La racionalidad teórica exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claras y estén libres de toda contradicción.²⁰ Por su parte, la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo de la racionalidad²¹ que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas. Una misión de la teoría jurídica, y en especial de las teorías del razonamiento jurídico, ha sido enunciar las condiciones que las decisiones median te las que se aplican las normas jurídicas deben satisfacer para ser racionales. Debe reconocerse que no existe un consenso en las teorías del razonamiento jurídico, acerca de las condiciones de racionalidad que estas decisiones deben satisfacer.²² No obstante, en general se acepta que para ser racional, una decisión debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho.²³ Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes²⁴ y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y

¹⁹ Cfr. Sobre la diferencia entre la racionalidad teórica y práctica: John R. Searle, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (traducción de Luis M. Valdés Villanueva), Ediciones Nóbél, Barcelona, 2000, pp. 109 y ss. De un modo similar: Jürgen Habermas, “Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos de habla”, en Jürgen Habermas, *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos* (traducción de Pere Fabra y Luis Díez), Trotta, Madrid, 2002, 1999, 103 y ss.

²⁰ Ota Weinberger, *Alternative Handlungstheorie*, Böhlau, Vienna, 1996, pp. 67 y ss.

²¹ Kurt Baier, *The Rational and the Moral Order*, Open Court, Chicago La Salle, 1995, pp. 35 y ss.

²² Cfr. Sobre la discusión acerca del concepto de racionalidad desde el punto de vista de las teorías de la argumentación jurídica: Ernst Tugendhat, “Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht”, *ARSP*, Beiheft 14, 1980, pp. 1 y ss.; Ulfrid Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, pp. 94 y ss.

²³ Jerzy Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Dordrecht Boston, 1992, p. 209.

²⁴ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 185 y ss.

saturadas,²⁵ de observar las reglas de la lógica²⁶ y las cargas de la argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia²⁷ y la coherencia.²⁸

B. Las exigencias de racionalidad en la ponderación

Ambos sentidos de la racionalidad son relevantes en las críticas a la ponderación. La objeción concerniente a la falta de precisión conceptual se opone al uso de la ponderación con el argumento de que ésta no es racional desde el punto de vista técnico, por no ser clara ni tener una estructura precisa. Si se quiere superar esta objeción, es necesario proponer un modelo que dote a la ponderación de un concepto claro y una estructura precisa. Por otra parte, la racionalidad práctica es relevante desde la perspectiva de las tres objeciones antes expuestas. Las objeciones de falta de precisión conceptual, inconmensurabilidad e imposibilidad de prever los resultados de la ponderación mantienen que el acto mismo de ponderar es irracional en sentido práctico. Si se quiere superar estas objeciones, debe ofrecerse un modelo de la ponderación que revista una estructura determinada, que esté provista de una medida común para comparar los principios y que pueda dar lugar a resulta dos predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho.

Con base en estas premisas debe preguntarse si existe un modelo de la ponderación que pueda satisfacer estas exigencias teóricas y prácticas de

²⁵ *Ibidem*, pp. 185-187.

²⁶ Atienza, Manuel; "Para una razonable definición de razonable", *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 193.

²⁷ Una fundamentación es consistente desde el punto de vista normativo, si se llega a los mismos resultados cuando tienen lugar los mismos hechos y cuando se justifican todos los resultados distintos. Cfr. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 185; Alexander Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Springer, Vienna New York, 1983, p. 189; Neil MacCormick, "Coherence en legal justification", en Werner Krawietz et al. (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 43 y ss.

²⁸ Cuanto más se base una fundamentación en principios, reglas, decisiones, conceptos generales del sistema jurídico y premisas normativas y empíricas relevantes en este sistema, tanto más coherente será. Cfr. Robert Alexy, "Juristische Begründung, System und Kohärenz", en Okko Behrends et al. (eds.): *Rechtsdogmatik und Praktische Vernunft*. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Vondenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1990, pp. 97 y ss.; Robert Alexy y Alexander Peczenik, "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality", *Ratio Juris*, núm. 1, 1990, pp. 115 y ss.; Barbara Baum Levenbook: "The Role of Coherence en Legal Reasoning", *Law and Philosophy*, núm. 3, 1984, pp. 355 y ss.

racionalidad. Aquí se analizará si la fórmula del peso propuesta por Alexy puede ser considerado como un modelo de estas características.

IV. UN MODELO RACIONAL PARA LA PONDERACIÓN

En *La teoría de los derechos fundamentales*²⁹ y en otros escritos, Alexy expone una concepción bien desarrollada de la estructura de la ponderación. En su última versión, la estructura de la ponderación está compuesta por tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y una carga de la argumentación. Aquí es preciso concentrarse en el segundo elemento, es decir, la fórmula del peso (2). Sin embargo, de antemano es indispensable aclarar el concepto y la estructura general que reviste la ponderación en el modelo propuesto por Alexy (1).

1. *El concepto y la estructura de la ponderación*

A. El concepto de ponderación

De acuerdo con Alexy, los principios son mandatos de optimización. Los principios no son normas que establezcan exactamente lo que debe hacerse, sino normas que exigen que “algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.³⁰ El ámbito de lo jurídicamente posible está determinado por principios y reglas que juegan en sentido contrario. Por su parte, los enunciados fácticos acerca del caso determinan el ámbito de lo fácticamente posible.

A fin de establecer “la mayor medida posible” en la que un principio debe ser cumplido, es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan fundamento a las reglas que juegan en sentido contrario. En una constelación semejante, estos principios entran en colisión. Ellos fundamentan *prima facie* normas incompatibles (por ejemplo, la norma N1 que prohíbe $\emptyset$ y la norma N2 que ordena $\emptyset$), que pueden proponerse como soluciones para el caso concreto.

La ponderación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos

²⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 87 y ss.

³⁰ *Ibidem*, p. 86.

y todas las posibles incompatibilidades entre las normas *prima facie* que fundamentan. Una solución de este tipo para las colisiones entre principios³¹ debe rechazarse, por presuponer algo imposible de concebir en el ordenamiento jurídico de una sociedad pluralista: una jerarquía de todos los principios jurídicos que, a su vez, refleje una jerarquía de todos los valores. La ponderación no implica ni la validez de un orden lexicográfico de los derechos fundamentales ni de un orden lexicográfico de principios de justicia. Un modelo de esta índole fue propuesto por Rawls al defender la regla de la prioridad absoluta de su primer principio de justicia sobre el segundo y, en consecuencia, que “la libertad sólo puede ser restringida en razón de la propia libertad”.³² La idea de un orden lexicográfico debe descartarse asimismo, porque presupone la posibilidad de separar absolutamente las libertades de los derechos sociales (especialmente el derecho al mínimo existencial) y los bienes colectivos que se relacionan con el segundo principio de justicia. Esta posibilidad debe rechazarse, por cuanto la garantía del mínimo existencial es una condición para que las libertades no permanezcan sólo como aspiraciones retóricas.³³ Por oposición a este modelo, la ponderación es únicamente una estructura por medio de la cual no se establece una relación absoluta, sino “una relación de precedencia condicionada” entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso,³⁴ a fin de determinar el sentido de la decisión judicial.

B. La estructura de la ponderación

De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y una carga de la argumentación.

a. La ley de la ponderación

Según la ley de la ponderación:

³¹ Para una defensa de esta solución hipotética, *cfr.*, Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, en Josef Isensee y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, vol. 5, p. 236.

³² John Rawls, “The Basic Liberties and Their Priority”, en John Rawls (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, 1983.

³³ *Cfr.* Robert Alexy, “John Rawls’ Theorie der Grundfreiheiten”, en w. Hirsch *et al.* (eds.), *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1997, pp. 282 y ss.

³⁴ Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, *op. cit.*, pp. 92 y ss.

“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.³⁵

De acuerdo con esta ley, la estructura de la ponderación puede dividirse en tres pasos que Alexy identifica con claridad:

“En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”.³⁶

Es importante advertir que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. Ambas operaciones consisten en: establecer la importancia de los principios en colisión. Con esta expresión nos referiremos en adelante a estos dos pasos.³⁷ Alexy sostiene que en ambos pasos puede alcanzarse la conmensurabilidad mediante la referencia a una escala triádica, en la que las intensidades “leve”, “moderada” y “grave” especifican el grado de importancia de los principios en colisión.³⁸

Ahora bien, la importancia de los principios en colisión no es la única variable relevante en la ponderación. La segunda es el “peso abstracto” de los principios.³⁹ El peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo

³⁵ *Ibidem*, p. 161.

³⁶ Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales” (traducción de Carlos Bernal Pulido), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, p. 32.

³⁷ De conformidad con la notación de Alexy, simbolizaremos el grado de no satisfacción o afectación del primer principio en el caso concreto como IpiC y la importancia en la satisfacción del segundo principio en el caso concreto como WPjC. *Cfr. Ibidem*, p. 40.

³⁸ Debe aclararse que también sería posible alcanzar la conmensurabilidad entre los dos principios mediante una escala compuesta por dos o más grados. Sin embargo, la utilización de una escala de dos grados para establecer una relación de precedencia condicionada entre dos principios sólo reiteraría la precedencia de un principio sobre otro en dicha relación, por cuanto el principio precedente siempre tendría el grado mayor y el principio derrotado el grado menor. Asimismo, la aplicación de una escala de cuatro o más grados genera dificultades mayores. Cuanto más aumente el número de grados de la escala, tanto más aumentará la dificultad de precisar, con base en premisas normativas y fácticas, el grado exacto de importancia de los principios en colisión, y, por lo tanto, fundamentar el resultado de la ponderación. Piénsese, por ejemplo, en lo difícil que resultaría graduar en 77 la importancia de un principio, en una escala de 1 a 100, y más difícil aún, poder diferenciar la importancia de 77 de la importancia que corresponde a los grados 76 y 78.

³⁹ De conformidad con la notación de Alexy, simbolizaremos el peso abstracto del primer principio como GPiA y el peso abstracto del segundo principio como GPjA. *Cfr.* Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 41, nota 68.

con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Asimismo, este peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos. De este modo, por ejemplo, puede sostenerse que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto, es obvio, para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo. De forma similar, los tribunales constitucionales de varios países han atribuido un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales sobre otros principios, y a la libertad de expresión y al derecho a la intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana.

A lo anterior debe sumarse una tercera variable S, que se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto. La variable S se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio en la ponderación.

Ahora bien, le pregunta es: ¿cómo puede articularse la importancia de los principios, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia, a fin de obtener un resultado concreto en la ponderación? De acuerdo con Alexy, la fórmula del peso es la respuesta.

b. La fórmula del peso

Esta fórmula tiene la siguiente estructura:⁴⁰

$$GP_{i,j}C = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Esta fórmula establece que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio Pi, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, el producto de la importancia del principio Pj, su peso abstracto y la

⁴⁰ *Ibidem*, p. 56. Cfr. También Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, en Joachim Jickeli *et al.* (eds.): Gedächtniswerk, Berlin, 2003, pp. 771 y ss.

seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve 2^0 , es decir, 1; medio 2^1 , es decir, 2; y grave 2^2 , es decir, 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto 2^0 , es decir, 1; plausible 2^{-1} , es decir $1/2$; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, $1/4$.⁴¹

Mediante la aplicación de estos valores numéricos a la fórmula del peso es posible determinar el “peso concreto”⁴² del principio Pi en relación con el principio Pj en el caso. Si el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj es mayor que el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi, el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio Pi. Si, por el contrario, el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi es mayor que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj, entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio Pj. Si Pi fundamenta la norma N1 que prohíbe $\emptyset$ y Pj fundamenta la norma N2 que ordena $\emptyset$, en el primer caso debe prohibirse $\emptyset$ y en el segundo caso debe ordenarse.

c. La carga de la argumentación

El tercer elemento de la estructura de la ponderación es una carga de la argumentación. Esta carga opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, es decir, cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico (o expresado formalmente $G P_{i,j} C = G P_{j,i} C$). Alexy parece defender dos diferentes formas de solucionar los casos en que hay empate, una en el capítulo final de la *Teoría de los derechos fundamentales* y otra en el *Epílogo* a esta obra, escrito quince años después de su publicación inicial. Esta doble solución resulta problemática, por cuanto puede implicar resultados incompatibles, tal como a continuación veremos.

En la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy aduce argumentos que fundamentan una carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídica. El principio “*in dubio pro libertate*”⁴³ expresaría el significado de esta carga de argumentación. De acuerdo con este principio, ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad jurídica puede prevalecer, sin que se

⁴¹ Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, *op. cit.*, pp. 789 y ss.

⁴² Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, núm. 16, 2003, pp. 433 y ss.

⁴³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 549 y ss.

invoquen a su favor “razones más fuertes”.⁴⁴ En otras palabras, los empates deben favorecer a la libertad y la igualdad jurídica. No obstante, en el Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales, Alexy defiende una carga de argumentación diferente. En todo caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como “no desproporcionada”, y por tanto, debe ser declarada constitucional. Dicho de otro modo, los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor del principio democrático.⁴⁵ Es pertinente señalar que, desde el punto de vista de la estructura general del Estado Constitucional democrático esta segunda carga de argumentación parece más apropiada que la primera.

2. *La función y la estructura de la fórmula del peso*

A. La función de la fórmula del peso

De acuerdo con Alexy, la aplicación de la fórmula del peso es un procedimiento para determinar el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j , a la luz de las circunstancias de cada caso. De este modo, la fórmula del peso representaría un desarrollo complementario de la ley de la ponderación, que Alexy enuncia con base en la formulación clásica del tercer subprincipio de la proporcionalidad, es decir, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que se aplica en el derecho constitucional alemán.⁴⁶

Sin embargo, a mi modo de ver, la fórmula del peso, tal como es descrita por Alexy, expresa una nueva ley de la ponderación. El objetivo de esta fórmula es establecer “una relación de precedencia condicionada” entre los principios en colisión a la luz de las circunstancias del caso. Si se observa con atención, se advertirá que esta relación de precedencia no se determina sólo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso concreto (o sea, “del grado de no satisfacción o de afectación de un principio” y “la importancia de la satisfacción del otro”), sino mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los

⁴⁴ *Ibidem*, p. 550.

⁴⁵ Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

⁴⁶ *Cfr.* Por ejemplo la sentencia BVerfGE 30, 296 (316). *Cfr.* Asimismo, sobre el concepto de este subprincipio en el derecho constitucional alemán: Laura Clerico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001, todo el capítulo III.

principios. Esto implica que la fórmula del peso sea una reformulación del planteamiento básico que subyace a la ley originaria de la ponderación. Esta reformulación es, en términos analíticos, más sofisticada, por cuando explicita la necesidad de considerar dos variables adicionales: el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas.

La nueva formulación de la ley de la ponderación debe ser entonces la siguiente:

Cuanto mayor sea el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor deberá ser el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i a la luz de las circunstancias del caso.

Esta nueva ley de la ponderación también puede expresarse así:

$$GP_{i,jC} \leq GP_{j,iC}$$

O, con mayor explicitud,

$$\frac{IP_iC \cdot GP_{iA} \cdot SP_iC}{WP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}} < \frac{IP_jC \cdot GP_{jA} \cdot SP_jC}{WP_{iC} \cdot GP_{iA} \cdot SP_iC}$$

El funcionamiento de esta nueva ley de la ponderación puede aclararse con la ayuda de un ejemplo concreto. Imaginemos que la vida de un niño depende de una transfusión de sangre, que sus padres rehúsan en razón de sus creencias religiosas. Esta situación implica un conflicto entre el principio de protección de la vida y el derecho a la libertad de conciencia. Ante este conflicto puede preguntarse, si es contrario a la Constitución ordenar la práctica de la transfusión en contra de la voluntad de los padres. Un Tribunal Constitucional puede considerar que el grado de no satisfacción o de afectación del principio P_i (libertad de conciencia) es grave (4), así como la importancia de satisfacer el principio P_j (protección de la vida del niño) (4). Además, el Tribunal puede considerar que el peso abstracto de la libertad de conciencia P_i es medio (2) y que el del derecho a la vida es intenso (4); por último, puede estimar que las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de ambos principios son seguras (1). En este caso, la aplicación de la nueva ley de la ponderación llevaría a la siguiente conclusión:

$$\frac{4 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} < \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 2 \cdot 1}$$

Esto quiere decir:

$$\frac{8}{16} < \frac{16}{8}$$

o sea:

$$\frac{1}{2} < 2$$

En el ejemplo, la medida consistente en ordenar la práctica de la transusión de sangre satisface las exigencias de la ley de la ponderación, porque tras su aplicación: $GP_{i,j}C < GP_{j,i}C$. Por lo tanto, proteger la vida del niño debe considerarse como una medida constitucional.

B. La estructura de la fórmula del peso

La estructura de la fórmula del peso suscita varios interesantes problemas. El más importante es si existen criterios objetivos para determinar el valor de las variables que la integran. En esta sección exploraré las posibles respuestas para este interrogante, mediante una consideración específica de cada variable.

a. El grado de importancia de los principios en colisión

Debe admitirse que en ciertas ocasiones existen juicios racionales acerca del grado de importancia de los principios en colisión, o lo que es igual, existen casos fáciles en relación con el grado de importancia de los principios. Por ejemplo, en una colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, el hecho de que una revista satírica se refiera a un tetrapléjico con el apelativo de “tullido”, claramente constituye una grave ofensa contra su honor (y por tanto, al ser grave, ameritaría la atribución del valor numérico 4), mientras que, al mismo tiempo, contribuiría muy poco al desarrollo de la libertad de información (y por tanto, el valor de este principio debería ser 1). No obstante, también existen casos difíciles en que las premisas fácticas y normativas, que deben considerarse para determinar la importancia de un principio, son inciertas. Un caso típico se presenta cuando la libertad de conciencia está en juego. Cabe dudar de si es posible determinar en abstracto el grado de intervención de cierta medida en la libertad de conciencia, sin tomar en cuenta las apreciaciones subjetivas del creyente, relativas a su experiencia religiosa. Por consiguiente, debe decirse que el grado de intervención en la libertad religiosa que pueda tener la práctica de una

transfusión de sangre forzosa, depende claramente de cómo los individuos viven su fe. Un acto como este puede ser intrascendente para muchos individuos, pero muy serio para un testigo de Jehová. En la determinación de este grado de intervención median desacuerdos genuinos. Este ejemplo muestra que, en un caso como este, la graduación de la importancia del principio de la libertad de conciencia sólo puede hacerse después de que se haya fijado un concreto punto de vista. La propia fórmula del peso no puede determinar este punto de vista ni el valor de esta variable. Como consecuencia, la aplicación de la fórmula del peso abre al juez un ámbito de deliberación en el cual, su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la moral crítica, así como de su ideología política. No obstante, por ello no puede menospreciarse la fórmula del peso. La utilidad de la fórmula del peso en estos casos reside precisamente en esclarecer cuál es el ámbito de deliberación que la ponderación depara al juez.

Del mismo modo, el juez goza de un ámbito de deliberación cuando no es claro si el caso es un caso fácil o un caso difícil en relación con la primera variable de la fórmula del peso, es decir, la importancia de los principios. Puede suceder que incluso si un caso parece ser fácil, después de considerar argumentos adicionales, se llegue a la conclusión de que se trata de un caso difícil. Este fenómeno puede verse con claridad en un caso concreto, la sentencia acerca del tabaco del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que Alexy cita como ejemplo de un caso claro.⁴⁷ En esta sentencia se analizaba si era constitucional el deber legal impuesto a los productores de tabaco, consistente en hacer conscientes a los consumidores acerca de los riesgos para la salud asociados con el fumar, mediante la inclusión de etiquetas de advertencia en los paquetes de tabaco. Alexy sostiene que la imposición de este deber es “comparativamente una intervención leve en la libertad de profesión u oficio”,⁴⁸ en especial, si se compara como otras medidas alter natives potenciales, tales como la prohibición de venta de tabaco o la imposición de severas restricciones a su venta. Asimismo, Alexy sostiene que es evidente que esta medida protege la salud con considerable intensidad. Es así como concluye que “el Tribunal Constitucional Federal no exageraba al sostener en su decisión acerca de las advertencias para la salud que “de acuerdo con los conocimientos médicos actuales, es seguro” que fumar causa cáncer y enfermedades cardiovasculares”.⁴⁹ De este modo, en la ponderación se estaría en presencia de una intervención leve en la libertad de profesión u oficio y una protección intensa de la salud. A pesar de estas afirmaciones,

⁴⁷ Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

⁴⁸ *Loc. cit.*

⁴⁹ *Loc. cit.*

debe señalarse que es posible llevar a cabo otras consideraciones acerca de las variables relevantes en esta ponderación. Desde un punto de vista fáctico, podría decirse que no es tan cierto que el deber de advertir acerca de los riesgos del tabaco mediante etiquetas, en realidad contribuya de forma intensa a la protección de la salud de los consumidores. Podría catalogarse a esta medida como ineficiente, por ejemplo, porque los consumidores ya son conscientes de lo que las etiquetas pretenden informarles; o porque la adicción al tabaco persiste incluso si los consumidores están informados acerca de sus consecuencias, pues se trata de un asunto de debilidad de la voluntad y no de falta de información; o, en fin, porque incluso la información de las etiquetas puede hacer más apetecible el fumar. Como dice el refrán: lo prohibido es lo más apetecido. Si se observa desde este ángulo, el grado de protección de la salud no sería necesariamente alto. Sería posible discutir entonces acerca de la graduación de esta variable y, por esta razón, el caso se convertiría en este aspecto en un caso difícil.

Lo que de todas maneras resulta manifiesto es que el grado de importancia de los principios relevantes depende de premisas fácticas y normativas. En este punto es posible complementar la fórmula del peso, mediante la especificación del tipo de variables fácticas y normativas que el juez debe tener en cuenta. Un primer tipo de premisa normativa tiene que ver con el “significa do”⁵⁰ (*Si*) de las posiciones jurídicas relevantes del lado de cada principio, desde el punto de vista del “concepto de persona” presupuesto por el sistema jurídico y político.⁵¹ En una sociedad liberal a la Rawls, debe atribuirse un peso mayor a los derechos liberales vinculados de manera estrecha con las capacidades morales de la persona. Estos derechos ostentan un significado sobresaliente y, por tanto, toda intervención del poder público en ellos debe considerarse como una intervención seria en el principio al que se adscriben. En una sociedad rawlsiana, cuanto más esté conectada con las capacidades morales de la persona una posición jurídica adscrita a un principio, tanto mayor deberá ser la importancia que debe atribuirse a tal principio.⁵²

Una segunda clase de premisa normativa es la importancia de la posición jurídica (*P_J*), considerada desde el punto de vista del contenido de los principios relevantes. Por ejemplo, un acto de censura del gobierno en con-

⁵⁰ Cfr., sobre el concepto de significado: John Rawls, *El liberalismo político* (traducción de Antoni Doménech), Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996, pp. 373 y ss.

⁵¹ Carlos Bernal Pulido, , *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 762.

⁵² Una observación análoga podría hacerse cuando se considera el concepto de persona desde un punto de vista diferente, es decir, como ciudadano cuya dignidad exige que sus derechos sociales sean protegidos

tra de un partido de oposición en época de elecciones representa una intervención más seria en la libertad de expresión que una regulación de estricta de las revistas que publiquen detalles acerca de la vida sexual de la gente famosa. Asimismo, una restricción al acceso a la educación básica para muchos niños constituye una afectación más seria del derecho a la educación que una regulación estricta de un programa de máster o de doctorado.

En cuanto se refiere a las premisas empíricas, debe señalarse que éstas tienen que ver con el efecto que tenga la medida bajo examen para los principios relevantes. Desde esta perspectiva, la importancia de los principios depende de la eficiencia (*E*), velocidad (*V*), probabilidad (*P*), alcance (*A*) y duración (*D*) con que la medida afecte y satisfaga, correlativamente, los principios en juego. Cuanto más eficiente, rápido, probable, potente y duradero sea el acto bajo examen para afectar y satisfacer, correlativamente, los principios relevantes, tanto mayor será la importancia de tales principios.

En consideración de estas premisas normativas y empíricas debe decirse entonces que las variables IPiC y WPjC en la fórmula del peso pueden ser formuladas de un modo más explícito y extendido como sigue:

$$\text{IPiC} = (\text{SiPiC} \cdot \text{PJPiC}) \cdot (\text{EPiC} \cdot \text{VPiC} \cdot \text{PPiC} \cdot \text{APiC} \cdot \text{DPiC})$$

$$\text{WPjC} = (\text{SiPjC} \cdot \text{PJPjC}) \cdot (\text{EPjC} \cdot \text{VPjC} \cdot \text{PPjC} \cdot \text{APjC} \cdot \text{DPjC})^{53}$$

b. El peso abstracto de los principios en colisión

El juez también goza de un margen de deliberación a la hora de determinar el peso abstracto de los principios. El peso abstracto es una variable muy particular, por cuanto siempre depende de consideraciones morales e ideológicas y lleva necesariamente al juez a adoptar una posición acerca de la teoría sustancial de la Constitución. Desde luego, la variable del peso abstracto pierde su importancia cuando los principios en colisión son de la misma naturaleza. Ahora bien, los casos en que esto no sucede pueden ser fáciles o difíciles. Existen casos fáciles acerca de la determinación del peso

⁵³ En estas dos formulaciones, el objetivo del paréntesis es hacer explícitos los conceptos que funcionan como variables de IPiC y de WPjC. Sin embargo, ellos no desempeñan ninguna función matemática. El signo de multiplicación también tiene sólo un valor metafórico. Indica que todas esas variables deben tomarse en cuenta. No tiene un valor matemático, pues ello implicaría afirmar que el valor de cada variable debe ser idéntico. En este aspecto, este modelo de la fórmula del peso se separa del modelo de Alexy. Mientras las pretensiones del modelo de Alexy parecen ser más matemáticas, las de nuestro modelo son únicamente metafóricas.

abstracto de los principios. Puede pensarse, por ejemplo, que a la protección de la vida o a ciertos derechos fundamentales relacionados de forma estrecha con los principios de la dignidad humana y la democracia deba otorgarse un peso abstracto mayor que el de otros principios.⁵⁴ Sin embargo, los casos fáciles de determinación del peso abstracto son la excepción. La regla general son los casos difíciles, en los cuales el juez goza de un margen de deliberación considerable. Este margen supone un límite para la racionalidad. Es obvio que no existe una escala preestablecida de los pesos abstractos de los principios que pueda formularse en los términos de la escala triádica. Es cierto que la protección de la vida merece el valor más alto (4), pero, a partir de allí, puede discutirse si debe atribuirse este mismo valor a los derechos estrechamente ligados con la dignidad humana o con el principio democrático. De la misma manera, puede preguntarse si es preciso atribuir a todos los derechos ligados con la dignidad humana o con el principio democrático el mismo valor o si éste debe variar en razón del grado de conexión con estos principios más abstractos. Y ¿qué decir de principios como la igualdad jurídica o el derecho a que el Estado persiga la igualdad real? ¿Qué peso abstracto debe atribuirse a estos principios? La determinación del peso abstracto de los principios en los términos de la escala triádica depende de la búsqueda por parte del juez de la mejor teoría sustancial de la constitución. Si se asume que esta teoría es individualista, entonces el juez atribuirá el peso más alto a la libertad. Si, por el contrario, esta teoría es comunitarista, entonces el juez atribuirá el máximo peso a los principios vinculados con bienes colectivos. El juez debe resolver cada caso de acuerdo con la mejor teoría sustancial de la constitución. El problema, sin embargo, es que a veces no es fácil saber cuál es esa teoría. La respuesta correcta para estos casos es que de la Constitución no deriva ninguna respuesta correcta.

c. La seguridad de las premisas

También es posible identificar algunos límites de racionalidad en la determinación de la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios. Como ya se mencionó, desde el punto de vista empírico, la importancia de los principios depende de la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración del efecto que tenga sobre ellos la medida que está en juego en cada caso. Aquí los límites de racionalidad tienen que ver con varios factores. En primer lugar, es difícil determinar la fiabilidad de las apreciaciones empíricas desde todas estas perspectivas. El

⁵⁴ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 762, 772, 774.

conocimiento del juez es limitado. A veces el juez no sabe cuál es el valor correcto que debe atribuirse a cada una de estas variables. En segundo lugar, la combinación de estas variables es un asunto complejo. Por ejemplo, ¿cuál debe ser la seguridad de una apreciación empírica plausible en relación con la eficacia de una medida, no evidentemente falsa en cuanto concierne a la velocidad, fiable en cuanto a la probabilidad, plausible en relación con su alcance y fiable en lo que concierne a su duración? Y, correlativamente, ¿la seguridad de esta apreciación sería la misma si las variables tuviesen los mismos valores pero en diferente orden?

Quizás esta complejidad explica por qué Alexy sólo tiene en cuenta la certeza de las apreciaciones empíricas. Sin embargo, también existen problemas epistemológicos concernientes a la certeza de premisas normativas relevantes para la ponderación, que determinan la importancia y el peso abstracto de un principio. La falta de certeza de estas premisas da lugar a un “margen de acción epistémico normativo”⁵⁵ del Parlamento y de los demás poderes públicos. En los casos concretos debe establecerse si las premisas normativas relevantes son fiables, plausibles o no evidentemente falsas. Si se distingue la seguridad de las premisas empíricas (SEIPiC y SEWPjC) de la seguridad de las premisas normativas atinentes a la importancia de los principios en el caso concreto (SNIPiC y SNWPjC) y a su peso abstracto (SNPiA y SNPPjA), tendríamos entonces una nueva definición más completa de la seguridad de las premisas, de la siguiente forma:

$$\begin{aligned} \text{SPiC} &= \text{SEIPiC} \cdot \text{SNIPiC} \cdot \text{SNPPiA} \\ \text{SPjC} &= \text{SEWPjC} \cdot \text{SNWPjC} \cdot \text{SNPPjA} \end{aligned}$$

V. CONCLUSIÓN

Todas estas consideraciones llevan a proponer un modelo más completo de la fórmula del peso. Esta nueva fórmula establece lo siguiente:⁵⁶

$$\text{GPI}_{jC} = \frac{(\text{SiPiC} \cdot \text{PJPiC}) \cdot (\text{EPiC} \cdot \text{VPiC} \cdot \text{PPiC} \cdot \text{APiC} \cdot \text{DPiC}) \cdot \text{GPiA} \cdot (\text{SNIPiC} \cdot \text{SNPPiA})}{(\text{SiPjC} \cdot \text{PJPjC}) \cdot (\text{EPjC} \cdot \text{VPjC} \cdot \text{PPjC} \cdot \text{APjC} \cdot \text{DPjC}) \cdot \text{GPjA} \cdot (\text{SNIPjC} \cdot \text{SNPPjA})}$$

⁵⁵ Robert Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁶ El objetivo del paréntesis es hacer explícitos los conceptos que funcionan como variables de la fórmula del peso. Sin embargo, ellos no desempeñan ninguna función matemática.

Esta fórmula persigue dar cuenta de las principales variables normativas y empíricas relevantes en la ponderación. Sin embargo, esta fórmula no puede determinar el valor de cada variable, así como tampoco, si el valor de cada variable debe ser el mismo. Es por ello que el signo de multiplicación sólo puede cumplir un papel metafórico. Este signo sólo expresa que en la ponderación debe tenerse en cuenta el valor de todas estas variables. En una ponderación racional, primero es necesario determinar el valor en cada variable y, luego, el valor de cada variable. Además, la complejidad de este modelo puede dar lugar a la objeción de que sus posibilidades de aplicación en la práctica no son evidentes. Con todo, debe reconocerse que la complejidad del modelo deriva de que la aplicación de los principios es en sí misma un procedimiento altamente complejo. Más allá de ello, es preciso enfatizar que la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta. Por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante. No obstante, este hecho no reduce la racionalidad ni la utilidad de la fórmula del peso. Este es un procedimiento claro incluso en cuanto a que explicita con claridad sus propios límites. Asimismo, se ofrece como una estructura jurídica que dota a la ponderación de un concepto preciso, libre de toda contradicción. En esta estructura, la escala triádica es la medida común para determinar el peso de los principios relevantes. De igual modo, la fórmula del peso explicita cuáles son las variables relevantes en la ponderación. Como consecuencia, posibilita fundamentar correctamente en el derecho el resultado de la ponderación. Por medio de esta fórmula, puede estructurarse una fundamentación en términos conceptualmente claros y consistentes, mediante premisas completas y saturadas, que respetan las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación. La fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. En la práctica jurídica, estas decisiones judiciales conforman una red de precedentes que permite la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras. Por último, la fórmula del peso es un buen ejemplo de cómo algunos problemas prácticos del derecho constitucional pueden resolverse con ayuda de consideraciones provenientes de la filosofía del derecho.

CAPÍTULO XVIII

HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DE UN MODELO INTEGRADO DE PROPORCIONALIDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Laura CLÉRICO

SUMARIO: I. *Introducción y planteo del problema.* II. *El examen de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el universo de casos estudiados y desechados.* III. *¿Proporcionalidad como confrontación o como integración? Una propuesta de reconstrucción descriptiva y normativa.* IV. *Comparación de casos.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DEL PROBLEMA

En los últimos diez años parece que la academia anglosajona (re)descubrió¹ el examen de proporcionalidad para la aplicación de los derechos y/o resolución de conflictos entre derechos² y, a su vez, como manifestación de la

¹ Parece más plausible la tesis del redescubrimiento ya que la ponderación había sido objeto de análisis crítico y exhaustivo con anterioridad y en el *common law* en, por ejemplo: Aleinkoff, A.: “Constitutional Law in the Age of Balancing”, en 96 Yale L.J. 943, 1987 y Pildes, H.: “Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law”, en 45 Hastings L.J. 711, 1994; sobre similitudes y diferencias véase últimamente, Cohen-Eliya, M. y Porat, I.: “American balancing and German Proportionality: The historical origins”, 8 International Journal of Constitutional Law (ICON), 2010, p. 263; Grimm, D.: “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, en 57 Univ. Toronto L.J. 383, 387.

² Véase, Rivers, J.: “Proportionality and Variable Intensity of Review”, en 65 Cambridge L. J. 174, 177-182, 2006; Barak, A.: *The Judge in a Democracy*, Princeton/Oxford, 2006, pp. 166, 173; Gardbaum, S.: “A democratic Defense of Constitutional Balancing”, en *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2010; Reaume, Denise G.: “Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality”, Oxford Legal Studies Research Paper N° 26/2009 August 2009; Tsakyrakis, S.: “Proportionality: An Assault on human rights?”, en

“internacionalización del derecho constitucional”³. Este (re)descubrimiento originó una cantidad considerable de trabajos a) de campo en los que se reflejan la frecuencia con que los tribunales locales e internacionales de derechos humanos echan mano de este examen; b) trabajos de derecho comparado; c) trabajos sobre la racionalidad del método; d) sobre su legitimidad con especial atención a la tensión entre Cortes Constitucionales y Parlamento; e) sobre proporcionalidad y concepciones de los derechos; f) sobre el origen del examen de proporcionalidad en comparación con el *balancing*, por un lado, y con el “escrutinio estricto americano”, por el otro lado; entre otros.

Ahora bien, esta discusión parece también estar atravesada por un *discurso de “todo o nada”*, que algunos han dado en llamar el “culto a la proporcionalidad de la academia”⁴. Así, algunos abrazan acaloradamente la idea de que el método único o dominante de aplicación de los derechos debería ser la proporcionalidad⁵; otros la rechazan de plano. Aún más, algunos llegan a sostener una suerte de diagnóstico según el cual mientras los teóricos estarían entretenidos despedazando los trabajos de unos y otros sobre la proporcionalidad,⁶ los jueces seguirían dictando sentencias según la proporcionalidad.⁷

Si el diagnóstico de Beatty fuera cierto, más que alentador, sería preocupante. En la práctica jurisprudencial abundan casos de aplicación incorrecta del examen de proporcionalidad, como así también de la subsunción. La

7 ICON, 2009, p. 468; Dworkin, R.: *Is Democracy Possible Here?*, Princeton, 2006, p. 27; Möller, K.: “Balancing and the structure of constitutional rights”, en 5 ICON, 2007, p. 453.

³ Cfr. Jackson, V.: “Paradigms of public law: transnational constitutional values and democratic challenges”, en *Int J Constitutional Law* 2010 8: 517-562; Kumm, Matias: “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, en 2 *Int’L J. Const. L. (I- Con)* 574, 2004.

⁴ Véase Webber, G.: “Proportionality, Balancing and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol XXIII, N° 1, January 2010, pp. 197-2020.

⁵ Hasta llegarla a consagrar como “criterio universal de constitucionalidad”, Beatty, D.: *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, 2004, pp. 162.

⁶ Véase una enumeración bastante exhaustiva de las objeciones a la ponderación, en: Alexy, Robert: “Die Konstruktion von Grundrechten”, en Clérico y Sieckmann (comps.): *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 9-19 [hay traducción al castellano de L. Clérico y J. Sieckmann, en Alexy, R.: *La construcción de los derechos fundamentales*, AD-HOC/Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2010].

⁷ Esta estructura conformaría, según Beatty (*The Ultimate Rule of Law*, p. 157), una “perspectiva común” y permite a los jueces evaluar las normas y actos de los órganos políticos dejando (supuestamente) sus concepciones de filosofía política y moral a un lado.

función de la academia pierde algo de su sentido si no sirve para conmover las prácticas judiciales y lograr que sus protagonistas y estudiosos reflexionen críticamente sobre ella. Por ello este artículo se monta en el intersticio de estos dos discursos sobre la proporcionalidad: el jurisprudencial y el académico.

El objeto de estudio es el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en la que se aplicó expresamente el examen de proporcionalidad. Al respecto sostengo la siguiente tesis: este tribunal fue cauto en la aplicación del examen en dos sentidos relevantes. Su cautela se vislumbra porque el método no es el único ni el dominante, se combina de acuerdo con que los problemas se refieran a los derechos como reglas (en cuyo caso aplica el método de la subsunción), o como principios (en los que se empezó a aplicar con cierta continuidad el examen de proporcionalidad, pero recién a partir del 2000). A su vez, ambos métodos se encuentran mediados por el método de comparación de casos. Todo esto me lleva a sostener que la Corte IDH se interpreta en el contexto de una confluencia de prácticas constitucionales en las que existen discusiones sobre los conflictos de derechos y ciertas doctrinas que orientan (aunque no determinan en forma definitiva) el peso y la restricción de los derechos en conflicto en la proporcionalidad. Esto aleja el monstruo de un *balancing ad hoc*.

El estudio de esta jurisprudencia debería echar mejor luz a las discusiones de „todo o nada“ que suele sostener la academia para explorar las relaciones, compatibilidades e incompatibilidades de estos tres métodos *como forma más plausible de reconstrucción descriptiva y normativa de una práctica jurisprudencial que eleva la pretensión de fijar para los Estados pisos (según el caso más o menos robustos y movibles para mejor) de los derechos*. Si bien el desarrollo de esta tesis requiere de varios pasos argumentativos, en este trabajo me detendré en la factibilidad de un bosquejo de reconstrucción a través del uso de casos paradigmáticos, que entiendo representan buena parte de la jurisprudencia de la Corte IDH.

II. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: EL UNIVERSO DE CASOS ESTUDIADOS Y DESECHADOS

Sobre la base de un universo de 245 casos contenciosos, 20 opiniones consultivas y 478 medidas provisionales resueltos por la Corte Interamericana, *sólo en un 10 % de los casos contenciosos aplicó expresamente el examen de proporcionalidad*.

lidad. En este porcentaje no se incluyen aquellos casos en los que utilizó la proporcionalidad en forma implícita, por ejemplo cuando habla de arbitrariedad, en la opinión consultiva que se dedicó de lleno a la igualdad, y en la totalidad de las resoluciones sobre medidas precautorias. Me interesó rastrear aquellos casos donde expresamente anunciaba que realizaría un examen de proporcionalidad; estos casos conforman los “casos nuevos” en comparación con los llamados “casos tradicionales” de violación de derechos que llegaron a la Corte. Propongo leer la clasificación entre casos tradicionales y casos nuevos –a diferencia del criterio propuesto por García Ramírez⁸– bajo el criterio de cuál fue el modelo dominante de aplicación de las normas sobre derechos humanos: el modelo de las reglas y/o el modelo de los principios.

III. ¿PROPORCIONALIDAD COMO CONFRONTACIÓN O COMO INTEGRACIÓN? UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN DESCRIPTIVA Y NORMATIVA

La distinción de la teoría de las normas conforma la distinción entre la aplicación de los derechos humanos como reglas y/o como principios. Si se trata de una norma de derechos humanos como regla, entonces dado el antecedente de la norma se sigue la consecuencia. Es decir, dada la tortura se sigue el consecuente su prohibición. La tortura está prohibida en forma definitiva, sin importar las razones que el Estado pueda alegar para utilizarla.⁹ Las nor-

⁸ Véanse modalidades de violación que pueden ser leídas en clave de intensidad de restricciones a los derechos de comunidades indígenas en *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006, voto de García Ramírez). Véase voto concurrente de García Ramírez, en caso *Tibi vs. Ecuador*, Corte IDH, 2004, para.7-9. García Ramírez los clasifica por otro criterio, sin embargo, considero interesante ver la clasificación desde el prisma de la forma de aplicación. Estos casos conforman los “casos nuevos” en comparación con los llamados “casos tradicionales” de violación de derechos que llegaron a la Corte IDH. El patrón es nuevo en tanto estos casos llegan a la Corte IDH; sin embargo, no es nuevo en tanto tipo de violación a los derechos; por ejemplo, las violaciones a los derechos de los pueblos originarios se remontan a la época de la “colonía” y la “conquista” y persisten hasta la actualidad. Justamente que no hayan llegado anteriormente y en forma sistemática a la Corte IDH habla de las barreras estructurales que obturan el acceso a la justicia local e internacional de los pueblos originarios.

⁹ Véase *Cesar c. Trinidad y Tobago*, Corte IDH, 2005: “...la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”; y cfr. *Caso Lori Berenson Mejía*, para. 100; *Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de

mas de derechos humanos como reglas son normas que permiten, prohíben u obligan algo en forma definitiva. Su forma de aplicación es la *subsunción*.¹⁰ Si se tortura, la regla es incumplida; si se cumple con el mandato de prohibición la regla es cumplida. Las reglas contienen, en este caso, una prohibición definitiva, esto quiere decir, que en el contenido de las reglas ya se han tenido en cuenta las razones que podrían haber jugado en contra de lo ordenado por el derecho humano en cuestión, y esas razones fueron excluidas en forma definitiva como razones que podrían ser ponderadas contra el mandato de prohibición de torturar. Por ello, la prohibición de tortura es, por lo tanto, un deber definitivo (esto quiere decir que no admite ponderación alguna).

Sin embargo, existen otras normas de derechos humanos que exigen que algo sea cumplido en la mayor medida posible; por ejemplo, algunos contenidos¹¹ de la libertad de expresión que aspiran a su mayor realización. Ahora bien, justamente por aspirar a la mayor realización posible, también es posible que colisione con otros derechos humanos con carácter de principio, por ejemplo, el derecho humano a la honra. La aplicación de ambas normas se juega en el examen de *proporcionalidad*.

La distinción entre los derechos humanos como reglas y como principios es una distinción normativa pero, a su vez, es una distinción en cuanto a la forma de aplicarlos. Algunas propuestas teóricas o de la dogmática constitucional plantean a ambos modelos como contrapuestos e incluso antagónicos. Esta estrategia tal vez pueda servir a los fines analíticos pero confunde cuando los trabajos toman ejemplos de la jurisprudencia para criticar el predominio de uno u otro modelo. Es decir, mi propuesta dice que cuando se trabaja desde el punto de vista teórico con ejemplos jurisprudenciales de tribunales de derechos humanos es engañoso aislar esos casos como si fueran los modelos dominantes para criticar el modelo de subsunción y/o de la proporcionalidad en abstracto a partir de malas aplicaciones de ambos modelos. Cualquiera de esos trabajos adquiere o pierde seriedad en la medida en que esos ensayos teóricos o de crítica no puedan dar cuenta de los contextos de aplicación de esos modelos. Por ello, *mi propuesta es reconstruir*¹² el

2004. Serie C N° 115, para. 125; y *Caso Tibi*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, para. 143, entre otros.

¹⁰ Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt., Suhrkamp, 1986 [en español: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 1993].

¹¹ Es decir, más allá de la prohibición de censura previa –que tiene el carácter de regla en el contexto interamericano–, existen otros.

¹² Esta reconstrucción es *descriptiva* y *normativa*; descriptiva: se apoya en una práctica jurisprudencial de derechos humanos, la de la Corte Interamericana. Sin embargo, mi propuesta

modelo de aplicación de los derechos humanos como un modelo integrado de la subsunción y de la proporcionalidad atravesado por la comparación de casos.

1. El “patrón tradicional” de violación de los derechos y el modelo de la subsunción

En los “casos tradicionales” el modelo de aplicación dominante fue el de la subsunción.¹³ Los hechos de estos casos conforman “un *patrón tradicional de violación de los derechos*”, se trata de un accionar estatal, generalmente por acción comisiva, que implica violaciones claras y extremadamente graves a lo que podría llamarse metafóricamente el núcleo duro de la dignidad y/o el derecho a la vida y/o a la integridad: se trata en fin de desaparición forzada de personas, de ejecuciones arbitrarias, de detenciones arbitrarias, de violación al debido proceso y derecho de defensa en contextos de dictaduras militares o de gobiernos democráticos que por acción u omisión permiten ese accionar de fuerzas de seguridad estatales o paraestatales. Estos casos pueden ser caracterizados también como casos “fáciles” (no por ellos menos reprochables), las violaciones caen –sin problemas de interpretación de normas ni de hechos– en el antecedente de la norma. En todo caso lo difícil es hallar o preservar parte de la prueba, por ejemplo, la vida de los testigos (como ejemplo de supuestos extremos).

Así esas sentencias conforman un patrón de “reiteraciones”: en las sentencias se reiteran los mismos hechos violatorios, se exponen los mismos argumentos y se emiten las mismas opiniones o resoluciones. Estos casos predominantes en la década de los 80 y 90 no han dejado de llegar a la Corte IDH, sino que en todo caso ha cambiado su modalidad.¹⁴ En suma, desde

implica además una reconstrucción normativa: justificaré que ésta es la reconstrucción más plausible de una práctica de derechos humanos seria.

¹³ En este sentido el caso paradigmático sigue siendo *Velázquez Rodríguez*, véase <<http://www.corteidh.or.cr/>>

¹⁴ Tal vez uno de los casos tradicionales más paradigmáticos de esta última etapa sea el caso *Instituto de reeducación del menor c. Paraguay* del 2004. Paradigmático porque sigue lo tradicional (violaciones claras a los contenidos mínimos de los derechos humanos, en este caso, derecho a la vida y a la integridad), pero surgen nuevas modalidades: cada vez con mayor frecuencias las víctimas son niños (sujetos titulares), que provenían de sectores marginados, (condición social) y se encuentran en estado de detención o internación y sufren por acción de comisión u omisión del Estado durante esa detención violaciones al derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, ya que éste no les procura a éstos las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención. En este caso nueve niños murieron a causa de un incendio por causas imputables al Estado.

el punto de vista descriptivo y normativo¹⁵ no es plausible reconstruir esta práctica jurisprudencial como regida sólo por la proporcionalidad.

2. El “patrón nuevo” de violación de los derechos y el modelo de proporcionalidad

El *patrón nuevo*¹⁶ emerge porque llegan a la Corte IDH casos que hablan de conflictos entre derechos reconocidos en la misma Convención: ambos aspiran al mayor desarrollo posible y no soportan la realización del otro en el espacio de convergencia en que se chocan. Estos casos están representados en las sentencias sobre todo por el conflicto entre:

- libertad de expresión/derecho a la información y derecho al honor: *Tristán Donoso vs. Panamá* (27/01/2009); *Kimel vs. Argentina* (2008); *Claude Reyes c Chile* 2006; *Palamara Iribarne c Chile* 2005; *Herrera Ulloa c Costa Rica* 2004; *Ricardo Canese c Paraguay* 2004; *Ivcher Bronstein c Perú* 2001.

- derecho a ser elegido individualmente o como representante de comunidades indígenas e interés legítimo del Estado de reglamentar las candidaturas: *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* (06/08/2008); *Yatama Vs. Nicaragua* (23/06/2005).

Al respecto, el caso paradigmático es *Kimel*. La Corte IDH planteó el caso *Kimel*¹⁷ como un conflicto, en términos más concretos, como un con-

¹⁵ Ahora bien, y retomando la finalidad de reconstrucción normativa del modelo de aplicación de los derechos humanos, estos casos tradicionales se resuelven por el modelo de la subsunción. ¿Cuál podría ser el sentido de forzar la argumentación para aplicar el examen de proporcionalidad? Reconstruirla como un examen de proporcionalidad implicaría preguntarse por las razones –en clave de principios– que pudo haber alegado el Estado para avanzar sobre el contenido de los derechos violados; probablemente en ese contexto político: razones de política económica o política represiva. Ninguna de las razones imaginables tienen peso alguno frente a la prohibición de tortura (véase *Caesar c Trinidad y Tobago* 2005, op.cit.). Y no lo tienen porque estamos frente a lo que Alexy daría en llamar un resultado necesario del discurso en derechos humanos (véase Alexy, R.: “Law, Discourse and Time”, en ARSP-Beiheft 64 (1995), pp. 101-110). En ningún discurso posible, sea ideal o real, los afectados y otros participantes consentirían la muerte de estos nueve niños, porque esto afecta los presupuestos del mismo discurso: los afectados no fueron respetados en un mínimo de autonomía e igualdad, presupuesto de cualquier situación de habla.

¹⁶ Cfr. voto concurrente de García Ramírez, en caso *Tibi vs. Ecuador*, Corte IDH, 2004, para.7-9.

¹⁷ *Kimel, Eduardo v. República Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02/05/2008 (<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc>), Kimel, historiador y periodista, publicó un libro titulado *La masacre de San Patricio* sobre el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina el 4/7/1976, durante la última dictadura militar. En el libro Kimel criticó la actuación del juez encargado de la investigación de los homicidios. Señaló, entre otras cosas, que “en el caso de

flicto entre el derecho a la libertad de expresión de un historiador que realiza una investigación periodística sobre un expediente judicial que tramitó la investigación sobre la masacre de unos curas palotinos durante la última dictadura militar en Argentina (P1) y el interés de un juez de proteger su derecho a la honra frente a la crítica recibida por su actuación en ese expediente judicial (P2). La Corte reconoce el carácter de principios de ambos cuando sostiene que uno no desplaza al otro sino que es necesario “garantizar el ejercicio de ambos”. El procedimiento para ello será “la *ponderación a través de un juicio estricto de proporcionalidad*”.¹⁸ Ésta es la fórmula de la proporcionalidad desarrollada especialmente por la dogmática alemana y que la Corte Interamericana adopta como fórmula en su jurisprudencia, por lo menos, a partir del caso *Kimel*.¹⁹

los palotinos, el juez (...) cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto.” En 1991 el juez mencionado por Kimel promovió una querrela criminal en su contra por el delito de calumnia. Luego de pasar por varias instancias de revisión en el orden interno, Kimel fue condenado finalmente a un año de prisión en suspenso y al pago de una indemnización de \$ 20.000. Si bien la indemnización referida nunca se ejecutó efectivamente, Kimel denunció al Estado argentino ante la Comisión Interamericana por violación de las obligaciones estatales que surgen de la Convención Americana de Derechos Humanos y al art. 13 sobre libertad de expresión. El caso llegó a la Corte Interamericana. Por su parte el Estado argentino se allanó a la demanda y reconoció su responsabilidad internacional. Sin embargo, la Corte Interamericana consideró necesario emitir sentencia en la cual se determinen los hechos y los elementos de fondo relevantes, así como las correspondientes consecuencias, ya que interpretó que la sentencia implicaría una reparación del señor Kimel y evitaría que se repitieran hechos similares.

¹⁸ Para resolver el caso concreto la Corte IDH aplica el examen de proporcionalidad y sus tres subexámenes: el de idoneidad, el de medios alternativos y el de proporcionalidad en sentido estricto. En adelante: “...ii) *estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.*” (Kimel, op. cit. para. 58). Véase la reconstrucción del caso en Clérico, L.: “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, En *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 253-297 (disponible en: <<http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec>>); Clérico L.: *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009.

¹⁹ Antes usaba el examen en la versión del de razonabilidad, por ejemplo, véase Corte IDH: Opinión Consultiva sobre colegiación de periodistas. Esta fórmula de razonabilidad se parece más al *test* del escrutinio estricto que al examen de proporcionalidad en sentido amplio.

En el examen de idoneidad se pregunta si la restricción al derecho a la libertad de crítica de Kimel —producida por la aplicación de una sanción penal en virtud de una norma que contiene un tipo penal vago y ambiguo— logra promover el derecho al honor como bien jurídico que se encuentra detrás de las normas de derecho penal sobre calumnias e injurias. Es decir, si el medio seleccionado por el Estado no logra promover el derecho al honor ¿por qué entonces limitar la realización de la libertad de crítica? Es decir, ¿por qué debe Kimel soportar el sacrificio? En este examen en concreto la Corte Interamericana no es muy exhaustiva en la investigación acerca de si el medio promueve el fin, le basta con que de alguna manera lo promueva.²⁰

El segundo subexamen de proporcionalidad se pregunta justamente por qué se debe soportar la limitación a la libertad de crítica si la restricción era evitable. Y lo era porque existían medios alternativos (tipos penales más acotados que excluyeran la crítica; derogación de la calumnia y la injuria, derecho de rectificación, etc.) que lograban promover el derecho y, a su vez, no restringían (o en otros casos en menor medida) la libertad de crítica.²¹

Por último, realiza el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Y tal vez aquí radique el mayor interés en el patrón nuevo que inaugura esta sentencia: la ponderación realizada se aleja claramente del “*ad hoc balancing*” o un “*balancing de cálculo de ventajas y desventajas en términos utilitaristas*” para inclinarse por una “*ponderación definicional*” o “*modelo de la ponderación orientado por reglas*”²² que toma en serio el contenido de los derechos. Para efectuar esta ponderación, la Corte enuncia los elementos que debe considerar e interpretar con anterioridad a la ponderación en sentido estricto:

- i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada;
- ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y
- iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro (ponderación en sentido estricto).²³

²⁰ Si un medio pasa el subexamen de idoneidad no significa que sin más quede justificada la restricción al derecho, sólo que se pasa al subexamen de medios alternativos menos lesivos.

²¹ Nuevamente aquí la pregunta es por la relación instrumental entre el medio y el fin que plantea el Estado, cambia aquí la estructura en tanto se agregan medios alternativos que son cotejados, tanto en su idoneidad como en su menor lesividad, con el seleccionado por el Estado.

²² Véase Clérico, L.: *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001, cap. 3; Clérico, L.: El examen de proporcionalidad, cap. 3, y en relación específica con *Kimel*, Clérico, L.: “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas”, op. cit., pp. 253-293.

²³ Cfr. Caso *Kimel*, para. 84.

Respecto de i) y ii) la Corte claramente abraza el sistema de escalas de satisfacción o restricción de los derechos. La determinación de los valores de esta escala en concreto no ocurre a fojas cero sino en el contexto de una argumentación sobre la libertad de expresión ampliada que integra los resultados de las discusiones que se dan en el contexto del derecho constitucional interamericano. Así, por varios argumentos –que ocurren independientemente de la ponderación en sentido estricto– la Corte interpreta que la restricción a la libertad de crítica de *Kimel* es *grave*, porque:

- ocurre por medio de la aplicación de una norma de derecho penal que establece una sanción penal. La Corte ha señalado que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta,²⁴

- la sanción penal tiene carácter estigmatizante de la sanción penal,²⁵ y

- tiene efecto disuasorio que produce la sanción para futuras expresiones de *Kimel* y de otros.²⁶

Respecto de la determinación del peso abstracto de la libertad de expresión en el caso *Kimel* resulta relativamente fácil: es *alto* por su estrecha relación con el principio democrático en un tema de interés público sobre el accionar de un funcionario público.²⁷

Del lado del derecho a la honra del funcionario público, desde el comienzo la Corte sostiene que se trata de una satisfacción moderada (media) y de un peso abstracto bajo. Esta determinación ocurre también independientemente del caso concreto aunque como resultado de ponderaciones anteriores, y surge de la relación entre el derecho al honor y el principio democrático,²⁸ y se resume en la fórmula de especial tolerancia que debe soportar quien voluntariamente desempeña un cargo público respecto de su accionar.²⁹

²⁴ *Kimel*, para. 56. Cfr. Clérico, L.: Die Struktur, cap. 3.

²⁵ Véase Clérico, L.: Die Struktur, cap. 3.

²⁶ Así, la restricción a la libertad de expresión de *Kimel* es grave: “...las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al Sr. *Kimel* demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves.”

²⁷ *Kimel*, para. 88.

²⁸ *Kimel*, para. 61.

²⁹ *Kimel*, para. 62-64: en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público (62). Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público (63). Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades

Así por tratarse de una restricción grave sumada a un peso abstracto alto de la libertad de expresión, esta limitación despierta cuestionamientos desde un principio y desafía desde antes de la ponderación en concreto a cualquier contraargumento (que hable en favor de la restricción). “*Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos.*” Y no la alcanza, porque la satisfacción del derecho a la honra debería tratarse en el caso de una lesión grave que guarde relación con la magnitud del daño inferido.

Por ello, una *restricción grave* a la libertad de expresión en la forma de crítica³⁰ de un historiador y periodista sobre la base de una investigación seria³¹ sobre la tramitación de una causa en la que se investigaban hechos ocurridos durante la última dictadura militar respecto de “temas de notorio interés público” *sobrepasa* (no puede ser justificada a través de) una *importancia leve, moderada* de realización del derecho al honor de un juez que debe soportar y tolerar la crítica respecto de la forma en que ejerce un cargo público: “como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.”³² En fin, la tipificación penal de la calumnia e injuria en forma tan vaga y ambigua que posibilitó la sanción a Kimel en virtud de la aplicación de una norma penal con un tipo penal vago y ambiguo viola el principio de proporcionalidad³³ como mandato de prohibición de exceso.³⁴

El procedimiento argumentativo de la ponderación no se ve satisfecho si el resultado de la solución de un conflicto entre principios no puede ser reformulado en una regla (resultado de la ponderación) que sirve para reconstrucción de una red que eleva la pretensión de solucionar casos similares libres de ponderación. La solución en *Kimel* puede ser reconstruida en

que realiza (64), como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

³⁰ *Kimel*, para. 89, para. 43, 69.

³¹ *Kimel*, consid. 81).

³² *Kimel*, consid. 86).

³³ En noviembre de 2009 el Congreso Nacional argentino reformó el Código Penal a los efectos de cumplir con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Kimel*. La reforma establece que “en ningún caso” configurarían delito de calumnia o de injurias las “expresiones referidas a asuntos de interés público” o las que “no sean asertivas”.

³⁴ Véase Clérico, L.: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Miguel Carbonell (comp.): El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Bogotá, Universidad del Externado, 2007, pp. 100-133; reimpresión en M. Carbonell (ed.): El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Min. de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 125-173.

ese sentido y diría, por ejemplo: un historiador y periodista ha publicado una crítica sobre la base de una investigación seria (T1) sobre temas de notorio interés público referidas a la actuación de un juez en relación con el desempeño de su cargo y referidos a la averiguación de los hechos y de los responsables de una matanza durante la última dictadura militar (T2), y por el ejercicio de crítica el periodista fue sancionado penalmente (T3), y el derecho al honor del funcionario público no se interfiere de forma intensiva en tanto por su actuación está más expuesto al escrutinio y la crítica del público (T4). De ahí se sigue la consecuencia jurídica (R), que la crítica no puede ser objeto de sanción desde el punto de vista iusfundamental. Esto presenta la siguiente estructura: (4'') T1 y T2 y T3 y T4 $\rightarrow$ R³⁵

3. El „patrón nuevo“ de violación de los derechos requiere integrar la proporcionalidad a su vez como prohibición por omisión, insuficiencia o defecto

Kimel es un caso paradigmático de aplicación del examen de proporcionalidad cuando la violación al derecho se produce por un accionar estatal desmesurado. Se aplica así la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*). Sin embargo, y atendiendo a la exclusión social que alcanza a millones de personas en el contexto interamericano, es necesario volver la mirada sobre el otro lado de la proporcionalidad, la prohibición de insuficiencia u omisión (*Untermaßverbot*)³⁶ en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC).

³⁵ Para esta reconstrucción es aplicable, de acuerdo con Alexy, la ley de la colisión: “(K) Si el principio P1, bajo las circunstancias C, precede al principio P2: (P1 P P2) C, y si de P1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica $C \rightarrow R$ ”. (Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, p. 83.) O en forma simplificada: “(K) Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”. (P simboliza la relación de primacía, de preferencia. C simboliza las condiciones bajo las cuales un principio se encuentra por encima del otro. En la tercera preferencia P1 se encuentra por sobre P2 bajo las condiciones C. Así cuando la condición (en adelante, C) sobre la cual yace la preferencia de P1 sobre P2 se cumple, entonces vale la consecuencia jurídica del principio (P1) que logró primacía. Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, p. 83.) Aunque en el caso de Kimel se puede discutir cuál es esa condición; sin embargo, por ahora, y en términos formales: si se da C, entonces la prohibición de tipificar el delito de injuria y calumnia en forma tan amplia y ambigua de manera que pueda ser incluida el derecho a la crítica contra un funcionario público por el ejercicio de su función y sobre un asunto de interés público está prohibido desde el punto de vista iusfundamental. C es el antecedente de una norma. C puede ser subdividido en cuatro características del antecedente (T) como se expresa en el cuerpo de este texto.

³⁶ Véase esta diferencia en Clérico, L.: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, op. cit.

Propongo reconstruir el examen de restricciones a los derechos humanos por omisión o insuficiencia a través de dos casos paradigmáticos:

Desde el caso *Villagrán Morales* sobre niños de la calle la Corte IDH ha sostenido que el derecho a la vida y a la integridad física se viola también por omisión estatal, más precisamente, por incumplimiento de obligaciones positivas del Estado para generar condiciones que garanticen una vida digna, ya sea de niños, de personas detenidas, de personas internadas.³⁷ De estas obligaciones estatales que suenan generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre³⁸, como extrema pobreza, marginación y niñez.

A su vez, en otro caso paradigmático, lo amplía a las condiciones de existencia para garantizar vida digna a una comunidad indígena. Este caso paradigmático se conforma en forma paulatina por los contenidos ganados en casos como:³⁹

- *Comunidad indígena Yákye Axa vs. Paraguay* 2005,⁴⁰
- *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* 2006,⁴¹
- *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* 2010.⁴²

Los tres casos tratan de reclamos realizados por un colectivo que históricamente ha sido discriminado –tanto por el modelo distributivo como cul-

³⁷ Véase caso *Villagrán Morales y Otros* (“Niños de la Calle”), 1999; caso *Bulacio*, 2003; caso *Myrna Mack Chang*, 2003; caso del *Instituto de Reeducación del Menor*, 2004; caso *Huilca Tecse*, 2005; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri* (2004: para. 124); casos de *Juan Humberto Sánchez* (2003, para. 110) y de *los 19 Comerciantes* (2004, para. 153); y referido a las condiciones de detención, véase caso del *Penal Miguel Castro Castro* (para. 285, 293 a 295, 300 y 301), caso *Montero Aranguren y otros* (Retén de Catia) (para. 102 y 103), caso *De la Cruz Flores* (para. 132), caso *Tibi* (para. 157), caso *Loayza Tamayo*; caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, para. 120; caso de la *Masacre de Mapiripán*, para. 232; caso *Huilca Tecse*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C N° 121, para. 66; caso “*Instituto de Reeducación del Menor*”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, para. 158; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, para. 129; caso *19 Comerciantes*, para. 153; caso *Myrna Mack Chang*, para. 153; caso *Juan Humberto Sánchez*, para. 110; caso *Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C N° 70, para. 172; y caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*), para. 144 a 146.

³⁸ Cfr. caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, para. 111 y 112; caso de la *Masacre de Mapiripán*, para. 108 y 110, y caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, para. 71.

³⁹ Véase además *Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua* 2001.

⁴⁰ Corte IDH, Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125.

⁴¹ Corte IDH, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146.

⁴² Corte IDH, Sentencia del 24 de agosto de 2010.

tural dominante— y las consecuencias perjudiciales de esa discriminación persisten en la actualidad.⁴³ Se trata de pueblos originarios contra el Estado de Paraguay para lograr la devolución de sus tierras ancestrales. Las comunidades indígenas estaban viviendo fuera de ellas contra su voluntad, últimamente vivían en condiciones de miseria a la vera de una ruta. Esta situación de miseria de los miembros de la Comunidad está estrechamente vinculada a la falta de acceso a la propiedad comunitaria de sus tierras. En efecto, como sostiene la Corte IDH, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria.

Debido a las características de estos tres casos coincidimos con Cançado Trindade cuando advierte sobre la centralidad que adquieren las víctimas por sobre la posición del Estado que invoca circunstancias presumiblemente eximentes de su responsabilidad. Sin embargo, la Corte IDH en su posición mayoritaria considera las razones y acciones realizadas por el Estado aunque luego concluya que fueron insuficientes y violatorias de varios derechos de la Convención.

Esta argumentación puede ser reconstruida en clave de examen de proporcionalidad como prohibición de insuficiencia, aunque la Corte IDH no lo haya anunciado expresamente. La fórmula de la prohibición de insuficiencia dice: es necesaria una protección “adecuada” bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan; será decisivo que la protección sea como tal “eficaz”. Las medidas legislativas deben ser „suficientes“ para alcanzar una protección „adecuada y eficaz“...⁴⁴ La Corte IDH reitera en varios lugares de su argumentación que las acciones del Estado fueron „insuficientes“ o que no eran „adecuadas“.

En el examen de proporcionalidad como mandato de prohibición por insuficiencia se aplican también los subexámenes de idoneidad, medios alternativos y proporcionalidad en sentido estricto. En estos casos, debido a la gravedad de la restricción, el Estado tiene la carga de la argumentación y de la justificación agravada. Tiene que demostrar y argumentar que las acciones positivas realizadas fueron idóneas, las más adecuadas para garantizar los derechos de los pueblos originarios en juego, lo que implica por lo menos el autoabastecimiento y necesariamente el acceso a sus tierras. Vemos

⁴³ Clérico, L. y Aldao M.: “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en Revista Estudios Constitucionales, Facultad de Derecho/Universidad de Talca, Santiago/Chile, julio 2011 (disponible además en: SCIELO). ISSN: 0718-0195.

⁴⁴ BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262).

entonces por qué las acciones estatales fueron evidentemente insuficientes y defectuosas y por qué el Estado del Paraguay violó los derechos de las comunidades indígenas.

A. *Examen de idoneidad*

El punto de partida del examen es la acción insuficiente atacada que en el caso es compleja: por un lado, se trata del Decreto 1830 que declaró en estado de emergencia a la comunidad (M1'), y por el otro lado, el procedimiento administrativo para recuperar las tierras (M1'').

Respecto del derecho a la vida digna (P1), la Corte IDH avanzó identificando las variables respecto de las cuales mediría si el Estado cumplió con la obligación de generar condiciones de existencia digna y de respetar el derecho a la propiedad comunal de las tierras ancestrales (P1'). Estas variables se leen en clave de DESC: derecho de acceso al agua, a la alimentación, a la salud y a la educación. En todos estos aspectos relevantes, M1 no fue suficiente ni adecuado. La Corte IDH interpreta que:

Respecto del derecho al acceso al agua, las gestiones realizadas por el Estado a partir del Decreto N° 1830 no han alcanzado para proveer a los miembros de la Comunidad de agua en cantidad suficiente y calidad adecuada, lo cual los expone a riesgos y enfermedades.

Respecto del derecho a la alimentación, a pesar de lo demostrado por el Estado, no se superaron las necesidades nutricionales que existían con anterioridad al Decreto N° 1830.

Respecto del derecho a la salud: si bien se reconocen los avances realizados por el Estado, las medidas adoptadas se caracterizan por ser *temporales y transitorias*. Además, el Estado no garantizó la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la Comunidad, y *no se evidencian acciones positivas para garantizar la aceptabilidad de dichos bienes y servicios*, ni que se hayan desarrollado medidas educativas en materia de salud que sean respetuosas de los usos y costumbres tradicionales. Por lo demás, miembros de la comunidad, en especial niños y ancianos, murieron por causa de enfermedades evitables⁴⁵ y que pudieron haber sido evitadas con tratamientos de bajo costo.⁴⁶

⁴⁵ Véase caso *Sawoyamaya*: “Como ha sido demostrado en el capítulo de Hechos Probados (para. 73.74), la mayoría de los fallecidos en la Comunidad corresponde a niños y niñas menores de tres años de edad, cuyas causas de muerte varían entre enterocolitis, deshidratación, caquexia, tétanos, sarampión y enfermedades respiratorias como neumonía y bronquitis; todas enfermedades razonablemente previsibles, evitables y tratables a bajo costo”.

⁴⁶ Sobre el Decreto N° 3789, que declaró en estado de emergencia a la Comunidad Sawhoyamaya: las medidas adoptadas por el Estado en cumplimiento de este decreto no

Respecto del derecho a la educación, si bien algunas condiciones en cuanto a la prestación de la educación por parte del Estado han mejorado, no existen instalaciones adecuadas para la educación de los niños. Las clases se desarrollan bajo un techo sin paredes y al aire libre. Igualmente no se asegura por parte del Estado ningún tipo de programa para evitar la deserción escolar.

*Respecto de la idoneidad de M1*⁴⁷: la Corte reiteró, como en los casos de las comunidades indígenas de Yakye Axa y Sawhoyamaya, que el procedimiento administrativo interno para la reivindicación de tierras tradicionales era *inefectivo*, por cuanto *no ofrecía la posibilidad real* de que los miembros de las comunidades indígenas recuperaran sus tierras tradicionales si éstas se encontraban bajo dominio privado.⁴⁷ La falta de idoneidad de M1 “provoca además la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de sus miembros, de acuerdo con sus tradiciones ancestrales, lo cual los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir, vale reiterar, de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria.

La Corte IDH examina la idoneidad⁴⁸ de M1 (que incluye M1' y M1“) no en general ni en abstracto sino cotejándolo con el caso concreto.⁴⁹ Se trata de una aplicación intensiva del examen de idoneidad que viene dada porque la restricción a los derechos era desde el comienzo extrema⁵⁰ y el

pueden calificarse de suficientes y adecuadas. En efecto, durante más de seis años de vigencia del decreto, el Estado sólo entregó víveres a las presuntas víctimas en diez ocasiones, y medicamentos y materiales escolares en dos oportunidades, con extensos intervalos entre cada entrega (para. 73.64 a 66). Estas entregas, así como las cantidades suministradas, son a todas luces medidas insuficientes para revertir la situación de vulnerabilidad y riesgo de los miembros de esta Comunidad y prevenir violaciones del derecho a la vida, tanto así que luego de la entrada en vigor del Decreto de emergencia al menos 19 personas fallecieron (para. 73.74. 1, 5 a 16, 20, 22 y 27 a 30).

⁴⁷ Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* 2010. El procedimiento administrativo bajo estudio presenta los siguientes problemas estructurales: a) restricción en las facultades de expropiación; b) sometimiento del procedimiento administrativo a la existencia de un acuerdo de voluntad entre las partes, y c) ausencia de diligencias técnico-científicas tendientes a encontrar una solución definitiva del problema. Cfr. caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, para. 98, y caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, para. 108.

⁴⁸ Véase Clérico, L.: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, op. cit.

⁴⁹ En este punto consideramos que en materia de DESC hay un avance en comparación con el caso *5 Pensionistas* resuelto por la Corte IDH, ya que en *5 Pensionistas* evalúa las mejoras en los derechos a la pensión en general y no en concreto.

⁵⁰ Y aún incrementada por la duración de la afectación: “*Todas estas afectaciones se incrementan con el transcurso del tiempo y aumentan la percepción de los miembros de la Comunidad de que sus reclamos no son atendidos.*” Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* 2010.

accionar estatal era requerido de forma “urgente”.⁵¹ Por ello, el Estado también tiene la carga de la prueba de la idoneidad de sus acciones.⁵²

B. Examen del medio alternativo más suficiente

En el examen del medio alternativo en la prohibición por insuficiencia, se examina si otros medios pudieron ser implementados para evitar o disminuir a un grado tolerable la restricción por omisión a los derechos de la comunidad indígena. Este examen complementa el de idoneidad porque la comparación permite determinar la medida de la acción suficiente.

En el caso el medio alternativo suficiente (en comparación con M1' y M1'') es para la Corte IDH sin dudas facilitar el acceso a las tierras ancestrales, o alternativas que respeten la identidad cultural y el autoabastecimiento. En este sentido, hasta el propio Estado, reconoce la existencia de este medio alternativo suficiente y adecuado; sin embargo, no demuestra acciones

⁵¹ Véase caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 2006: La Corte no acepta el argumento alegado por el Estado referente a la responsabilidad compartida que tendrían las personas enfermas de concurrir a los centros asistenciales para recibir tratamiento, y los líderes de la Comunidad de llevarlos a tales centros o comunicar la situación a las autoridades sanitarias. A partir de la emisión del Decreto de emergencia correspondía al INDI y a los Ministerios del Interior y de Salud Pública y Bienestar Social adoptar “*las acciones que correspondan para la inmediata provisión de atención médica y alimentaria a las familias integrantes de [la Comunidad Sawhoyamaya], durante el tiempo que duren los trámites judiciales referente a la legislación de las tierras reclamadas como parte de [su] hábitat tradicional*” (para. 73.63). Con ello, los bienes y servicios de salud específicamente dejaron de depender de la capacidad adquisitiva individual de las presuntas víctimas, y por tanto el Estado debió adoptar medidas que contribuyeran a la prestación y suministro de tales bienes y servicios. Es decir, las medidas a las que el Estado se comprometió frente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya diferían *por su carácter de urgencia* de aquéllas que el Estado debía adoptar para garantizar los derechos de la población y las comunidades indígenas en general. Aceptar lo contrario sería incompatible con el objeto y propósito de la Convención Americana, la cual requiere que sus provisiones sean interpretadas y aplicadas de tal forma que los derechos en ella contemplados sean práctica y efectivamente protegidos.

⁵² Es necesario que el Estado demuestre que hizo las gestiones necesarias para sacar a los indígenas del costado de la ruta y, mientras esto sucedía, que adoptó acciones pertinentes para disminuir el riesgo en el que se encontraban (para. 163).

concretas de haberlo implementado.⁵³ En suma, la restricción por acción insuficiente pudo haber sido evitada o disminuida a un grado soportable.⁵⁴

C. *Examen de proporcionalidad en sentido estricto*

En este punto la fórmula de la proporcionalidad no cambia y se aplica la misma que la de la prohibición por exceso (por ello, nos remitimos a lo dicho en relación con el caso *Kímel*). De un lado, tenemos una afectación extrema (es decir más que grave)⁵⁵ del derecho a la vida digna relacionado con el derecho a la propiedad comunitaria de una comunidad indígena. La restricción extrema incluso se incrementa por la duración de la restricción, por la urgencia de la acción estatal y por pertenecer el grupo de afectados a un grupo vulnerable (argumento de igualdad); por ello es claro desde el comienzo que poco peso le puede asistir a las razones que el Estado intentó alegar para eximirse del cumplimiento suficiente de sus obligaciones.⁵⁶

⁵³ Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010. S. tierras “alternativas”: “el Estado no ha indicado cuáles serían estas tierras alternativas, de igual extensión y calidad, que pudieran satisfacer el reclamo de la Comunidad. Si bien aportó una lista de propiedades disponibles en las zonas cercanas al actual asentamiento de la Comunidad, no indicó las características o cualidades de las mismas que pudieran satisfacer los requisitos de calidad necesarios para la sustentabilidad de los Xákmok Kásek. No basta con que existan otras propiedades disponibles... para el otorgamiento de tierras alternativas a las reclamadas, éstas deben al menos tener ciertas “aptitudes agroecológicas” y ser sometidas a un estudio que determine su potencial de desarrollo por parte de la Comunidad.”

⁵⁴ Véase asimismo comunidad *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* 2006, para. 164: “Al respecto, la Corte nota que la principal forma que el Estado tenía para trasladar a los miembros de la Comunidad fuera del costado de la ruta era entregarles sus tierras tradicionales. No obstante, como se desprende de los capítulos anteriores, el proceso administrativo tramitado (...) no ofreció garantías de una resolución efectiva y se mostró lento e ineficiente (para. 93 a 112). De allí que (...) el Estado no garantizó a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya el derecho a la propiedad comunitaria ni a las garantías y protección judicial en un plazo razonable (para. 112 y 144). En otras palabras, si bien el Estado no los llevó al costado de la ruta, tampoco adoptó las medidas adecuadas, a través de un procedimiento administrativo rápido y eficiente, para sacarlos de allí y ubicarlos dentro de sus tierras ancestrales, en donde tendrían el uso y disfrute de sus recursos naturales, directamente vinculados con su capacidad de supervivencia y el mantenimiento de sus formas de vida.”

⁵⁵ Véanse modalidades de violación que pueden ser leídas en clave de intensidad de restricciones a los derechos de comunidades indígenas en *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 2006, voto de García Ramírez.

⁵⁶ Así, en el caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 2006, para. 155, y en caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay* 2010, para. 188, sostiene: “Es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta

De la reconstrucción de todos estos casos paradigmáticos, surge la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales⁵⁷ o particulares⁵⁸; y salvaguardar el derecho al acceso a condiciones que garanticen una vida digna⁵⁹ de las personas individuales y/o de las comunidades indígenas, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de estos derechos; en el caso de comunidades indígenas implica establecer medios eficaces para que puedan recuperar el derecho sobre sus tierras comunales ancestrales.

Por último, esta reconstrucción me permite sostener que la insuficiencia puede provenir de la falta de distribución de bienes económicos y sociales y, asimismo, de la insuficiencia por falta de reconocimiento. Esto afecta la “paridad participativa” (en términos de Nancy Fraser)⁶⁰ en términos de participación democrática, lo que nos lleva a su vez al próximo punto.

D. Conclusiones intermedias

En suma, el modelo de la proporcionalidad adoptado expresamente por la Corte IDH en el caso paradigmático *Kimel* e implícitamente —de acuerdo con la reconstrucción que aquí he propuesto— en los casos sobre Comuni-

obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”. Cfr. caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, para. 123 y 124,

⁵⁷ Cfr. caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, para. 120, y *Kiliç v. Turkey*, 2000, III, EurCourt HR, 62 and 63.

⁵⁸ Cfr. caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, para. 120; caso de la *Masacre de Mapiripán*, para. 111; véase también *Osman v. the United Kingdom*, 1998, VIII, 115 and 116.

⁵⁹ Cfr. caso *Comunidad Indígena Yákye Axa*, para. 161; caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*), para. 144, y caso *Instituto de Reeducción del Menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, para. 156.

⁶⁰ Nancy Fraser, en: Fraser, Nancy; Honneth, Axel (2003): *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*. Frankfurt am Main. Y según entiendo se ve reflejada en esta cita de la Corte IDH en el caso de *Comunidad Indígena c. Paraguay* 2010: “la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura”, que toma del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, Observación General N° 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21, para. 38.

dades Indígenas, no puede ser reconstruido simplemente como un *balancing ad hoc* ni como un *balancing como cálculo de utilidades*, ni tampoco como una *mera subsunción*. La Corte IDH intenta aplicar un modelo de la ponderación orientado por reglas que *integra un lado abstracto con un lado concreto de la argumentación*. Respecto del lado abstracto, la cadena argumentativa se vincula con la práctica de derechos humanos en la que está inmersa y que viene en parte de las discusiones sobre libertad de expresión y derecho a la honra desarrolladas en las diversas prácticas constitucionales del ámbito interamericano, y respecto de los casos sobre las comunidades indígenas, de la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, la importancia y el peso abstracto de los principios pretenden influir en el resultado de la ponderación. Respecto del lado concreto, sin embargo, esta pretensión se ve desafiada por la pretensión de la consideración de las circunstancias especiales del caso, que hablan: del peso concreto de los principios colisionantes, de la intensidad de restricción concreta de los principios colisionantes, de la duración de la restricción al derecho,⁶¹ de la posibilidad de haber evitado la restricción al derecho a través de un medio alternativo, del carácter (in)soportable de la restricción al derecho para el afectado,⁶² de la urgencia que requiere la satisfacción del derecho,⁶³ entre otras. En este sentido, la faz concreta de la ponderación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto representa una suerte de „*instancia falibilística irrenunciable*“.⁶⁴

Esta característica es de crucial importancia en el contexto de una práctica argumentativa atravesada por las dificultades que tienen millones de personas en el contexto interamericano de participar con voz efectiva en esa práctica. Por ello, el lado concreto de la ponderación es el lado que abriría las puertas a las voces de los excluidos de ese debate. Este lado debe ser reinterpretado en clave de tribunales domésticos y Corte IDH como espacio de deliberación pública. Esta reinterpretación requiere volver la mirada sobre la relación entre la ponderación y las concepciones de democracia, en es-

⁶¹ Bernal Pulido, C.: El principio de proporcionalidad, Madrid, CEC, 2003, p. 776, aunque aquí sólo se toma la regla propuesta por el autor en relación con la determinación de la intensidad de la restricción; es decir: “*Cuanto más tiempo impida o dificulte la intervención legislativa el ejercicio de la posición iusfundamental prima facie, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor el peso que deberá atribuirse al derecho fundamental en la ponderación.*”

⁶² Véase la caracterización de la prohibición de “exigir lo insoportable” (*Unzumutbarkeit*) y la regla: (Zu) en Clérico, L.: Die Struktur, pp. 228, 246, 347, y cap. 2.III.2.2.1.1.3, cap. 3.II.3 y Clérico, L.: El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, cap. 3.

⁶³ Alexy, R.: Theorie der Grundrechte, p. 466; Arango, R.: Der Begriff der sozialen Grundrechte, pp. 226, 227, 238, 239.

⁶⁴ Alexy, R.: Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt, Suhrkamp, 1995, p. 69.

pecial, con la concepción de democracia deliberativa; punto que justifica el desarrollo de otro trabajo.⁶⁵

IV. COMPARACIÓN DE CASOS

Ahora bien, ¿siempre que nos encontremos frente a una colisión entre derechos fundamentales como principios es necesario „ponderar“? Entiendo que no. Tanto el modelo de la ponderación como el modelo de la subsunción quedan sujetos a la aplicación de precedentes para la resolución de casos semejantes.⁶⁶ En este sentido, cualquier práctica de derechos humanos parece estar atada *prima facie* a la consideración de los precedentes para la solución de casos semejantes por el principio de igualdad.⁶⁷

En el ámbito de los derechos humanos, tanto el modelo de la subsunción como el modelo de la ponderación requieren de la reconstrucción de una “red de reglas-resultados de la subsunción y de la ponderación” respectivamente. Esta red vincula a quien soluciona un caso de derechos humanos a reglas y, en este sentido, limitaría su discrecionalidad. En tanto sería incoherente si no estuviera dispuesto a aplicar *prima facie* para la solución de casos futuros similares el resultado de la colisión que está decidiendo en el presente. Así la consideración del *resultado-regla de la ponderación* conforma un caso de la consideración de precedentes.

Ahora bien y más específicamente en relación con el modelo de la ponderación, la red posee dos funciones:

- La primera función es decisoria y se asimila a la del precedente, soluciona la colisión sin ponderación.

⁶⁵ Véase al respecto el trabajo de Martín Aldao en este libro y, Aldao, M.: “La ponderación en el contexto del Estado democrático de derecho: del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales”, en G. Beade, y L. Clérico (eds.): *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad del Externado, 2011, pp. 467-485.

⁶⁶ Aquí, se utiliza la expresión “precedentes” en el sentido de una vinculación fáctica a la jurisprudencia del tribunal: v., Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, pp. 504/505; Alexy, R. y Dreier, R.: *Precedent in the Federal Republic of Germany*, Aldershot, 1997, pp. 17-64; Garay, A.: *La igualdad ante la ley*, Buenos Aires, 1989; Siltala, R.: *A Theory of Precedent*, Oxford/Portland Oregon, 2000; Branting, K.: *Reasoning with Rules and Precedents*, Dordrecht/Boston/London, 2000; González Bertomeu, J.: “Sin precedentes”, en *Jurisprudencia Argentina*, Abeledo Perrot, JA 2009-II, pp. 3-29.

⁶⁷ Clérico, L.: *Die Struktur*, cap. 3 y Clérico, L.: “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas”, 2010, op. cit.

- La segunda función se refiere a la determinación del peso abstracto⁶⁸ e intensidad abstracta de los principios que colisionan (como uno de los lados de la ponderación que complementa el lado concreto) estos se aprecia fundamentalmente en el caso *Kimel* y también en los casos sobre comunidades indígenas.

El énfasis puesto en la importancia de la red de reglas-resultados de la ponderación acerca el modelo de la ponderación orientado por reglas a otros modelos de aplicación de derechos a partir de los llamados “casos paradigmáticos”.⁶⁹ Sin embargo, en todos los casos no descarta a la argumentación en el marco de la comparación de casos como una „*instancia fallibilística irrenunciable*“⁷⁰ que, como se explicó anteriormente, relaciona la argumentación iusfundamental con las concepciones de democracia deliberativa.

V. CONCLUSIONES

Si mi argumentación fue convincente, entonces, se logró, por un lado, debilitar una de las objeciones que se realizan contra la ponderación como método

⁶⁸ “Abstracto” se usa como peso o importancia del principio que puede ser determinado independientemente del juicio de ponderación que trata de resolver la colisión en el caso concreto. Sin embargo, no implica no tener contacto alguno con reglas de la ponderación y con una práctica constitucional determinada. Antes bien, las reglas de la ponderación que pretenden determinar el peso abstracto de los principios pueden provenir de abstracciones de la justificación de las reglas-resultados de la ponderación de casos concretos, pero *anteriores* a la colisión que se debe resolver.

⁶⁹ Últimamente Moreso, José Juan: “Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales”, en Revista Direito GV, jul.-dic. 2006, pp. 13-30, propone la solución de casos difíciles a través de un modelo intermedio entre una “concepción substantiva” y una “concepción particularista” (supuestamente superadora de la propuesta de Alexy) mediante un procedimiento consistente en los siguientes pasos: a) la delimitación del problema normativo que presenta el caso, b) la identificación de las pautas *prima facie* aplicables al ámbito de acciones que quedó delimitado en a), c) la consideración de determinados “casos paradigmáticos”, reales o hipotéticos, del ámbito normativo seleccionado en la etapa a), que tendrían como función la de delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles, d) la determinación de las propiedades relevantes del problema normativo y e) la formulación de las reglas que resuelven de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso. La idea de “casos paradigmáticos” puede ser pensada en el marco de una red de reglas resultados de las sentencias que acertadamente señala Lopera Mesa, G.: Principio de proporcionalidad y ley penal, Madrid, CEC, 2005, pp. 141-143; Clérico, L. (2012): “Sobre “casos” y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?”, en: Isonomía, México D.F. 2012.

⁷⁰ Alexy, R.: Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt, 1995, p. 69.

argumentativo y que propone que “por todas partes” se pondera, algo así como una suerte de “inflación de la ponderación” y que se estaría viviendo, para algunos, en un “estado de ponderación” o para otros en la era del “culto a la ponderación”.

Por el otro lado, serviría para advertir que cualquiera que quiera trasladar⁷¹ las discusiones sobre la dogmática de la proporcionalidad (discurso académico basado sobre la práctica de tribunales europeos locales e internacionales de DDHH) en el contexto europeo al sistema interamericano está llamado a atender el contexto de construcción de las historias de violaciones de los derechos humanos (discurso jurisprudencial) que se dieron en el ámbito interamericano y de sus métodos de evaluación de esas violaciones que requiere, según sostuve, *de una integración de la subsunción con la proporcionalidad, con la comparación de casos en un contexto de fuerte desigualdad en clave de paridad participativa por falta de distribución de bienes económicos y sociales y de reconocimiento*. La internacionalización del derecho constitucional no puede implicar traslado de las discusiones sobre la proporcionalidad descontextualizadas.

⁷¹ V. Frankenberg, G., “Constitutional transfer: The IKEA theory revisited”, *Int J Constitutional Law* (2010) 8 (3): 563-579.

CUARTA PARTE

UN DEBATE SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO

CAPÍTULO XIX

¿EXISTE EL NEOCONSTITUCIONALISMO?

Mauro BARBERIS*

This is the old Platonic riddle of nonbeing.
*Nonbeing must in some sense be, otherwise what
is it that there is not?* W. V. Quine, *On What
There Is*.

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *Metodología: el neoconstitucionalismo, después de todo, existe*. III. *Metateoría: una reconstrucción del neoconstitucionalismo*. IV. *Una crítica iuspositivista del neoconstitucionalismo*. V. *Conclusión*.

I. PREMISA

Después de tanta discusión en Italia, en España y en América Latina, era inevitable que sucediese: alguien, tarde o temprano, tenía que preguntarse si el neoconstitucionalismo *existe*. Tal labor fue asumida por mi maestro y amigo Riccardo Gustini: para él, “neoconstitucionalismo” no indica “una alguna tesis propiamente teórica reconocible y susceptible de discusión”, sino “una acumulación [...] de actitudes axiológicas y de tesis normativas¹”. A decir verdad, en el mismo trabajo Riccardo no se limita a estas desaprobaciones; al contrario, individualiza dos o tres tesis teóricas del neoconstitucionalismo,

* Publicado originalmente como “Esiste il neocostituzionalismo?” en *Analisi e diritto*, 2011, pp. 11-30, Traducción de Piero Gentili-Maiteri, revisada por Jorge Luis Fabra Zamora, con la autorización del Profesor Barberis.

¹ Así Riccardo Guastini, “A proposito di neo-costituzionalismo”, *Teoria politica*, nueva serie, vol. 1, 2011, que cita adhesivamente consideraciones análogas de Francisco Laporta, tratadas por Manuel Atienza Atienza, F. Laporta, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *Isonomía*, vol. 27, 2007, pp. 7-28: texto a partir del cual nace una larga discusión entre el propio Atienza y Pierluigi Chiassoni, ahora publicada como “Debate sobre el positivismo jurídico”, *Analisi e diritto*, 2010, pp. 285-331.

y las critica ampliamente: la conexión entre Derecho y moral, la diferencia entre principios y reglas, la aplicación de los principios para la ponderación y de las reglas para la subsunción.

Como corresponsable de la génesis del neoconstitucionalismo junto con Sussana Pozzolo y Paolo Comanducci², debería buscar defenderlo; pero me encuentro tentado a abandonarlo a su suerte, por al menos dos razones. Al fin, habíamos inventado el neoconstitucionalismo sobre todo para criticarlo; y es bastante paradójico que, hoy, un número creciente de estudiosos de los países “latinos” del Viejo y Nuevo continente se identifiquen bajo esta dubitativa etiqueta, desconocida en otros países³. Pero después, y sobre todo, las dudas de Guastini son del todo fundadas, en particular, si el “neoconstitucionalismo” continuara siendo definido como lo habíamos definido hasta ahora podría tratarse en verdad de un concepto vacío, de una teoría jamás sostenida por ningún autor de carne y hueso, o peor aún, de un concepto mal formado, que se contradice sin ninguna definición.

En las secciones centrales de este trabajo quisiera afrontar tres problemas que implícita o explícitamente salen a la luz por la provocación de Guastini. Antes que nada, un problema metodológico: ¿qué autoriza a hablar de diversas tesis sostenidas por autores diferentes bajo varias etiquetas en términos de una (nueva) teoría del Derecho? Después, un problema meta-teórico: admitiendo después de todo la existencia del neoconstitucionalismo, ¿cómo conviene definirlo y reconstruirlo? Por último, problemas teóricos: ¿el neoconstitucionalismo representa una alternativa teórica plausible al positivismo jurídico? Para eliminar todo suspenso a la cuestión, anticipo mis conclusiones; no sólo el neoconstitucionalismo existe, sino que los iuspositivistas como Guastini deberían tomarlo muy en serio: como de hecho lo hacen ya, sin admitirlo.

² Cfr. Sussana Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional,” en *Doxa*, vol. 21, 1998, pp. 339-353, para la acuñación del vocablo; Mauro Barberis, *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica* [2003], Torino, Giappichelli, 2008, pp. 29-37, para una primera definición; Paolo Comanducci, *Costituzione y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007, especialmente p. 74, n. 2, para una primera problematización.

³ En rigor, ni siquiera en los países latinos se habla ampliamente de *neoconstitucionalismo*; en castellano se habla de *constitucionalismo*, que sin embargo indica también una tradición filosófico-política antiquísima, mientras que se utiliza aquella expresión para referirse a una teoría del derecho contemporánea. Existe también quien, como Luigi Ferrajoli, se entera del neoconstitucionalismo diez años después y rechaza la expresión, en vez de simplemente negar que él es un neoconstitucionalista: cfr. Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en este volumen.

II. METODOLOGÍA: EL NEOCONSTITUCIONALISMO, DESPUÉS DE TODO, EXISTE

La primera cuestión, la metodológica, reza así: ¿qué autoriza a hablar del conjunto de diversas tesis, sostenidas en la última mitad de siglo bajo nombres diferentes – “Tesis de los derechos”, “derechos”, “Teoría del Derecho como integridad o como interpretación”, “interpretación”, “no positivismo”, “constitucionalismo”, “positivismo”. “constitucionalismo”, “post-positivismo”, “positivismo”, “iuspositivismo incluyente” – como se tratasen de una teoría del Derecho? ¿no habría necesidad de abstenerse de todas estas equívocas etiquetas, y hablar sólo de tesis singulares, sostenidas por determinados autores en carne y hueso: tales, como en nuestro caso, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza, José Juan Moreso, y muchos otros? Después, si verdaderamente no se pueden eliminar las etiquetas, debe al menos ser posible definirlas, en este caso, ¿recurriendo a qué tipo de definición? Al fin, y sobre todo, ¿qué tipo de definición otorgar al “neoconstitucionalismo”?

1. Sobre todo, ¿no sería necesario abstenerse completamente de utilizar expresiones del mismo tipo de “neoconstitucionalismo”: tales como “iuspositivismo”, “iuspositivismo”, “objetivismo ético”, “ético”, “pluralismo de valores”, y así? Como nota Joseph Raz, en efecto, éstas son sólo etiquetas: cuando se discute, sería mejor hablar de tesis sostenidas por autores de carne y hueso⁴. El mismo Raz, de hecho, aplica el consejo al pié de la letra: discutiendo solamente las tesis de autores que conoce personalmente, o que encuentra cotidianamente en Oxford, y a los cuales, en caso de necesidad, puede siempre preguntarles cómo piensan en realidad. Por otro lado, transferirse a Oxford sólo para poder discutir las tesis de autores en carne y hueso sería costoso; también, de varios teóricos del Derecho, aún de los oxonienses, falta la carne y queda si acaso los huesos, habiendo muerto hace siglos. Pero sobre todo, abstenerse de las etiquetas es verdaderamente difícil: y no sólo cuando se hace historia, sino también cuando se hace teoría del Derecho.

El autor que lo ha mostrado mejor que todos es el maestro de Raz: Herbert Hart. Justamente Hart hizo amplio uso de las etiquetas, imponiéndolas a dos discusiones teóricas que se encuentran lejos de ser terminadas: la cuestión de la relación entre Derecho y moral, y el problema de la inter-

⁴ Cfr. Joseph Raz, “The Argument from injustice, or How not to Reply to Legal Positivism”, Giorgios Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart, 2007, p. 35.

pretación. La cuestión de la relación entre Derecho y moral fue abordada por Hart justamente distinguiendo entre iusnaturalismo, identificado por la Tesis de la conexión necesaria, y el iusnaturalismo, identificado por la tesis de la separabilidad entre Derecho y moral. El problema de la interpretación análogamente, ha sido abordado por él distinguiendo entre el formalismo (interpretativo), el escepticismo (interpretativo) y la teoría mixta⁵.

En sendos casos, Hart cumple la misma labor, más sintética que analítica, de etiquetar las tesis de autores pertenecientes a contextos históricos y disciplinarios profundamente diversos, tal vez ni siquiera comparables y, que de hecho, habían sido ignorados hasta el momento, para abrir una discusión internacional que, hasta este momento, no existía. Por otro lado, para cumplir con esta labor, Hart tuvo que inventar no sólo etiquetas, sino también técnicas definitorias posiblemente podrían ser utilizadas hoy para el neoconstitucionalismo, como veremos en la próxima subsección. Incluso, Hart debió recurrir ampliamente al recurso de caridad interpretativa: esforzándose en atribuir un sentido racional incluso a las tesis con las que no coincidía.

En el caso de Hart, este recurso al principio de caridad interpretativa no era de hecho revolucionario: era sólo la extensión del debate internacional de una de las reglas no escritas de la discusión oxoniense⁶. También en Génova el principio de caridad interpretativa es bastante utilizado, para los amigos; en cambio, a los adversarios se les reserva otro estilo interpretativo y argumentativo, por más versos opuesto al anterior: la caza a las ideologías. Ciertamente, esta última nos es adoptada más ni en la original versión marxista, ni en una de las tantas versiones postmodernas; comúnmente, nos a contentamos con discutir las opiniones discutir las opiniones ajenas en su peor interpretación: es decir, buscando demostrar que son irracionales o insensatas, a menudo lográndolo⁷.

⁵ Sendas operaciones, como ha sido notado, se completan en “Positivism and Separation of Law and Morality” (*Harvard Law Review*, vol. 71, núm 4, 1958, pp. 593-629), y después en *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), de un modo tal vez historiográficamente discutible, pero teóricamente fructuosas.

⁶ Como muestra eficazmente Mario Riccardi, *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa: Ets, 2008. Sin embargo, no coincido con Riccardo en su reinterpretación neoiusnaturalista de Hart.

⁷ Cfr. Mauro Barberis, “Tarello, l’ideologia e lo spazio della teoria”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1987, vol. 2, pp. 317-355. Para una interpretación más caritativa de la misma caza a las ideologías, cfr. Bruno Celano, “Ragione pubblica e ideologia”, en Isabel Trujillo y Francesco Viola (eds.), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 355-388.

De hecho, también el neoconstitucionalismo interpretado poco caritativamente por Guastini termina por abrir una ideología: como era inevitable. El problema es, que sobrepuesta al mismo trato, ninguna teoría del Derecho se salvaría de la sospecha de ideologización. Ciertamente no se salva el iusnaturalismo: maraña inextricable de tesis normativas, conceptuales y empíricas. Pero no se salvan, siempre interpretadas en modo poco misericordioso, ni el iuspositivismo y el iusrealismo: cuyas más impecables teorías cognitivas se encuentran, también, entrelazadas con una multitud de premisas y consecuencias normativas. En fin, si queremos tomar en serio todas estas teorías, tenemos que interpretarlas en modo más caritativo, *à la* Hart: incluso en el caso del neoconstitucionalismo, último pollito de esta augusta nidada.

2. Admitiendo que sea lícito, oportuno y tal vez inevitable utilizar etiquetas, ocurre entonces definir las rigurosamente: sintetizando en formulas representativas teorías mucho más articuladas. En el caso del neoconstitucionalismo, en particular, ocurre no sólo definirlo sino también reconstruirlo como una teoría en un tiempo plausible y criticable: porque si se tratase de una teoría incoherente desde su definición entonces no valdría la pena tomarla en serio. Aquí surgen al menos cuatro problemas: primero, remediar de la ambigüedad teoría/objeto de la teoría, que afecta comúnmente torna las etiquetas terminadas en “-ismo”; segundo, buscar una técnica definitoria que convenga al nombre de las teorías; tercero, evitar la particular forma de vaguedad común a todos los nombres de teorías, cuarto, aplicar todos estos instrumentos teóricos a la redefinición del “neoconstitucionalismo”.

Reenviando al próximo punto la solución del cuarto problema, comencemos a afrontar los primeros tres. Primero, hay que remediar la ambigüedad teoría/objeto de la teoría⁸; “neoconstitucionalismo”, como aclara el prefijo “neo”, no pretende ciertamente indicar todo el conjunto de prácticas y de doctrinas significadas de términos como “constitucionalismo”, pero también “liberalismo” y “pluralismo”. “Neoconstitucionalismo” pretende indicar sólo una teoría sostenida en los últimos cincuenta años con referencia al Derecho característico de una particular forma de Estado: el así llamado Estado constitucional de Derecho o mejor aún, el Estado constitucional (en alemán, *Verfassungsstaat*) sin otra calificación.

Posteriormente, hay que buscar una técnica definitoria que convenga a los nombres de las teorías, aquí, por otro lado, la elección es casi obligatoria.

⁸ Ambigüedad varias veces señalada, a propósito de “neoconstitucionalismo” y también de “constitucionalismo”, por Paolo Comanducci: cfr. Comanducci, “Forme di neocostituzionalismo: una ricognizione metateorica”, en Tecla Mazzarese (ed.) *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino: Giappichelli, 2002, p. 71.

Si se quiere distinguir el neoconstitucionalismo distinguiéndolo de las otras teorías del Derecho, de hecho, hay pocas alternativas a la técnica definitoria elegida por Hart para “iusnaturalismo”, “iuspositivismo”, y similares: se trata entonces de individuar una serie de tesis características del neoconstitucionalismo, y de tales de distinguir quien lo sostiene de quien sostiene las clásicas tesis iusnaturalistas, iuspositivistas, iusrealistas, y así. Veremos en el próximo punto cuáles pueden ser las tesis características del neoconstitucionalismo; aquí ocurre al menos mencionar un tercer problema notoriamente sacado a la luz esta misma técnica definitoria.

Las etiquetas terminadas en “-ismo”, más allá de la ambigüedad teoría/objeto de teoría, sufren de una forma de vaguedad combinatoria: posiblemente la única verdaderamente irremediable. Después de todo, mientras que siempre se puede proporcionar definiciones de términos como “juego”, “número”, “religión”, “ciencia” y “Derecho”, incluso por género y diferencia, los nombres de teorías como los “-ismos” rara vez indican tesis en verdad comunes a los otros autores así etiquetados; al menos, esto es lo que sucede con el “iusnaturalismo”, “iuspositivismo” e “iusrealismo”. Tomemos “iuspositivismo”: etiqueta que debería indicar teorías unidas al menos por la Tesis de la separabilidad, en una de sus tantas interpretaciones.⁹

Ahora bien, hace tiempo que esto no es cierto. Aun silenciando a unos cuantos, en Oxford y sus alrededores que consideran a la Tesis de la separabilidad demasiado absurda como para haber sido en algún momento defendida por alguien¹⁰, habrá por lo menos un iuspositivista – usualmente Raz, inspirador de tantos detractores actuales de la *Separability Thesis* – para quién, diciéndolo en una terminología un poco diferente, se dan infinitas conexiones conceptuales (relativas al *quid ius*), aunque no identificativas (relativas al *quid iuris*), entre Derecho y moral¹¹. Por ende, el mismo Raz propone como distintiva del positivismo otra tesis, la Tesis de las fuentes sociales: que sin embargo saca a la luz más problemas de la precedente, excluyendo del campo iuspositivista todo el iuspositivismo incluyente, incluido Hart.

Como veremos, algo similar sucede con la Tesis de la conexión entre Derecho y moral: tesis sostenida por los neoconstitucionalistas en formas bastante diferentes como para poderlas siempre clasificar, algunas como ius-

⁹ Sobre interpretaciones avanzadas, respectivamente, del iuspositivismo normativo, excluyente e incluyente, cfr. J.J. Moreso, “Positivism jurídico y aplicación del derecho”, *Doxa*, vol. 27, pp. 45-62.

¹⁰ Cfr. John Gardner, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, p. 223: la Tesis de la separabilidad “this thesis is absurd and no legal philosopher of note has ever endorsed it as it stands”.

¹¹ Cfr. Todavía Raz, “The Argument from Injustice”, cit., pp. 20-21.

naturalistas, otras como iuspositivistas. Ni se puede sostener, como lo propuso hace años Mario Jori para la filosofía analítica¹², que para encontrarse adscritos al neoconstitucionalismo basta discutir los problemas típicos, aun sin compartir las soluciones neoconstitucionalistas: Guastini, por ejemplo, por decenios no ha hecho otra cosa que discutir los problemas del neoconstitucionalismo, pero ello no basta para etiquetarlo como neoconstitucionalista. Habrá entonces que proporcionar una doble lista de temas y de tesis, de problemas y de soluciones, típicamente neoconstitucionalistas; donde el adverbio “típicamente” advierte que al neoconstitucionalismo, como a cualquier otra teoría se le puede adherir sólo más o menos: con la condición de que se discutan todos o sólo algunos temas, y que se compartan todas o sólo algunas tesis.

La vaguedad combinatoria de los nombres de teorías – que es la vaguedad que afecta al “neoconstitucionalismo” y afecta igualmente a todos los términos similares – se podrá por tanto remediar con una definición para casos paradigmáticos (y semejanza de familia): forjando una lista de ejemplos típicos de problemas y soluciones neoconstitucionalistas¹³. Este tipo de definición fue originalmente propuesto para todos los términos que, como “juego”, “religión” y “Derecho”, presentan forma de vaguedad combinatoria tal que se torna imposible definir las por género y diferencia. Hoy creo que es casi siempre posible proporcionar definiciones por género y diferencia, aunque sea de términos similares; en el caso de nombres de teorías, sin embargo, la definición para casos paradigmáticos me parece todavía preferible.

3. Al fin, admitiendo que “neoconstitucionalismo” pueda definirse recurriendo a las técnicas antes mencionadas, entonces hay que definirlo mejor de lo que se había hecho hasta ahora. Pienso en mi definición de “neoconstitucionalismo” como Tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral en el Estado constitucional¹⁴: definición defectuosa por al menos dos razones. Mientras, sólo Alexy y Nino hablan expresamente de una conexión necesaria entre Derecho y moral, sin siquiera limitarla al Estado constitucional: por ende, en rigor, serían etiquetados como iusnaturalistas.

¹² Cfr. Mario Jori, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1988, pp. 85 y ss.

¹³ Cfr. Vittorio Villa, “Il modello di definizione “per casi paradigmatici” e la definizione di diritto”, en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1992*, Torino: Giappichelli, 1992, pp. 275-310: pero, a parte del nombre, se trata de una técnica definitoria denotativa utilizada ya, entre otros, por Ludwig Wittgenstein, Max Black y Peter Alston.

¹⁴ Cfr. Mauro Barberis, *Filosofía del derecho. Un'introduzione teorica* (2003), Torino: Giappichelli, 2008, p. 32: texto del cual se encuentra casi lista una cuarta edición titulada *Manuale di filosofia del diritto*, del cual el presente trabajo representa un anticipo.

Pero después, y sobre todo, una Tesis de la conexión necesaria así formulada suena auto-contradictoria: ¿cómo puede llamarse necesaria, de hecho, una conexión limitada sólo al Estado constitucional¹⁵?

La más ambiciosa de las definiciones del neoconstitucionalismo hasta ahora proporcionadas se debe a Comanducci, y es acentuada por la famosa tripartición del iuspositivismo según Bobbio: “neoconstitucionalismo” indicaría una metodología, una teoría y una ideología distinta de aquellas iuspositivistas¹⁶. Yo mismo he utilizado en ocasiones la definición de Comanducci, cambiando sólo el orden de los ingredientes; he presentado al neoconstitucionalismo como una *teoría* del Derecho del Estado constitucional del todo análoga a aquella que podría ser presentada por el positivismo metodológico: una teoría que, no obstante, viola la avalorabilidad exigida por la metodología iuspositivista, y fluye en una ideología favorable a toda Constitución en cuanto tal¹⁷.

Pero, el defecto de esta definición, consiste propiamente en su primer ingrediente: la misma teoría del Derecho en el Estado constitucional podría ser provista incluso por el positivismo metodológico, que concordaría con el neoconstitucionalismo en la teoría, difiriéndole sólo por metodología e ideología. Aún admitiendo que este no sea un defecto sino un mérito – después de todo, neoconstitucionalistas e iuspositivistas, aquí y hoy, discuten justamente sobre el mismo sujeto, es decir, el Derecho del Estado constitucional – aquí prefiero definir el neoconstitucionalismo de forma diferente. Este trabajo, de hecho, busca justamente individuar temas y tesis teóricos típicos del neoconstitucionalismo: y confieso no lograr encontrar mejores que los señalados por el propio Guastini.

Después de haber liquidado al neoconstitucionalismo como ideología, Guastini dedica nueve décimos de su labor a discutir dos o tres tesis teóricas, las mismas indicadas hoy por Luigi Ferrajoli¹⁸: la conexión (¿necesaria?) entre Derecho y moral, la distinción (¿fuerte?) entre reglas y principios, la

¹⁵ Ciertamente, podría decirse que la conexión instituida por una definición estipulativa entre derecho y moral en el Estado constitucional es necesaria en cuanto vale *por definición*: pero, como observó Eugenio Bulygin criticando a Alexy, una definición estipulativa no es un buen modo para establecer una conexión necesaria.

¹⁶ Cfr. Por último Paolo Comanducci, *Constitución y teoría del derecho*, México: Fontamara, 2007; y la tripartición de Comanducci a la cual se refiere Guastini cuando menciona (pretendidos, según él) componentes metodológicos, teóricos e ideológicos del neoconstitucionalismo.

¹⁷ Aquí debo reenviar a otra obra mía, en esta ocasión histórica. Mauro Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna: il Mulino, pp. 231-238.

¹⁸ Cfr. Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit.

aplicación de reglas y principios (¿respectivamente?) por subsunción y por ponderación. Como se evidencia por los signos interrogativos dentro de los paréntesis, a estos tres problemas los neoconstitucionalistas presentan tres soluciones igualmente típicas: responden afirmativamente a los mismos interrogatorios, como veremos en la próxima sección. En la sección aun sucesiva, en cambio, veremos que a los tres interrogatorios es posible presentar una respuesta negativa, y a los tres problemas una solución iuspositivista.

Recapitulando, “neoconstitucionalismo” es ciertamente sólo una etiqueta para una tesis sostenida, en los últimos cincuenta años, por autores diversos bajo nombres diferentes: circunstancia que no obstante no torna al neoconstitucionalismo menos interesante, sostenible y criticable de cuanto lo son el iusnaturalismo, el iuspositivismo o el iusrealismo. Ciertamente, cada defensor de una tesis amerita después ser interpretado y discutido singularmente: sin estamparles de antemano etiquetas que –para ellos al igual que para todos los demás– pueden siempre revelarse engañosas. Pero las etiquetas sirven para la misma discusión teórica, seleccionando los temas y las tesis relevantes; así como sirve ese mínimo de caridad interpretativa indispensable para tomar en serio no sólo las opiniones ajenas, sino también las propias: de otro modo reducidas, todas, a un cúmulo de ideologías.

III. METATEORÍA: UNA RECONSTRUCCIÓN DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

La segunda cuestión, metateórica, reza así: ¿cómo reconstruir la teoría neoconstitucional de modo que posteriormente podamos discutirla (como sucederá en la siguiente sección)? Ya se ha visto cuál tipo de definición es más útil para el propósito perseguido, y cuáles pueden ser los ingredientes: el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una familia de tesis teóricas respectivas a las relaciones Derecho-moral, la distinción reglas/principios, y la aplicación de las primeras para la subsunción y de las segundas para la ponderación. En las tres subsecciones de esta sección, las tres tesis neoconstitucionalistas serán formuladas caritativamente de modo que no las haremos un comodín o simples chivos expiatorios: pero no hasta el punto, obviamente, de ocultar lo genérico, la ambigüedad o la problematicidad.

1. La primera tesis característica del neoconstitucionalismo respecta a la conexión Derecho-moral: en el tipo del Estado constitucional, y a través de los principios constitucionales. Todos los neoconstitucionalistas, de hecho, dicen haber adoptado una tercera postura entre iusnaturalismo e iuspositivismo: teorías que posiblemente deseaban para el Estado legislativo (alemán

Gesetzstaat) propio de los siglos XIX y XX, pero que habrían sido superadas por el *Verfassungsstaat* actual¹⁹. En el *Gesetzstaat*, dotado de una Constitución flexible y privado del control de constitucionalidad de las leyes, los principios constitucionales eran sólo valores morales, por ende, externos al positivismo. Éstos podían fungir, a lo mucho, como principios programáticos: en el sentido débil de los principios no preceptivos sino hasta su eventual actuación por parte del legislador ordinario²⁰.

En el Estado constitucional, caracterizado por la rigidez de la Constitución y el control constitucional de las leyes, la situación cambia; aquí los valores morales, externos al Derecho positivo, se convertirían en principios constitucionales, internos a éste. Tales principios, como nos recuerda Ferrajoli, pueden funcionar en dos modos muy diversos: ya sea como límites de la ley ordinaria o, como principios inspirados en el Derecho en conjunto. Donde los principios funcionan como límites, el neoconstitucionalismo es una teoría meramente *garantista*, no muy distante del iuspositivismo de Hans Kelsen, el inventor del control de constitucionalidad concentrado, en cambio, donde éstos funcionan como principios inspiradores, el neoconstitucionalismo se convertiría en una teoría principialista, en la cual los valores morales terminan por impregnar todo el Derecho positivo²¹.

El problema no es simplemente clasificatorio —si es que los principios constitucionales han de ser clasificados como valores morales o normas jurídicas— y ni siquiera sólo interpretativo: si los principios constitucionales son sujetos de un *moral reading* llamado interpretación constitucional, diferente de la interpretación común de las leyes. El objeto de contienda entre neoconstitucionalistas e iuspositivistas incluyentes, por un lado, e iuspositivistas excluyentes por el otro, es, si el Derecho positivo puede incorporar a la moral sin restricciones, y permaneciendo Derecho (positivo), o que termine por colapsar con la moral: como sucedería, probablemente, si sus reglas

¹⁹ Para esta oposición, al menos la opaca versión presentada por Peter Häberle, cfr: Gustavo Zagrebelsky, *Intorno alle legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino: Einaudi, 2009, pp. 117-146.

²⁰ El carácter programático de varias disposiciones de principio de la Constitución italiana fue aún sostenida en 1949 por la Corte de Casación italiana; en cambio, la Corte Constitucional italiana, desde su primer sentencia, la 1/1956, afirmó la plena preceptividad de toda la Constitución italiana.

²¹ Cfr. desde el título, Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit.: donde el constitucionalismo principialista sería el propio neoconstitucionalismo, mientras que el garantismo de Ferrajoli sería un iuspositivismo crítico. Por otro lado, es un iuspositivismo extraño, dado que rechaza el justamente el principio avalorativo incorporado den la Tesis de la separabilidad.

podrían siempre ser sustituidas por los principios y/o de los valores que le justifican. (cfr. infra, 4.1).

El neoconstitucionalismo es justamente una teoría sobre conexión entre el Derecho y la moral: conexión típica pero no exclusiva del Estado constitucional. Aún en el Estado legislativo el Derecho incorporaba valores morales, por ejemplo, a través de las cláusulas generales²²: por no hablar del Derecho premoderno y el extraoccidental, indistinguible de la moral. El neoconstitucionalismo es una teoría de las relaciones entre Derecho y moral *en general*: en el doble sentido de que siempre ha existido cierta conexión y que ésta – necesaria, contingente, esencial, profunda, etc. – puede variar de neoconstitucionalista a neoconstitucionalista. Pero el neoconstitucionalismo es siempre la misma teoría que privilegia el tema de las relaciones entre Derecho y moral: tema descuidado por el iuspositivismo hasta Hart, no obstante lo suficiente penetrante como para justificar toda una teoría que se ocupe sólo de éste.

2. La *segunda* tesis característica del neoconstitucionalismo es la *distinción* entre *reglas* y *principios*. El iuspositivismo teórico de los siglos XIX y XX ha concebido al Derecho como un conjunto finito de reglas destinadas a guiar la conducta humana: que luego podían ser llamados: mandatos (John Austin), juicios hipotéticos (Kelsen), o *duty-imposing rules* (Hart). En cambio, el neoconstitucionalismo adopta la distinción entre reglas y principios propuesta por Dworkin en *Taking Rights Seriously* (1977) y posteriormente tácitamente abandonada por él desde *Law's Empire* (1986), por al menos dos razones: porque desde el inicio no le interesaba la teoría cognoscitiva de las normas típica de la tradición iuspositivista, sino la conexión Derecho-moral característica del neoconstitucionalismo y, sobre todo, porque se dio cuenta que, como la había formulado, la distinción no funcionaba.

Los neoconstitucionalistas posteriores, en particular Alexy, producen justamente el tipo de distinción que su inspirador había abandonado: trazan, de hecho, una distinción *fuerte* o *dicotómica* entre reglas y principios, como clases de normas mutuamente exclusivas y conjuntamente exhaustivas. Su distinción se encuentra basada en la respectiva forma lógica de reglas y principios; mientras que las primeras tienen la forma lógica de los juicios hipotéticos kelsenianos (“si X entonces Y”) los segundos son concebidos por Alexy como mandatos de optimización (en alemán, *Optimisierungsge-*

²² Cfr. Vitto Velluzzi, *Le clausule generali. Semantica e politica del diritto*. Milano: Giuffrè, 2010. Desde este punto de vista, el Estado constitucional “no es sino una prolongación del ideal del imperio de la ley hasta la norma constitucional”: cfr. Francisco Laporta y Manuel Atienza, *Imperio de la ley y constitucionalismo*, cit., p. 209.

bote), por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero como normas a caso abierto, por Zagrebelsky como normas privadas de caso: concesiones, por otro lado, que capturan sólo algunos aspectos típicos de los principios, sin lograr distinguirlos siempre de las reglas.

La razón del fracaso de la distinción fuerte fue indicada inmediatamente por Genaro Carrió: también “principio” es un término combinatoriamente vago, que no indica cosas dotadas de caracteres comunes y rigurosamente distinguibles de otras cosas llamadas reglas²³. Por otro lado, como ya se ha dicho, también de términos combinatoriamente vagos se pueden proveer las definiciones: también definiciones por género y diferencia, siempre que su validez sea expresamente limitada a los casos típicos o paradigmáticos²⁴. La distinción fuerte entre reglas y principios puede así ser sustituida por la distinción débil —no dicotómica, pero casi-dicotómica— delineada en la próxima sección y aquí anticipada: “regla” indica normas que guían directamente la conducta, “principio” normas que la guían sólo indirectamente, por medio de las reglas²⁵.

Antes de pasar al diverso razonamiento de las reglas y los principios en el razonamiento jurídico, me gustaría remarcar que el neoconstitucionalismo tiene (es) una teoría de las normas: la teoría que distingue reglas y principios, privilegiando los segundos sobre las primeras²⁶. De hecho, según los neoconstitucionalistas, los principios no fungen sólo como límites de la legislación (“garantismo”, en el léxico de Ferrajoli), sino ejercitan una suerte de efecto de irradiación (en alemán, *Ausstrahlungswirkung*) sobre todo el proceso de producción, interpretación e integración de las reglas (“principalismo”, en el mismo léxico). Ciertamente, esta teoría de las normas plantea un problema análogo al de la Tesis de la conexión entre Derecho y moral: justamente como el Derecho siempre corre el riesgo de colapsar en la moral, así los principios siempre corren el riesgo de eclipsar las reglas. Pero, de nuevo, al menos una cosa no se *puede* negar: que el neoconstitucionalismo tiene (es) también una teoría de las normas.

²³ Cfr. Genaro R. Carrió, “Principi di diritto e positivismo giuridico”, *Rivista di filosofia*, vol. 2, 1970, pp. 127-148.

²⁴ Para un ejemplo relativo a la definición de “derecho”, cfr. Mauro Barberis, *Filosofía del diritto*, ed. cit., pp. 92-100.

²⁵ Cfr. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford: Oxford University Press, 1991, para la distinción entre reglas y principios subyacentes, y, en los términos utilizados en el texto, aún Mauro Barberis, *Filosofía del diritto*, ed. cit., pp. 67-70 y 106-117.

²⁶ Cfr. G. Zagrebelsky, *Intorno alle legge*, cit., p. 90: si el iuspositivismo es la tesis “que las auténticas normas jurídicas son las reglas”, entonces el neoconstitucionalismo es la tesis donde en el derecho los principios son mucho más importantes que las reglas.

3. La tercera tesis característica del neoconstitucionalismo es la distinción entre la aplicación de las reglas y la aplicación de los principios: las primeras serían aplicables (sólo) en la forma de la subsunción, los segundos (sólo) en la forma de *ponderación*²⁷. Aplicar una regla, como la prohibición del homicidio, equivaldría a subsumir un caso concreto (como el homicidio de César por parte de Bruto) bajo la norma abstracta: atribuyendo al primero la solución prescrita para la segunda, y deduciendo de la regla abstracta la regla concreta. En cambio, aplicar un principio, como el de la sacralidad de la vida, es una actividad profundamente diferente a aplicar la regla que prohíbe el homicidio (cfr. *infra*, 4.2): los principios serían aplicables, en un sentido más lato de “aplicar”, sólo en la forma de ponderación o balanceamiento.

Se tiende a utilizar “ponderación”, en sentido estricto, sólo para una técnica argumentativa teorizada por los movimientos antiformalistas estadounidenses y continentales, y posteriormente empleada, en el siglo XX, por la Corte Suprema estadounidense y por las cortes constitucionales continentales²⁸: la confrontación de dos principios, como el derecho del feto a la vida y el derecho de la mujer a la salud, o el derecho privado a la intimidad y el derecho público a la información – con la finalidad de obtener una regla aplicable para la subsunción. Pero la ponderación nos lleva a otra cuestión: por un lado, al razonamiento ético más general, consistente en tener en cuenta todas las razones relevantes²⁹; por el otro, como veremos en la próxima sección, a todas las posibles aplicaciones jurídicas de tal razonamiento ético, utilizadas por el legislador ordinario o por el propio constituyente.

Los neoconstitucionalistas sostienen al respecto al menos cinco tesis, que serán discutidas en la próxima sección: la *primera*, el conflicto entre principios constitucionales ocultaría un orden objetivo de valores (en alemán, *objective Wellordnung*) o principios constitucionales; la *segunda*, la ponderación sería un procedimiento racional para la solución de casos constitucionales dudosos, difíciles o trágicos³⁰; la *tercera*, se trataría de reconciliación o

²⁷ Cfr. Lapidariamente Carlos Bernal Pulido, *Estructura y límites de la ponderación*, en *Doxa*, vol. 26, 2003, p. 225: “Existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante subsunción, al paso que la ponderación es la manera de aplicar los principios”.

²⁸ Cfr. Moshe Cohen-Elyia e Iddo Porat, “American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins”, en *I•Con: International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, 2010, pp. 263-286.

²⁹ Cfr. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson, 1975, p. 36.

³⁰ Cfr. En particular Robert Alexy, *Die Gewichtsformel* (2003), trad. Italiana, “La formula per la qualificazione del peso del bilanciamento”, *Ars Interpretandi*, 2005, pp. 97-123.

conciliación de los principios relevantes, donde sólo en casos extremos se sacrifique uno totalmente por el otro; la cuarta, la ponderación sería funcional para la justicia del caso concreto, obtenible sólo teniendo en cuenta todos los valores, principios y derechos relevantes; y, finalmente, la quinta, subsunción y ponderación se excluirían mutuamente, observando respectivamente las reglas y los principios.

Examinaré estas tesis, y la crítica de Guastini a cada una al final del trabajo; pero aquí anticipo dos conclusiones. Mientras, la ponderación no puede de hecho reducirse, como piensa Jürgen Habermas, a un “complaciente lugar común de los juristas”³¹; al contrario, se trata de una argumentación dictada a la pluralidad, genericidad y conflictualidad de valores morales y principios constitucionales. Después, como afirma Guastini pero como reconocen los propios neoconstitucionalistas, entre subsunción y ponderación, pero más en general entre reglas y principios, y entre Derecho y moral se da la misma relación, admitida por el propio Habermas: “la moral autónoma, por un lado, y el Derecho positivo (siempre necesitado de fundamentación) por el otro, se colocan en una relación de *complementariedad*”³².

La aplicación, en sentido lato, de un principio genérico, como la sacralidad de la vida, la dignidad humana o la igualdad formal, consiste en la especificación de este en una regla. Tal especificación, por otro lado, presupone la ponderación de tal principio con otros, como sostienen no sólo los neoconstitucionalistas, sino, primero y de forma aún más general, los pluralistas de los valores. Sólo cuando, producto de la ponderación primero y después de la especificación, se obtiene una regla abstracta – llamada a veces *regla del conflicto* – esta puede ser aplicada en sentido estricto, es decir, por subsunción. Derecho y moral, reglas y principios, subsunción y ponderación, resultan entrelazados en el mismo razonamiento jurídico: por lo tanto, del cual se puede decir todo, pero no que el neoconstitucionalismo no tiene una teoría.

En conclusión: adoptando un mínimo de caridad interpretativa, también las tesis neoconstitucionalistas sobre el razonamiento jurídico, como aquellas sobre la relación Derecho-moral y sobre las normas, aparecen (no meras ideologías, sino) auténticas teorías, radicadas en tendencias profundas de la ética contemporánea: basta pensar en la ponderación, que no es sino la consecuencia en el ámbito jurídico-constitucional de la teoría metaética del pluralismo de los valores (del inglés, *value pluralism*). Que se trate

³¹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (1992), trad. It. *Fatti e norme*, Milano: Guerini, 1996, p. 302.

³² *Ibid*, p. 130 (cursiva en el texto).

de auténticas teorías, de las relaciones Derecho-moral, de las normas y del razonamiento jurídico, por otra parte, no excluye sino implica que pueden darse teorías mejores que las neoconstitucionalistas: como justamente veremos en un momento. Pero, una vez más, una sola cosa no se puede decir: que el neoconstitucionalismo es sólo un cúmulo de ideologías.

IV. UNA CRÍTICA IUSPOSITIVISTA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

La *tercera* cuestión, *teórica*, reza como sigue: más allá de existir como teoría, y de haber propuesto algunos de los temas más estimulantes del debate teórico reciente, ¿el neoconstitucionalismo es también una teoría aceptable? Por ejemplo: abstrayendo de los perfiles metodológicos e ideológicos del neoconstitucionalismo, ¿los tres problemas característicos delineados en las páginas precedentes no podrían recibir soluciones diferentes por parte de un iuspositivismo metodológico más actualizado que el iuspositivismo teórico de los siglos XIX y XX? Mi opinión personal, que anticipa aquella más articulada expresada en un libro próximo, es afirmativa. A continuación busco argumentarla: esforzándome por proporcionar un esquema de teoría iuspositivista, inspirada en algunas bien conocidas tesis de Cass Sunstein y Frederick Schauer, de cada uno de los tres temas teóricos característicos del neoconstitucionalismo.

1. Respecto a las *relaciones Derecho-moral*, creo que el iuspositivismo puede teorizarlas bajo dos condiciones, conectadas entre ellas. La *primera* condición es representar tales relaciones en los términos de la relación contingente admitida por el iuspositivismo incluyente; la *segunda* condición es recuperar los límites de tal conexión hasta ahora formulados oscuramente antes por el iuspositivismo excluyente. De hecho, iuspositivistas excluyentes como Raz parecen postular un tipo de conexión necesaria negativa: el Derecho *necesariamente no puede* ser conectado a la moral. Así mismo, esta tesis apodíctica de la Tesis de la conexión iusnaturalista es admisible sólo en el sentido que el Derecho no pueda ser *indefinidamente* conectado con la moral; un Derecho enteramente “por principios” no sería más un Derecho positivo: sería una moral aplicada judicialmente, un tipo de justicia del cadí.

Pensemos en una Constitución, rígida y garantizada, que enunciase explícitamente el principio “la legislación ordinaria debe ser justa”³³. Evidentemente, un principio del género quitaría cada función a la legislación, y al

³³ Como es sabido, según Alexy en el derecho actúa siempre, *implícitamente*, una pretensión de corrección; aquí sostiene que no podría utilizarla *explícitamente* sin autodestruirse como derecho.

mismo tiempo al propio Parlamento democrático que la produce³⁴; la Corte constitucional, de hecho, podría anular cualquier ley contrastante con el sentido de justicia de la mayoría de sus propios componentes; peor aún, cada juez ordinario podría ejercer una interpretación adecuada de cada ley por él aplicada, sustituyéndola con la regla que él considere justa. Si los iuspositivistas excluyentes pretenden sólo esto, entonces tienen razón; el Derecho no puede ser indefinidamente abierto a la moral sin colapsar con la misma moral: y, de hecho, una moral particularmente repugnante, pues es creada abiertamente por los jueces.

Aquí, sin embargo, termina el núcleo de buen sentido del iuspositivismo excluyente; éste tiene sentido en excluir sólo aquella *indefinida* apertura del Derecho que lo haría colapsar en la moral: como lo sería admitiendo la aplicación directa e indiscriminada de los principios constitucionales por parte de los jueces (*Drittwirkung*). Ahora, los principios, acorde al pluralismo de los valores, son aplicables sólo previa ponderación con los principios y especificaciones en reglas; se trata de actividad bastante discrecional que debería ser reservada al Parlamento, en positivo, y a la Corte constitucional en negativo: al menos en una democracia constitucional, por así decirlo³⁵. En una *democracia* constitucional los jueces ordinarios no pueden reemplazar al Parlamento, y los jueces constitucionales pueden anular únicamente la legislación inconstitucional.

Se abre aquí el enorme problema de la delimitación de las relaciones entre Derecho y moral (positiva o crítica, no hace diferencia). Esta delimitación requiere una solución intermedia a aquella propuesta por los iuspositivismos incluyente y excluyente: ¿pero cuál? Incluyentes y excluyentes coinciden en que las relaciones entre Derecho y moral son *moduladas* por los principios constitucionales³⁶: ¿pero cómo? Tal vez entre valores morales y principios constitucionales, por un lado, y reglas que les ayudan, por el otro, se da la misma relación que entre el principio de la utilidad y las reglas en

³⁴ Es una conocida tesis de Hans Kelsen: cfr. Kelsen, “Wesen und Entwicklung, der Staatsgerichtsbarkeit” (1929), ahora en H. Klekatscky, R. Marcic, H. Schambeck (eds.), *Die Wienerrechtstheoretische Schule*, Wien, Europa, 1968-1979, vol. II, p. 1864.

³⁵ Cfr. Mauro Barberis, “Tre rimedi per la crisi della democrazia”, *Teoria politica*, vol. 1, 2011, donde sostengo una teoría neokelseniana de la democracia constitucional: forma de democracia en la cual el Parlamento es soberano, pero se limita a aplicar y actuar la Constitución.

³⁶ Cfr. Joseph Raz, “Incorporation by Law”(2003), ahora en Id., *Between Authority and Interpretation, On Theory of Law and Practical Reason*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 182-202, y J.J. Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, en P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino: 2001, pp. 37-63.

el utilitarismo de reglas³⁷. Dicho de otro modo, se presume que los principios constitucionales –múltiples, genéricos y contradictorios, a diferencia del principio de utilidad– se aplican únicamente a través de las reglas que los aplican: presunción por otra parte excepcionalmente derrotable, como admite el iuspositivismo *presuntivo* de Frederick Schauer³⁸.

Pensemos simplemente en el valor de la vida: que quien escribe, ateo practicante, sostiene es un valor exclusivamente humano a formularse en una Constitución, y también en la forma del principio “la vida es sagrada”. Formulado así, el valor permanece genérico y siempre potencialmente contradictorio con otros valores; obviamente, ello debe especificarse en la regla que prohíbe el homicidio: pero ¿qué homicidio? El homicidio por legítima defensa, cierto, donde se debe elegir por la vida del agredido; y también el homicidio por estado de necesidad, donde es necesario elegir entre dos vidas igual de sacras. Pero ¿el homicidio del embrión o del feto, respecto del cual la sacralidad de la vida puede entrar en conflicto con el de la mujer? ¿El homicidio del concordante, respecto al cual la sacralidad de la vida puede entrar en contradicción con la dignidad humana de quien quiera terminarla? ¿El homicidio del condenado a muerte, del enemigo de guerra, de las células madre?

El absoluto carácter de genérico (en alemán *Unbestimmtheit*) del principio de la sacralidad de la vida podría ser un buen ejemplo de aquéllos que Sunstein ha llamado *acuerdos parcialmente teorizados* (en inglés, *incompletely theorized agreements*). Sunstein habla de dos tipos de acuerdos del género. El *primero*, del tipo –de ahora en adelante APT1– interviene justo entre los constituyentes; éstos formulan principios muy genéricos, del tipo de la sacralidad de la vida, recurriendo a una forma de abstracción que podría llamarse *asenso conceptual* (en inglés, *conceptual ascent*). El otro acuerdo parcialmente teorizado –de ahora en adelante APT2, que se mencionará en el próximo punto– puede también intervenir entre los constituyentes pero se presenta comúnmente entre los legisladores: los cuales legislaran ponderando y especificando principios constitucionales, en el ejercicio de aquello que Sunstein llama *descenso conceptual* (en inglés *conceptual descent*)³⁹.

³⁷ Cfr. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), London: Weidenfeld and Nicolson, 1954, p. 47: “Our rules would be fashioned on utility; our conduct, on our rules”.

³⁸ Cfr. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, cit., pp. 196 y ss.

³⁹ Cfr. Cass Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 50; es el mismo Sunstein el que caracteriza el Segundo tipo de acuerdo como *conceptual descent*: aquello que posiblemente permite caracterizar el acuerdo del primer tipo como *conceptual ascent*.

El APT1 permite lograr un acuerdo entre constituyentes con opiniones éticas incluso opuestas operando con un tipo de ascenso conceptual: se formulan principios constitucionales lo suficientemente genéricos como para poder ser suscritos por cada uno de los constituyentes sin cambiar su respectiva opinión. Naturalmente, sobre cuestiones menos controvertidas que la vida, nada impide al constituyente para ponerse de acuerdo sobre principios o reglas bastante más específicos; pero en sociedades éticamente divididas como las nuestras, el acuerdo comúnmente se logra sobre principios genéricos, al precio de trasladar al legislador la decisión sobre las cuestiones controvertidas: la vida es sagrada, ¿pero cuál? A nadie se le escapará que justo aquí se abre el espacio de la elección democrática⁴⁰: elección que en una *democracia* constitucional respecta en positivo al Parlamento, en negativo a la Corte constitucional.

2. Respecto a la *distinción reglas/principios*, la versión iuspositivista no puede ser fuerte y dicotómica, pero sí débil: aunque siempre cuasi-dicotómica. La versión de la distinción reglas/principios es débil en un triple sentido. Así, una misma disposición puede interpretarse como regla, aplicable directamente (deductivamente) al caso concreto, o como principio, aplicable al caso concreto sólo indirectamente, a través de la ponderación y especificación en regla. Posteriormente, las *mismas* normas – pensemos en los principios discrecionales (*rationes decidendi*) del *common law* y en los principios generales del *civil law*– pueden clasificarse y como reglas y como principios. En conclusión, reglas y principios son complementarias: de las reglas –a través del ascenso conceptual y el APT1– pueden siempre obtenerse diversos principios; de los principios –a través del descenso conceptual y el APT2– pueden siempre obtenerse reglas diferentes.

Pero la distinción, en retrospectiva, se muestra cuasi-dicotómica: principios decisionales y generales son en realidad reglas, aplicables deductivamente al caso concreto; únicamente los principios constitucionales o fundamentales exigen reglas para aplicarse. Esta última consecuencia desagrada a Ferrajoli, que acusa a la distinción reglas/principios de reintroducir la desacreditada distinción de la Casación italiana entre normas preceptivas y normas programáticas⁴¹: pero injustificadamente, y en todo caso basán-

⁴⁰ En realidad, esto parece escapársele a Ferrajoli, como veremos en el próximo punto.

⁴¹ Cfr. Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, donde la distinción neoconstitucionalista entre reglas y principios es reducida a una cuestión de estilo expositivo, exceptuando a los principios por él llamados directivos (los mandatos de optimización de Alexy). Extrañamente Cristina Redondo concuerda con Ferrajoli, en “El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica”, *Doxa*, vol. 34, 2011: una teoría usualmente no aceptada por la ideología.

dose en razones exclusivamente ideológicas. Una *teoría* iuspositivista puede bien reconocer la preceptibilidad de los principios, pero reconociendo su menor preceptibilidad respecto a las reglas, en cambio, sólo una auténtica ideología puede tirar por la borda la cuarentenaria distinción entre reglas y principios con el simple fin de enfatizar la preceptividad de la Constitución (italiana).

Los principios (constitucionales) se aplican, en sentido lato, a través de reglas (legislativas); cuándo el acuerdo en el Parlamento sea más difícil se puede recurrir al APT2: es decir, encontrar un compromiso sobre una regla justificable con base a principios incluso opuestos. Sunstein presenta el ejemplo de una disposición que autoriza a los trabajadores a practicar su religión: disposición sobre la cual religiosos y laicos, empleadores y trabajadores, pueden concordar por razones diferentes. Un compromiso del tipo a menudo produce aquello que Giovanni Tarello llamaba *legislación de mera fórmula*: una disposición sobre la cual se encuentra de acuerdo el Parlamento bien sabiendo que posteriormente los jueces la interpretarán de modo diverso e incluso opuesto, sobre la base de principios constitucionales diferentes⁴².

APT1 y APT2 son formas de ponderación, que podrían llamarse en sentido latísimo, o constitucional, y en sentido lato, o legislativo, y distinguirse de la ponderación en sentido estricto, utilizada por la Corte constitucional y eventualmente por los jueces ordinarios⁴³. De hecho, inclusive Ferrajoli habla de ponderación legislativa y jurisdiccional, excepto que reduce la primera a una “burbuja terminológica” y a la segunda a una vieja interpretación sistemática⁴⁴: siempre con el terror de deteriorar la preceptividad de la Constitución (italiana). Una auténtica teoría iuspositivista, es decir avalorativa, de la diferencia reglas/principios, y de la aplicación en sentido lato de los principios, podría en cambio más serenamente distinguir dos diferencias entre ponderación legislativa y jurisdiccional de los principios.

La *primera* diferencia es que especificación y ponderación son implícitas si las cumple el Parlamento, explícitas si las cumple el juez constitucional: incluso si nada impide al juez utilizarlas implícitamente, callando un prin-

⁴² Cfr. Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980, pp. 366-377, e G. Fioriglio, “Lamiguità normativa, la legislazione di mera formula ed il ruolo della magistratura”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 2, 2004, pp. 547-553.

⁴³ Cfr. Mauro Barberis, “Ligittima difesa e bilanciamenti”, en A. Bernardi, B. Pastore, S. Pugliotto (eds.), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*. Giuffrè, Milano: pp. 86-89, y Giorgio Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 2010, p. 174.

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit.

cipio ponderado, y al legislador de utilizarlas explícitamente, mencionando los principios en el título o en el preámbulo de la ley. La segunda diferencia es que la aplicación de la Constitución por parte del Parlamento sucede normalmente, en positivo, y es *libre*, no sujeta a la obligación de motivar, mientras la aplicación por parte de la Corte constitucional es excepcional, en negativo (consiste en anular leyes inconstitucionales) y es *vinculada*, sujeta a la obligación de motivar: por esto aquí la ponderación es explicitada. Por otro lado, sendas ponderaciones son distintas únicamente respecto del grado de discrecionalidad: justo como nos lo enseñó Kelsen⁴⁵.

Tomemos como ejemplo la actual legislación italiana sobre la interrupción del embarazo, producida por el Parlamento después de que la Corte constitucional anuló la prohibición fascista del aborto. La Corte había ponderado explícitamente el valor de la vida del feto con el valor de la salud de la mujer; lo mismo hace el Parlamento tres años después, con una ley que invoca desde el título los principios contradictorios de la vida y la salud. El legislador utiliza la ponderación más avanzada entre sendos principios que la del juez; mientras la Corte había admitido que el aborto podía justificarse, en los primeros tres meses a partir de la concepción, sólo para tutelar la salud *física* de la mujer, el legislador establece que el aborto puede justificarse, en los mismos meses, también para tutelar la salud psíquica de la mujer⁴⁶. Pero, aquí, entre ponderación legislativa y jurisdiccional existe una diferencia meramente cuantitativa: la primera es sólo *más* discrecional que la segunda.

Aquí, naturalmente, se abre la gran alternativa político-normativa entre aplicación de la Constitución por parte del Parlamento o de la Corte constitucional. Sobre el plano normativo, incluso en una democracia constitucional, dónde el Parlamento no es más soberano sino que se limita a aplicar la Constitución, es siempre el Parlamento el que continúa aplicándola: la Corte interviene sólo cuando las leyes la violan. En cambio, sobre el plano

⁴⁵ Cfr. Hans Kelsen, “Le garantie jurisdictionelle de la constitution” (1928), trad. It. *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, en Id., *La giustizia costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1981, tipo p. 147; pero también p. 189, donde no recomienda formular la Constitución en términos de principio, puesto que ello terminaría por minar la primacía del Parlamento en la aplicación de la Constitución.

⁴⁶ Cfr. Corte constitucional, sentencia n. 27/1975, y ley del 22 de mayo de 1978 n. 194, art. 4, intitulada de hecho “Normas para la tutela social de la maternidad [la vida del feto] y sobre la interrupción voluntaria del embarazo [la salud de la mujer]”. Las posteriores justificaciones del aborto adoptadas por el art. 4 (por ejemplo, las condiciones económicas, familiares y sociales) ocultan en realidad la decisión en última instancia de la mujer: técnica similar al APT2 adoptada oportunamente, al parecer de quien escribe, para obtener el mismo resultado de un derecho de la mujer a abortar.

cognoscitivo sendas aplicaciones son alternativas sólo si se adopta todavía la doctrina hobbesiana de la soberanía del Parlamento: como lo hacen los críticos del control de constitucionalidad tales como Jeremy Waldron, para los cuales la última palabra respecta únicamente o al Parlamento o a la Corte⁴⁷. Pero si no se adopta tal doctrina —admitiendo que el ejercicio de la soberanía es siempre más o menos dividido, y que nadie tiene jamás la última palabra; todo lo contrario, la penúltima — entonces entre Parlamento y Corte pueden darse conflictos o diálogo⁴⁸.

3. Respecto a la *distinción subsunción/ponderación*, en fin, también esta puede tornarse en objeto de una teoría avalorativa: pero no necesariamente de la teoría de la ponderación de Guastini. Aquí a continuación retomo las cinco tesis neoconstitucionalistas sobre la ponderación enlistadas en 3.3, las confronto con las críticas de Guastini y busco esquematizar una teoría de la ponderación diferente a la suya. En particular, no considero a la ponderación una elección arbitraria entre valores irracionales, utilizada por los jueces constitucionales que quieren arrebatarse al Parlamento de sus poderes⁴⁹, sino un razonamiento hecho que deviene inevitable por el pluralismo de los valores. Los valores morales formulados como principios constitucionales continúan siendo múltiples, genéricos y contradictorios: por ende la Corte constitucional se encuentra casi constreñida a especificarlos y ponderarlos.

Como se recordará, la primera tesis neoconstitucionalista sostiene la apariencia del conflicto entre valores, principios y derechos, que ocultaría un *objective Weltordnung*: una jerarquía coherente de principios constitucionales, o de sus núcleos esenciales. Aquí Guastini tiene razón en contestar el irenismo neoconstitucionalista: pero para hacerlo no es necesario adoptar el emotivismo ético. Basta ser pluralista de los valores y creer que los valores, si bien son modestamente objetivos, es decir, enlistados en términos bastante similares a las más diversas declaraciones de derechos, continúan siendo múltiples, genéricos y contradictorios: es decir, que son necesarias la ponderación y la especificación. Del resto, para admitir el conflicto entre

⁴⁷ Cfr. Jeremy Waldron, “El argumento central contra el control de constitucionalidad”, en este volumen; *contra*, cfr. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon, 1980, p. 220, y Mauro Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 78-80.

⁴⁸ Sobre el diálogo institucional, cfr. Giorgio Pino, “La ‘lotta per i diritti fondamentali’ in Europa”, en Isabel Trujillo y Francesco Viola (eds.), *Identità, diritti, ragione pubblica*, cit., pp. 109-141.

⁴⁹ La conocida concesión de la ponderación de Guastini como institución de una jerarquía axiológica movable entre principios, de hecho, retoma después de un siglo las tesis irracionalistas de uno de los inventores de la ponderación, Oliver W. Holmes: cfr. La célebre *dissenting opinion* a todavía más célebre decisión *Lochner*, en W. Fisher III, M. Horowitz, T. Reed (eds.), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press, 1993, pp. 25-26.

valores, principios y derechos constitucionales no es ni siquiera necesario ser pluralista; basta admitir que el conflicto es presupuesto por la existencia misma de reglas del conflicto: justo como las antinomias son presupuestas por los criterios para la solución de antinomias⁵⁰.

La *segunda* tesis neoconstitucionalista presenta a la ponderación como un procedimiento racional, casi matemático, para la solución de los casos constitucionales. También aquí creo que Riccardo tiene razón en sospechar que estas teorías sean sólo racionalistas, en el sentido psicológico, de una jurisprudencia constitucional caracterizada por una enorme discrecionalidad. Sin embargo, a mi parecer, se equivoca al presentar a la ponderación como un razonamiento del todo arbitrario. En lo particular, si se admite la multiplicidad, lo genérico y lo contradictorio de los valores morales y los principios constitucionales, no parece haber alternativas más razonables que la ponderación; sería aún más irracional ocultar la multiplicidad de los principios relevantes y aplicar el principio preferido como si fuese el único relevante: como lo hacen, por ejemplo, los teóricos y jueces constitucionalistas originalistas, que no *admiten* la ponderación.

La *tercera* tesis neoconstitucionalista presenta a la ponderación como reconciliación de los principios relevantes: una conciliación que sólo en casos extremos sacrificaría totalmente a uno sobre el otro. Incluso aquí parece que Guastini tiene razón: a menudo los jueces constitucionales someramente hacen pensar que de veras eligen totalmente un principio mientras sacrifican totalmente otro⁵¹. Por otro lado, también sobre casos como estos considero que Guastini se equivoca; y no sólo sobre el plano (meta)ético, dónde el conflicto es trágico y además el compromiso es inevitable: como lo admite cualquier pluralista de los valores⁵². Aún sobre el plano jurídico, ¿qué sentido tendría ponderar – es decir, admitir la relevancia de *dos* principios – con el simple fin de sacrificar totalmente uno? Entonces, ¿Por qué no excluirlo desde el inicio sencillamente no ponderando?

⁵⁰ Aquí, el lector reconocerá un viejo y convincente argumento de Carlos Alchourrón y Bulygin contra la completitud del sistema jurídico.

⁵¹ Cfr. Por último Riccardo Guastini, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 232: “La ponderación, por lo tanto, no es propiamente una ‘conciliación’. No consiste en “poner de acuerdo”, como a veces se dice, los dos principios en conflicto, o en encontrar un ‘punto de equilibrio’, o una ‘vía intermedia’, entre tales principios. No consiste en la aplicación y en el sacrificio parcial de ambos. Uno de los dos principios es aplicado, el otro se deja momentáneamente de lado, desaplicado”.

⁵² Cfr. por ejemplo Stuart Hampshire, *Justice is Conflict* (2000), traducción italiana *Non c'è giustizia senza conflitto*, Feltrinelli, Milano: 2001, p. 17.

Tomemos como ejemplo la sentencia de la Corte constitucional italiana que declaró inconstitucional una prohibición pura y simple del aborto. En términos de la teoría de la ponderación de Guastini, la decisión de la Corte sería interpretada como la elección total de la Corte por el valor de la mujer mientras por el otro lado se sacrificó totalmente al valor de la vida del feto. Pero basta leer la sentencia para darse cuenta que los jueces no razonan así: incluso porque, si razonaran de ese modo, no tendrían ninguna manera de reclamar también el valor de la vida del feto: podrían limitarse a invocar el valor de la salud de la mujer. En realidad, el juez primero, y los legisladores más ampliamente después, realizan justamente una conciliación entre ambos valores: dicho toscamente, sacrificando la sacralidad de la vida por la salud de la mujer dentro de los primeros tres meses a partir de la concepción, y el valor de la salud al de la vida posterior a esos tres meses.

La *cuarta* tesis afirma que la ponderación sería funcional a la justicia del caso concreto: justicia obtenible justamente ponderando, es decir, teniendo en cuenta todos los valores, principios y derechos relevantes. Aquí Guastini oscila entre una denuncia al particularismo neoconstitucionalista, como ideología al servicio del arbitrio del juez, y la adopción del mismo en la forma ultra-particularista de la teoría de la ponderación como jerarquía axiológica movable de caso en caso: teoría justificada por el hecho de que de dos principios, en un caso, puede prevalecer uno, y en otro caso, otro. Así además, Riccardo subestima que –al menos en el control de constitucionalidad centralizado– la solución del caso, es decir, una regla del conflicto, es una norma abstracta, no concreta como en el control difuso: una regla que, aún si no funge de precedente, puede inspirar microcodificaciones de las relaciones entre principios⁵³.

En fin, la *quinta* tesis neoconstitucionalista es que la subsunción y la ponderación se excluyen mutuamente, como reglas y principios: la subsunción sería exclusiva de las reglas, la ponderación de los principios. En efecto, aquí Guastini tendría todas las razones para criticar la insostenible tesis de la exclusividad de la subsunción y la ponderación; excepto que, Alexy, exportador de las tesis de Dworkin en Europa, la abandonó desde hace casi una década⁵⁴; incluso Zagrebelsky – antiguo defensor de las tesis de Alexy en Italia,

⁵³ Cfr. J. J. Moreso, “Conflitti fra principi costituzionali”, *Ragion pratica*, vol. 18, 2001, pp. 201-221, con las objeciones de Bruno Celano, “‘Defesibilità’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, *Ragion pratica*, vol. 18, 2001, pp. 223-239 y la contra objeción de Giorgio Pino, *Diritti e interpretazione*, cit. p. 191: cierto, la regla del conflicto es derrotable, pero “pero no existen reglas absolutamente iderrotables”.

⁵⁴ Cfr. Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, vol. 16, 2003, pp. 433-449, en p. 439: la diferencia entre subsunción y ponderación “is

como Atienza lo es en España – admite que la ponderación y la subsunción son complementarias, como se ha visto en el punto 3. 1. En efecto, la caza a las ideologías debería encontrar este límite: cuando el adversario abandona por sí mismo sus propias tesis, no sería necesario continuar reprochándolo, sino aplicarle la máxima de oro “a enemigo que huye, puentes de oro”.

V. CONCLUSIÓN

En este trabajo he buscado mostrar, en negativo, que si el neoconstitucionalismo no existe como teoría, entonces ningún otro “ismo” existiría: todos serían sólo ideologías. Pero sobre todo he buscado mostrar, en positivo, que el neoconstitucionalismo ha desarrollado, o de hecho es, una teoría de relaciones entre Derecho y moral, de las normas, o del razonamiento jurídico: situación en verdad envidiable, para una teoría del Derecho que no existe. Es probable que en mi blanda defensa del neoconstitucionalismo haya jugado aquél tipo de indulgencia que los padres tiene respecto a los hijos corrompidos: por regla no se acepta que sean los otros quienes hablen mal de ellos, sólo nosotros los padres tenemos el Derecho de hacerlo. No obstante, a partir de la indulgencia no me parece que el neoconstitucionalismo tenga más necesidad de ser defendido: si acaso, sería hora de tomarlo en serio.

an expression of two dimensions of legal reasoning, a classifying one and a graduating one, which can and must be combined in many ways”.

CAPÍTULO XX

INTENTO DE CONCEPTUALIZACIÓN Y DEFENSA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Leonardo GARCÍA JARAMILLO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Problemática y génesis del concepto*. III. *Precisando el neoconstitucionalismo*. IV. *Neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular*. V. *Versiones*. VI. *Caracterización*. VII. *Neoconstitucionalismo, constitucionalismo aspiracional y constitucionalismo democrático*.

I. INTRODUCCIÓN

Algunos académicos teórico-jurídicos y constitucionalistas consideran una entelequia el concepto neoconstitucionalismo, a pesar de la probada difusión y éxito que ha tenido en la literatura jurídica iberoamericana contemporánea. A su juicio no hay nada en él que valga la pena destacarse como su fundamento teórico. El no positivismo que el mismo Atienza ha defendido, podría concebirse como el fundamento teórico del neoconstitucionalismo¹, así como el planteamiento de la doble naturaleza del derecho que ha defendido Alexy². El cometido de este capítulo no es, sin embargo, abordar dicha cuestión acerca de su fundamento teórico sino otorgar algunas luces que permitan precisar el concepto y así defender su utilidad para la discusión constitucional iberoamericana. Interesa saber de qué hablamos cuando hablamos

* Este capítulo es una revisión y ampliación de la conferencia impartida en la Universidad Torcuato Di Tella, de Buenos Aires, el 7 de nov. de 2013. Agradezco a Martin Hevia, Horacio Spector, Roberto Gargarella y Alejandro Chehtman su presencia y participación en la sesión. Espero haber respondido al menos aquí sus observaciones.

¹ Véase, Manuel Atienza – Juan Ruiz Manero, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en: *Isonomía* No. 27, 2007.

² Carlos Bernal Pulido (ed.). *La doble dimensión del derecho: autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra, 2011.

de neoconstitucionalismo y determinar entonces si tiene o no relevancia su alusión. Si es o no un concepto que explica algo que antes no existía o si es un vacuo modismo.

Inspiró este trabajo el artículo “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, de Josep Aguiló³, que leí con entusiasmo siendo estudiante de derecho porque esclareció las tesis puntuales que caracterizan cada paradigma jurídico. Este trabajo procura hacer lo mismo digamos metodológicamente respecto del neoconstitucionalismo. Para tal fin procederé de la siguiente forma: precisar siguiendo a García Figueroa dos tipos de neoconstitucionalismo para determinar cuál puede defenderse según su recepción respecto de lo complejo que resulta defender al neoconstitucionalismo como una teoría comprehensiva a partir de la cual sea posible confeccionar modelos científicos que permitan interpretar un conjunto amplio de observaciones. Debido a la variedad y diversidad de autores y doctrinas que se reúnen, aun cuando coherentes en sus supuestos y enfoque, resulta complejo determinar una margen teórica de los postulados que defendería globalmente el neoconstitucionalismo. La tesis que se sustenta es que el neoconstitucionalismo no es una teoría pero sí un canon o un movimiento, cuyas ideas centrales o planteamientos medulares configuran claramente un aire o parecido de familia (Wittgenstein).

La defensa del neoconstitucionalismo también puede acometerse, y esta sería una segunda tesis, no desde sus fundamentos teóricos sino desde la recepción que no solo en Colombia sino en otros países de la región, se ha hecho de algunos de los elementos medulares identificables que hacen parte del canon los cuales han tenido una recepción a nivel académico, doctrinario, pedagógico e incluso jurisprudencial. Defender al neoconstitucionalismo como teoría implicaría enfrentar sustantivos problemas de fundamentación, pero en aras de contribuir a su comprehensiva descripción es importante avanzar en este aspecto al caracterizarlo y presentar sus elementos medulares. La falta de trabajos de revisión rigurosos ha conducido a un debate empobrecido repleto de epítetos descalificativos o laudatorios, en todo caso acríticos.

Se aborda también la problemática y génesis del concepto, sus versiones y caracterización, y finalmente se articula con dos concepciones que en contextos de recepción del neoconstitucionalismo caracterizados de un lado por la proclamación de constituciones que no solo organizan un Estado sino que también consagran un proyecto de país, y de otro lado, con claros défi-

³ Josep Aguiló, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en: *Doxa* No. 30, 2007.

cit de representación política. Comprender de forma adecuada el neoconstitucionalismo es útil para entender cómo se conforma a nivel trasnacional un canon de doctrinas y teorías que es ahora bien identificable en la escena jurídica iberoamericana. Otorga una renovada perspectiva para determinar las razones por las cuales es receptada determinada versión o interpretación de una doctrina jurisprudencial o teoría jurídica alemana o estadounidense, por ejemplo. Constituye una forma para describir y analizar cómo y por qué teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales surgidas en países con contextos sociales, políticos e incluso culturales particularmente distintos entre sí, viajan no obstante entre ellos y son receptadas y reconfiguradas conforme muchas veces a otras necesidades teóricas y prácticas.

Una de las principales y más recurrentes dificultades que se señalan respecto del neoconstitucionalismo, tiene que ver con la ambigüedad y vaguedad que comporta el concepto⁴. Para Prieto Sanchís⁵ el problema radica en que se le puede defender en sentidos distintos y, una vez que se fija uno, tampoco resultan muy claros los rasgos que deben concurrir para ostentar legítimamente dicho concepto. El objetivo fundamental de este capítulo es entonces precisar el neoconstitucionalismo a partir de una descripción de sus elementos medulares para procurar, así, una mayor claridad a partir de una caracterización que permita mostrar qué cometidos condujeron al acunamiento del concepto y qué objeto identifica.

El influjo de los elementos medulares del neoconstitucionalismo ha trascendido la mera cuestión académica y pedagógica, para dar cuenta de una influencia efectiva en la concepción y puesta en práctica de algunos de los sistemas constitucionales de la región. El neoconstitucionalismo enmarca los procesos de internacionalización del Derecho Constitucional que se han venido desarrollando en América Latina desde cuando varios países empezaron a cambiar sus constituciones o a incluirles reformas⁶, lo cual condujo

⁴ Cuestión que también ha sido señalada por sus defensores, así, Susana Pozzolo, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en: Miguel Carbo-nell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional. op. cit.*

⁵ Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013, cap. I.

⁶ Colombia 1991, promulgada por una Asamblea Nacional Constituyente y ratificada por el entonces presidente. Venezuela 1999, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente luego de que el pueblo se manifestara mediante referendo (abril 25) a favor de una nueva Constitución, y ratificada una vez que el texto redactado por la Asamblea se aprobó mediante referendo (diciembre 15). Ecuador 2008, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente (julio 25) y sometido el texto definitivo a referendo (septiembre 28). Bolivia 2009, promulgada por el presidente luego de que el texto redactado por la Asamblea Constituyente fuera aprobado mediante un referendo con participación del 91% del censo.

a un cambio en los sistemas jurídicos con graduales pero significativas repercusiones de índole política, cultural y doctrinaria.

II. PROBLEMÁTICA Y GÉNESIS DEL CONCEPTO

La derrota del fascismo en Europa condujo a una reconfiguración de la geopolítica global como pocas veces había acontecido desde la decadencia y caída del Imperio romano. El mundo se dividió con una cortina de hierro, al decir de Churchill, y dos fuerzas adversarias dominaron el panorama político hasta la década de 1990 y tuvieron al mundo en vilo por una guerra de proporciones nucleares. Condujo también a una profunda reorganización del poder público y de las instituciones estatales, sobre todo, de los países vencidos en la Segunda Guerra. Dogmática y orgánicamente sus sistemas constitucionales debieron ser intervenidos para borrar todo rastro de la dictadura y la represión de derechos y garantías que habían envilecido al derecho, cuando fue puesto al servicio de la validación de dictaduras.

Se trató sobre todo de los países que, como el ave Fénix, “resurgían de sus cenizas” al final de la derrota bélica y la salida del fascismo, es decir, Italia con su Constitución de 1947 y Alemania con la Ley Fundamental de Bonn de 1949⁷. La nefasta experiencia del derecho bajo el régimen nazi (1933-1945) será determinante para rehabilitar el derecho en el afán de romper radicalmente con el pasado reciente y suplir el déficit de legitimidad de la que adolecieron los ordenamientos jurídicos. Esta Ley inicia con un capítulo sobre derechos fundamentales y consagra de entrada el respeto a la primacía de la dignidad humana, a la cual le otorga un carácter de intangibilidad y un estatus inmodificable. En las secciones sobre derechos fundamentales de las respectivas constituciones es donde mayores transformaciones han operado estos cambios, sobre todo por cuenta de la expansión normativa material que de los mismos han realizado los tribunales constitucionales en su labor de control a la constitucionalidad de la legislación en general, pero también en su aporte a la creación y el desarrollo del derecho.

Este constituye el primer momento histórico en el cual se configura un neoconstitucionalismo en los países que serían particularmente influyentes

Respecto de las reformas, vale la pena mencionar la que en 1994 se introdujo en Argentina sobre, entre otros aspectos, la ampliación de los efectos de los derechos fundamentales.

⁷ La cual en un principio sólo fue promulgada para Alemania Occidental, pero posteriormente se firmó el tratado de la unificación entre la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana, en agosto de 1990, adhiriéndose así los cinco estados federados orientales.

en el desarrollo del derecho público en occidente cuando en otros contextos se debieron afrontar, ante el fin de las dictaduras y la entrada a la democracia, los problemas que ya habían enfrentado los países derrotados en la Segunda Guerra. Es así como surge un segundo momento en el cual se configura un neoconstitucionalismo en los países que salieron de las dictaduras, tales como Grecia (1975), pero fundamentalmente Portugal (1976)⁸ y España (1978). Instituciones públicas, formas de organización y control del poder, doctrinas judiciales y teorías jurídicas se encuentran entre las lecciones que tomaron varios países de la experiencia germana e italiana. Un tercer y último momento es del que hacen parte Colombia y los demás países latinoamericanos que desde la década de 1980 empezaron a cambiar sus regímenes constitucionales o a introducir reformas que incorporaban elementos de estos procesos constituyentes en Europa. En el caso de los países latinoamericanos se trata sobre todo del intento de reconstruir su orden político tras experiencias de dictaduras militares, guerras civiles o como respuesta a recurrentes crisis de legitimidad, tal como en Colombia lo fue el profundo desgaste institucional que trajo consigo el post-frente nacional por su cerrado sistema político y su estructuralmente débil forma de democracia representativa.

El nuevo modelo de organización política surge entonces en tres momentos histórica y contextualmente verificables por cuyos desarrollos e influencias transnacionales se habla ahora de un neoconstitucionalismo. Desde dos puntos de vista se pueden observar los cambios acontecidos en las formas de los estados y en el contenido y tipo del derecho constitucional. Históricamente desde el surgimiento de un modelo ideológico y fórmula política del Estado constitucional de derecho que surge en Alemania en la versión que se receptó en España y luego en Colombia, la cual asimismo influenció otros procesos de renovación constitucional en América Latina,

⁸ Por citar un caso menos conocido que el español, el “Preámbulo” de la Constitución Portuguesa consagra: “Liberar a Portugal de la dictadura, la opresión y el colonialismo supuso una transformación revolucionaria y el comienzo de un cambio histórico de la sociedad portuguesa. La Revolución restituyó a los portugueses los derechos y libertades fundamentales”. Su artículo 9 preceptúa que son misiones fundamentales del Estado: “1. Garantizar la independencia nacional y crear las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales que la promuevan; 2. Garantizar los derechos y libertades fundamentales y el respeto a los principios del Estado de Derecho democrático; 3. Defender la democracia política, asegurar y estimular la participación democrática de los ciudadanos en la resolución de los problemas nacionales; 4. Promover el bienestar y la calidad de vida del pueblo y la igualdad real entre los portugueses, así como la efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, mediante la transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales”.

como el Ecuador, Venezuela y Bolivia. Teóricamente a partir de las críticas al positivismo que empiezan a configurar otros movimientos y escuelas que comparten la centralidad en el discurso jurídico de los derechos fundamentales, la vocación normativa de la Constitución y el desmoronamiento de las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política.

Evidencia de que las doctrinas jurídicas contemporáneas han acercado el derecho a la moral, se encuentra en que las fronteras que las separaban se han desmoronado debido a la incorporación en las constituciones de principios morales como libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana. De otra parte el constructivismo ético ha acercado la moral al derecho porque la moral ha dejado de ser un dominio individual, para transformarse en un discurso entre los participantes que invocan el constitucionalismo. Respecto del pluralismo, el respeto a la dignidad y la igualdad, es interesante señalar que si bien en América Latina las constituciones consagran la figura de dios, incluyen la libertad religiosa y el respeto al pluralismo ideológico, lo cual hace mayoritariamente laicos a los estados contemporáneos⁹.

La expansión global de importantes elementos de la dogmática jurídica alemana e italiana, ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonan el terreno a la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo¹⁰. El neoconstitucionalismo aporta un buen referente para analizar críticamente la manera como doctrinas jurisprudenciales, teorías jurídicas y discusiones académicas que han surgido en otros países para responder muchas veces –pero no necesariamente– a sus propias necesidades sociales y urgencias jurídicas contextuales, han sido receptadas a distintos procesos locales de producción, interpretación y aplicación normativas.

La segunda posguerra constituyó entonces la configuración de los lineamientos distintivos de un nuevo constitucionalismo, tales como la incorporación de derechos sociales y principios de naturaleza moral en las constituciones, así como incipientes mecanismos para su garantía material e instituciones encargadas de controlar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía. Una fecunda producción teórica y la progresiva renovación de las tradiciones jurisprudenciales sucedieron estos acontecimientos a partir de los cuales se configuró el neoconstitucionalismo.

⁹ Cuestión sobre la que pueden consultarse los 34 números de la colección de cuadernos “Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad”, disponibles todos a texto completo, en: http://catedra-laicidad.unam.mx/?page_id=122

¹⁰ Paolo Comanducci, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado, 2011.

Sus principales instituciones judiciales han comenzado a realizarse en algunos campos y hay ya evidencia de la influencia doctrinaria y jurisprudencial que han ejercido desde los mismos procesos de configuración constitucional. El neoconstitucionalismo representa un debate contemporáneo en el estado actual de la cuestión constitucional (y más allá, del derecho público e incluso privado). Se observa con claridad por la cantidad de bibliografía que en los últimos años ha aparecido en Latinoamérica (particularmente en México, Colombia y Brasil) y España sobre el neoconstitucionalismo¹¹ como tal, pero sobre todo sobre sus principales teorías, instituciones jurisprudenciales y doctrinas constitucionales, pero también se observa porque se ha asentado en la teoría y se ha realizado en la práctica en los países que redactaron sus constituciones atendiendo a una tendencia trasnacional que las concebía como norma directamente aplicable y en los tribunales cuando conciben un derecho como garantía de un ciudadano. Siguiendo esta tendencia las facultades de derecho renovaron sus programas curriculares.

La profusión de investigaciones y estudios, a nivel transnacional y local, sobre los elementos medulares del neoconstitucionalismo no ha conducido sin embargo a una clarificación particularmente meridiana del concepto ni a una delimitación precisa de los límites de su contenido. Casi cualquier persona cercana a los estudios jurídicos cree tener por lo menos alguna idea o intuición sobre aquello que (al menos) parece significar o implicar el concepto “neoconstitucionalismo”. La carencia de unanimidad en su uso despierta una cierta sospecha o, como advirtió Bernal Pulido, la heterogeneidad en el recurso al concepto es un argumento que desaconseja su uso¹². Como sucede con otros conceptos de reciente acuño (multiculturalismo, democracia deliberativa, posmodernidad), el neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos que inevitablemente lo han conducido a una riesgosa amplitud semántica. Algunas de las tendencias adeptas al modelo procuran enmarcar ideas diversas e incluso divergentes de autores provenientes de variadas tendencias surgidas en distintos países y durante muchos años.

¹¹ Sus perfiles están bien reconstruidos en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. *op. cit.*; (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, Trotta, 2007; Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. *op. cit.* Luis R. Barroso, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. *op. cit.* Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá, Universidad Externado, 2009. Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. *op. cit.* Laura Clérico – Jan Sieckmann (eds.) *Derechos fundamentales, principios y argumentación*. Granada, Comares, 2011. Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003; *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.

¹² Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. *op. cit.*, cap. 3, segunda parte.

La representatividad del neoconstitucionalismo en diversos debates doctrinarios, académicos y jurisprudenciales en Iberoamérica, se observa en la configuración de una agenda de investigación radicalmente distinta respecto de las formas tradicionales de aproximación al derecho y a los derechos. Los cambios doctrinarios, institucionales, jurisprudenciales y académicos que han acontecido en los últimos 20 años sobre todo, son factores esenciales para avanzar en el cometido de validar la propia discusión neoconstitucional, ya que como toda ciencia social, las teorías jurídicas, y constitucionales en concreto, aspiran a realizarse en la práctica.

El neoconstitucionalismo se ha asentado en la teoría jurídica iberoamericana y algunas de sus principales instituciones judiciales han comenzado a realizarse en la práctica de la aplicación de los derechos en algunos países. En el derecho constitucional y la teoría jurídica recientes se ha consolidado el uso del concepto “neoconstitucionalismo” para designar en algunos casos de forma imprecisa, un conjunto de transformaciones acontecidas en la esfera no sólo judicial y académica, sino también en otros aspectos que, como el pedagógico y la mentalidad o el imaginario de los nuevos juristas y estudiantes de derecho, son los que permiten hablar de un nuevo paradigma del derecho. La fenomenología abarcada por el neoconstitucionalismo ha ejercido influencia observable en diversos procesos institucionales, pedagógicos y jurisprudenciales.

El concepto constituye una nomenclatura constitucional de carácter transnacional que, en general, se ha extendido en la discusión jurídica latinoamericana. Se acuñó hacia 1995 por parte de algunos teóricos del derecho de la Universidad de Génova, fundamentalmente: Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci¹³. El neoconstitucionalismo como modelo de organización política con fuerte contenido ideológico, vocación sustantiva y con una teoría jurídica subyacente, surgió para responder a los

¹³ Susanna Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Turín, Giappichelli, 2001; “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en: *Doxa* No. 21-II, 1998; “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, op. cit.; *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*. Inédito. Sussana Pozzolo – Écio Oto Ramos, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação mora da Constituição*. São Paulo, Landy, 2006. Mauro Barberis, *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*. México D.F., Fontamara, 2006; “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit. Paolo Comanducci, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, op. cit. Dentro de los trabajos pioneros también se encuentra, Tecla Mazzarese (comp.) *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*. Turín, Giappichelli, 2002.

nuevos desafíos que imponía la necesidad de reconfigurar por completo las instituciones del poder público luego de la Segunda Guerra y, con posterioridad, de la entrada de Portugal y España a la democracia. Se ha desarrollado no obstante de maneras originales y creativas respecto de algunas de sus principales instituciones cuando otros países se han visto en necesidades similares ante cambios normativos que deben ser implementados. En la génesis del neoconstitucionalismo se encuentra el objetivo de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores que representan una manera afín de aproximarse al derecho, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas. El neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo. Aunque quizá la referida vinculación entre el derecho y la moral, así como la importancia de los preceptos morales en la interpretación jurídica, es lo que motiva a Ferrajoli para adjudicar precisamente a Alexy y Dworkin, así como a Nino, la representación de un movimiento constitucional de tendencia iusnaturalista¹⁴.

No existía un concepto lo suficiente bien explicativo de las doctrinas jurisprudenciales, tesis académicas, planteamientos ideológicos que, a su vez, estuviera en capacidad de comprender la renovación en el campo teórico en varios países de Europa con el cambio de sus textos constitucionales y la articulación con instituciones jurídicas estadounidenses. Esta relación constituyó un movimiento al cual se unieron muchos países latinoamericanos, que no sólo cambiaron de Constitución sino que la redactaron de una manera particular al incorporar parte esencial de las características distintivas de aquel nuevo paradigma constitucional. La explicación contextual permite comprender la razón por la cual el “neoconstitucionalismo” gozó de un éxito fulminante, razón por la cual optamos por defender un neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular.

III. PRECISANDO EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Aunque el recurso al concepto “neoconstitucionalismo” no es unívoco en el estado del arte, sus versiones representativas comenzaron por coincidir en

¹⁴ Robert Alexy – Eugenio Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho*. Bogotá, Universidad Externado, 2001. Ronald Dworkin, “Natural Law Revisited”, en: *University of Florida Law Review* Vol. XXXIV, No. 2, 1982. Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia*. Bari, Laterza, 2007, vol. I, Introduzione.

reconocer que una de las principales características de los sistemas jurídicos que se rigen por los postulados de dicha doctrina es la limitación jurídica al poder¹⁵. Una constitución política neoconstitucional además de reglas está integrada por principios, es decir, por normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible a partir de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, por esto en lugar de ser mandatos definitivos como las reglas, los principios son mandatos de optimización. Debido a esta característica estructural distintiva entre reglas y principios, la forma idónea de aplicación de estos es la judicial y mediante la ponderación: mecanismo metodológico que se debe constituir en forma racional de argumentación. El ejercicio de la ponderación en la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales es un presupuesto de la complejidad alcanzada por los sistemas jurídicos desde la segunda postguerra.

En la consideración de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante la ponderación se encuentra implícita la prevalencia de la teoría externa de los derechos fundamentales¹⁶, según la cual los límites de un derecho no están dados de antemano sino que se configuran para el caso concreto y conforme a las razones de peso que juegan en sentido contrario. *Prima facie* un derecho garantiza algo o comporta una determinada provisión, pero es la posterior ponderación la que lo determina con claridad. De ahí la importancia de que los tribunales constitucionales asuman con rigor los auto-precedentes, ya que el resultado de una ponderación en una sentencia constituye una ratio que a su vez constituye o desarrolla una subregla a la que debe recurrirse en sustento de un caso posterior analogizable.

La teoría de la argumentación jurídica, y sobre todo las teorías procedimentales como la de Alexy, constituye un elemento esencial de la teoría

¹⁵ Ibídem, p. 27.

¹⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit., cap. VI. Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado, 1998, pp. 29 y ss. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2003, pp. 466 y ss. Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Debate, 1990, pp. 153 y ss. Para la teoría interna el contenido de un derecho fundamental está delimitado desde su origen por lo que la labor del intérprete consiste sólo en descubrirlo y en determinar sus excepciones. El contenido mínimo de los derechos estaría determinado entonces por lo que prescriben explícitamente las disposiciones constitucionales que los establecen, por lo que los únicos límites de los derechos son aquellos que demarcan los contornos de la sustancia a la que alude la disposición que los consagra. No plantea la necesidad de realizar fundamentaciones por lo que reduce el esfuerzo en procurar esgrimir argumentos a favor o en contra de determinada interpretación de un derecho. Para una exposición de la teoría interna de los derechos fundamentales y sus críticas, véase, Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2003, pp. 444 y ss.

externa de los derechos fundamentales. El mismo contenido de un derecho, su núcleo esencial y sus márgenes, así como las cargas de fundamentación que debe soportar el intérprete en caso de colisión la preferencia por un determinado derecho, exigen que en la concreción de una provisión consignada en un derecho o en la implementación de una medida legislativa que vulnera de alguna forma un derecho, se deba recurrir a argumentos constitucionales en sustento. De ahí la diferencia entre disposición y norma, relevante para comprender la diferencia entre las normas adscriptas y las normas directamente estatuidas.

Además de que la teoría externa de los derechos fundamentales resulta acorde con la ideología liberal que ha constituido la base de la concepción de los derechos fundamentales desde el origen de la democracia constitucional, exige naturalmente una mayor carga argumentativa en el control de constitucionalidad de las leyes que intervienen o afectan derechos. Una de las principales características del neoconstitucionalismo, que ha modificado la misma forma de comprender el derecho, es la centralidad que le otorga a la dimensión argumentativa. “La implantación de un Estado constitucional democrático crea ciertamente un espacio institucional para la solución de los problemas jurídicos. Pero ese espacio necesita ser llenado. El medio para ello es la argumentación jurídica”¹⁷.

Al poder judicial y al intérprete en general se les impone entonces la utilización de herramientas argumentativas como el principio¹⁸ de proporcionalidad¹⁹ para controlar la implementación de medidas legislativas que tienen impacto negativo sobre los derechos fundamentales. Esta estructura

¹⁷ Robert Alexy, “Mi teoría del derecho”. Discurso impartido en la Universidad de Alicante con motivo de la aceptación del doctorado h.c. Citado de la versión electrónica facilitada por el autor.

¹⁸ Al cual se le ha denominado de distintas formas: “principio”, “mandato”, “regla”, “criterio”, “examen”, “factor” y “juicio”. Conforme a Clérico, debido a que los tres submandatos del principio de proporcionalidad en sentido lato tienen carácter de reglas (y más precisamente reglas de segundo grado porque determinan cómo deben aplicarse las normas con estructura de principio), la proporcionalidad no se pondera frente a otros mandatos sino que determina cómo deben ponderarse los objetos de la ponderación. Por esta razón, en lugar de “principio” lo denomina “examen”. Cfr.: Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires, Eudeba, 2009.

¹⁹ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 3ra ed., 2007. Clérico por su parte reconstruye los tres subprincipios de la proporcionalidad argumentando que se trata de un examen orientado por reglas, lo cual supone analizar la tensión entre la validez concreta del derecho que requiere la mayor consideración posible a partir de las circunstancias concretas del caso, y la vinculación a reglas que a su vez requieren ser justificadas para que no se apliquen automáticamente, lo cual puede enmascarar una injustificada práctica restrictiva de derechos (por acción u omisión).

argumentativa permite fundamentar la invalidación de intervenciones en derechos que implican un sacrificio constitucionalmente ilegítimo, innecesario o desproporcionado de los mismos. A la par de la importancia de los dos primeros subprincipios del principio de proporcionalidad en sentido lato: idoneidad (o mandato de adecuación técnica) y necesidad (o medio alternativo menos lesivo), la ponderación (principio de proporcionalidad en sentido estricto) resulta un mecanismo metodológico esencial porque, por ejemplo en casos relativos al juicio de igualdad, su prescindencia implicaría que un acto que afectara muy intensamente la igualdad para favorecer muy levemente un fin constitucionalmente legítimo, no sería declarado inconstitucional²⁰.

Al acoger la teoría de los principios se reconoce la conexión interna entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, el cual asiste al Tribunal Constitucional en su compleja tarea de aplicar los derechos fundamentales sin invadir la órbita funcional del legislativo mediante la construcción de una dogmática de los márgenes de acción²¹. Una teoría del espacio libre del legislador que permite una razonable separación de competencias entre los poderes judicial y legislativo, se estructura a partir de las dos concepciones recién mencionadas: desde la teoría de la argumentación, una teoría de los principios a partir de la cual se edifica la ponderación y se defiende su racionalidad; y desde la teoría de los derechos fundamentales, una teoría de los principios que articula los derechos fundamentales con el principio de proporcionalidad.

²⁰ Sobre la influencia del principio de proporcionalidad, véase, para el caso alemán, Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. op. cit. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. op. cit. Para la jurisprudencia de la Corte IDH, Laura Clérico, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Jan Sieckmann – Laura Clérico – Griselda Capaldo (eds.) *Internacionalización del Derecho Constitucional. Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires, Eudeba, 2012. Desde diversos contextos y enfoques, ver los estudios reunidos en, Miguel Carbonell (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Para el caso español, véase Daniel Sarmiento Ramírez, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un análisis desde el Derecho español*. Bogotá, Universidad Externado, 2007. Isabel Perelló D., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, en: *Jueces para la democracia* No. 28, 1997. Para un análisis crítico de su aplicación por parte del Tribunal Constitucional peruano, véase, Carlos Bernal Pulido, “La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad”, en: *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. op. cit., cap. 11.

²¹ Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Universidad Externado, 2003.

El neoconstitucionalismo comporta elementos no sólo desde la perspectiva teórica sino también desde el punto de vista político y jurídico. Dentro de los componentes del concepto se ha distinguido además un tipo de estado constitucional de derecho con alto contenido ideológico en la medida en que adopta el modelo axiológico de Constitución como norma directamente aplicable en lugar de sólo como regla, o conjunto de ellas, que condiciona la elaboración y expedición de otras reglas de menor jerarquía. Esta concepción implicó un viraje del modelo institucional así como de la forma de organización política que hasta entonces conocía la historia. Otro componente es el teórico, ya que se torna imperativo un cambio o desarrollo en las teorías que tradicionalmente explicaban los diversos escenarios de la fenomenología jurídica. Un planteamiento como el neoconstitucional, de profunda raigambre normativa y prescriptiva, sería deficitario sin una filosofía política que sustente, desde las ideas históricas sobre la legitimidad del Estado y el ejercicio justo del poder, dicha fórmula. Prieto Sanchís señala una acepción iusfilosófica referida a las cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición y el estatus del derecho, así como sobre la función del jurista²².

Además de conservar los principios del Estado de Derecho –introduciendo modificaciones en algunos casos para su mejor implementación– como la separación de poderes, los importancia de los pesos y contrapesos institucionales y el principio de legalidad, el neoconstitucionalismo representa como modelo el final de un largo camino hacia el gobierno del derecho en lugar del gobierno del poder, es decir, el fin del enfrentamiento entre el Derecho del Estado y el Estado de Derecho. Desde el canon trasnacional que se ha formado, el neoconstitucionalismo se puede considerar descriptivamente desde los rasgos más relevantes del Estado Constitucional de la segunda posguerra, y teóricamente desde las doctrinas jurídicas que buscan explicar cómo se ha evolucionado desde el formalismo “ingenuo” de la Jurisprudencia de Conceptos y la Escuela de la Exégesis²³, hasta la concepción de la Constitución como “un orden valorativo” (según la denominación de la jurisprudencia germana en el fallo *Lüth* de 1958)²⁴.

²² Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2da ed., 2009, pp. 101-102.

²³ “Formalismo ingenuo” porque las doctrinas sustentadas por ambas escuelas respecto de la decisión judicial comportaban la negación absoluta de la discrecionalidad. La convicción en ciertas características del sistema jurídico (completitud –no hay lagunas–; coherencia –no hay antinomias–; diafanidad –no hay necesidad de interpretarlo–) formalizaba la decisión del juez y la volvía entonces la estructuración de un razonamiento silogístico a partir de premisas acabadas. Juan Antonio García Amado, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, en: *Isegoría* No. 35 (julio-diciembre), 2006.

²⁴ Luis Cruz, *La Constitución como orden de valores*. Granada, Comares, 2005.

En el neoconstitucionalismo no se elude el hecho de que cada juez o doctrinante tiene una idea acerca del derecho, adopta una posición política y tiene valoraciones morales, los cuales necesariamente impregnan sus respectivas interpretaciones del derecho. Más bien se sustenta que la legitimidad del derecho radica en la posibilidad de justificar tales juicios. Puede resultar engañoso o desorientador hacer referencia a “la” teoría del neoconstitucionalismo, porque en efecto no existe tal cosa como una teoría neoconstitucional, como en la biología la teoría de la evolución de Darwin o en la física la teoría de la relatividad de Einstein. Por ser un conjunto de doctrinas no hay un amplio grupo de planteamientos teóricos que sean compartidos por todos quienes se suscriben al neoconstitucionalismo. Pero dentro de un núcleo común identificable más que por la conformación del canon trasnacional, por la recepción de elementos del mismo en distintos contextos, se pueden identificar las siguientes ideas como pertenecientes al canon y adoptadas a nuestras propias formas de concebir diversos aspectos de la fenomenología jurídica.

El neoconstitucionalismo como tal es un concepto general o una idea amplia. Básicamente es la idea de que a partir de la segunda los textos constitucionales se formularon de una manera radicalmente distinta respecto de la tradicional consagración de competencias y el establecimiento de funciones, la creación de instituciones y la inclusión de principios como los de legalidad y seguridad jurídica, y los derechos de libertad. Desde su génesis se encuentra el objetivo de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores que representan una manera afín de aproximarse al derecho, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas.

Pozzolo hizo referencia originalmente a un movimiento teórico que comparte algunas tesis sobre la concepción, interpretación y aplicación del derecho, y sobre los problemas que traen aparejadas dichas actividades. La interpretación constitucional contiene una serie de especificidades que la distinguen de la interpretación de otros textos normativos, y la cual asimismo está relacionada con una forma particular de configurar la Constitución. El neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo, aunque la importancia asignada a los preceptos morales en la interpretación jurídica y la vinculación entre el derecho y la moral, ha desembocado en una identi-

cación iusnaturalista de emblemáticos representantes del neoconstitucionalismo como Alexy, Dworkin y Nino²⁵.

Una primera pregunta que surge es qué distingue al neoconstitucionalismo del constitucionalismo histórico que, como forma de organización jurídico-política surgió luego de las revoluciones estadounidense (1776) y francesa (1789) para organizar el poder público a partir de instituciones que respondieran ante el pueblo y no ante poderes monárquicos autoritarios. Si bien no estamos en presencia de una distinción pacífica o uniformemente aceptada, resulta poco discutible en la actualidad la presencia de una tendencia intelectual acerca de renovadas maneras de concebir el derecho. En efecto, en palabras de un crítico como Juan Antonio García Amado, se reconoce ya la existencia de “un canon neoconstitucional”²⁶. Pedro Salazar Ugarte, en una reconstrucción del garantismo y un enfoque crítico del neoconstitucionalismo para mostrar sus diferencias, reconoce que una de las aproximaciones teóricas más acreditadas al Derecho Constitucional contemporáneo “en el ámbito italo-iberoamericano”, es precisamente el neoconstitucionalismo²⁷.

IV. NEOCONSTITUCIONALISMO CONCEPTUAL DE ALCANCE PARTICULAR

El neoconstitucionalismo reúne varios de los temas más contenciosos en la ciencia jurídica contemporánea. El neoconstitucionalismo adopta una noción extendida, tanto del constitucionalismo histórico como del positivismo: del primero porque no permite evidenciar el cambio de paradigma²⁸ producido en la estructura del derecho positivo con la resignificación de los textos

²⁵ Robert Alexy – Eugenio Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho*. Bogotá, Universidad Externado, 2001. Ronald Dworkin, “Natural Law Revisited”, en: *University of Florida Law Review* Vol. XXXIV, No. 2, 1982. Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia*. Bari, Laterza, 2007, vol. I, Introduzione.

²⁶ Juan Antonio García Amado, “Prólogo” a Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*.

²⁷ Pedro Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México D.F., FCE-UNAM, 2006; “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas propuestas para esquivar confusiones recurrentes”, 2011. Versión inédita facilitada por el autor.

²⁸ El neoconstitucionalismo se afirma que constituye un cambio de “paradigma” en el sentido que otorga Kuhn en su obra *The Structure of Scientific Revolutions* (1970), en donde mostró cómo la evolución científica, e intelectual en general, consiste básicamente en la sustitución de un paradigma por una nueva teoría o hipótesis que, frente a hechos nuevos o descubrimientos recientes, resulta capaz y suficiente de dar cuenta más satisfactoriamente de

constitucionales en Europa, cuyos principales elementos fueron receptados en América Latina y en Colombia en particular; son ellos sobre todo, respecto de la Constitución: interpretación sistemática, naturaleza normativa, fuerza vinculante, contenido sustantivo, garantía jurisdiccional y modelo axiológico; y respecto de los derechos fundamentales: eficacia entre particulares, interpretación extensiva, efecto de irradiación a todo el ordenamiento jurídico y contenido esencial. Del positivismo el neoconstitucionalismo también adopta una noción extendida porque trasciende la identificación restringida del derecho con la primacía de la ley, el principio de seguridad jurídica, la estricta separación entre las funciones y competencias de los tres poderes, la participación de otras instituciones distintas al congreso en el proceso de formación de las políticas públicas, la no vinculación del derecho con la moral, la subsunción como método de aplicación del derecho y, en últimas, con el modelo positivista del estado *legislativo* de derecho²⁹. El neoconstitucionalismo ha implicado la necesidad de contar con una nueva teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas que sirvieron de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico³⁰.

Significa, quizá por la amplitud de contenidos y pretensiones que se han reunido bajo un mismo marco conceptual, muchas cosas distintas para muchas personas que lo observan desde diferentes perspectivas políticas y disciplinares, de las cuales surgen críticas y apologías bien fundadas o infundadas, o una mezcla de ambas. Algunas de ellas incluso, aunque divergentes, pueden llegar a ser académicamente aceptables. Autores conocedores de la obra de Alexy por ejemplo han objetado su exceso de racionalismo en la configuración del principio de proporcionalidad³¹, lo cual terminaría por invalidarlo como criterio argumentativo para resolver colisiones de derechos en casos concretos. Así mismo lo retratan como iusnaturalista por el grado de vinculación que su teoría sustenta entre el derecho y la moral, por la defensa de los principios en el razonamiento jurídico³², por la igual importancia que confiere a la dimensión ideal y crítica respecto de la di-

tales hechos nuevos, por lo que debe, en consecuencia, superar a sus rivales para que pueda ser aceptada como paradigma.

²⁹ Maurizio Fioravanti, *Constitucionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma, Laterza, 2009, pp. 90-104. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 1995.

³⁰ Luis Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación”, en: *Justicia constitucional y derechos fundamentales. op. cit.* María Ángeles Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid, Thomson y Civitas, 2005.

³¹ Laura Clérico – Gustavo A. Beade (eds.) *Desafíos de la ponderación*. Bogotá, Universidad Externado, 2011.

³² Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Barcelona, Marcial Pons, 2008; “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*

mensión real o fáctica³³ del derecho, y por suscribir la tesis radbruchiana del entuerto legal conforme a la cual la injusticia extrema no es derecho.

No es del interés de este trabajo plantear una crítica a las distintas posiciones que se han tomado a favor o en contra del neoconstitucionalismo. A nivel de la discusión jurídica local se pretende realizar algún aporte debido a la amplia revisión de bibliografía primaria y secundaria, así como al intento de presentación sistematizada y organizada por categorías de análisis. El cometido es entonces analítico pero sobre todo descriptivo. Los argumentos que presentan los autores neoconstitucionalistas contra cierta versión del positivismo jurídico o contra las interpretaciones conservadoras y retardatarias de la Constitución, permiten fundamentar posiciones liberales y progresistas en el marco de las principales discusiones jurídicas en la actualidad en América Latina.

García Figueroa afirma que el neoconstitucionalismo es una doctrina integral que reconstruye el modelo jurídico de los ordenamientos jurídicos de los estados constitucionales con dos propósitos: elevar conclusiones sobre la naturaleza del derecho en un plano conceptual o justificar normativamente ese modelo. Podríamos distinguir entonces entre un neoconstitucionalismo conceptual y un neoconstitucionalismo normativo: el primero redefine la teoría del derecho al cuestionar los principales cimientos teóricos e ideológicos sobre los que se estructuró el discurso jurídico durante décadas. El segundo estructura una nueva política del derecho al objetar muchos presupuestos positivistas como la no necesaria vinculación entre el derecho y la moral, la consideración de las reglas como el tipo de normas principales en un ordenamiento jurídico, la centralidad de la ley proveniente del poder legislativo, el principio de seguridad jurídica y la menor intensidad en la colaboración entre las ramas del poder público para la realización de los fines del Estado³⁴.

No. 32, 2009. Jan Sieckmann (ed.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Barcelona, Marcial Pons, 2011.

³³ Lo cual equivale a igualar en la práctica el ideal de la corrección moral del derecho con los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y con la eficacia social, y el ideal en el de la corrección moral. “Quien define el Derecho exclusivamente por medio de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sostiene un concepto positivista de Derecho. En cuanto añadimos la corrección moral como tercer elemento necesario, el cuadro cambia de un modo fundamental: surge un concepto no positivista de Derecho”. Robert Alexy, “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”. *op. cit.*

³⁴ Casi todos los que suscriben el primer tipo de neoconstitucionalismo lo hacen con el segundo, pero no todos los que suscriben el segundo podrían ser considerados defensores del primero. Hay quienes si bien defienden los ordenamientos jurídicos constitucionalizados con principios jurídicos vinculantes en las constituciones y jueces que deben hacer algo más

La distinción entre un neoconstitucionalismo conceptual y un neoconstitucionalismo normativo resulta relevante para enmarcar el proyecto que se acomete aquí, toda vez que conforme al neoconstitucionalismo conceptual que edifica su teoría del derecho a partir de la reconstrucción de los sistemas jurídicos que rigen los estados constitucionales, es posible distinguir a su vez entre dos tipos de neoconstitucionalismo conceptual: un neoconstitucionalismo de alcance general y un neoconstitucionalismo de alcance particular³⁵. Esta sub-distinción permite comprender los grados en los cuales se han alcanzado los objetivos de investigaciones donde no interesa tanto defender un primer tipo de neoconstitucionalismo en su configuración epistemológica, solidez teórica y coherencia ideológica, sino describir y analizar cómo se han implementado de forma gradual y distinta los principales elementos medulares del neoconstitucionalismo transnacional en formas locales de comprender, enseñar y aplicar el derecho.

A partir de un análisis de este tipo de pueden extraer conclusiones acerca de la validez del derecho pero se restringen sus alcances a un sistema jurídico concreto. Para contribuir a su correcta y comprehensiva descripción, se procuran acometer estas tareas a partir de una descripción de la forma en la cual han sido receptados aspectos medulares del mismo. Se podría en tal caso contribuir a resolver dudas empíricas sobre la concreción de tesis y doctrinas de extendida circulación transnacional, así como a determinar las cuestiones sobre las cuales descansa en última instancia la aceptación o el rechazo del neoconstitucionalismo; en particular proporciona un adecuado marco de referencia para pensar acerca de las diversas cuestiones que confluyen dentro del canon y su recepción. En este sentido, permite además refutar algunas críticas que parten de descripciones parciales o interpretaciones selectivas.

El pragmatismo hace parecer más prometedor el neoconstitucionalismo conceptual de alcance particular, porque impondría enfrentar sustantivos problemas de fundamentación defender un neoconstitucionalismo conceptual de alcance general. Mathias Reimann por ejemplo se lamentaba porque la comunidad académica en el derecho comparado no había sido capaz de ponerse de acuerdo acerca de un canon, de un mínimo cuerpo doctrinario, sobre las obras y, sobre todo, de sus cuestiones y temas centrales³⁶. La

que la mera legislación negativa, no admiten que ello deba invalidar el positivismo jurídico. Pienso aquí en Luigi Ferrajoli, Pedro Salazar Ugarte y Gloria Lopera Mesa.

³⁵ Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid, Trotta, 2009.

³⁶ Mathias Reimann, "The Progress and Failure of Comparative Constitutional Law in the Second Half of the Twenty Century", en: *50 American Journal of Comparative Law*, 2002.

falta de un canon, de un estándar, ha derivado en que haya parecido académicamente aceptable para muchas personas realizar casi cualquier tipo de comparaciones, por parte además de cualquiera sin que fuera siquiera jurista, sólo porque “es mejor eso que nada”³⁷. Los profesores italianos que empezaron a organizar en un marco conceptual de obras e inquietudes doctrinarias, metodológicas e ideológicas una forma renovada de considerar los cometidos y desafíos de un nuevo constitucionalismo, han procurado precisamente sistematizar las principales preocupaciones que, relativas sobre todo a la interpretación Constitucional y los conflictos en la aplicación de derechos, eran transversales a muchos de los autores que configuran un canon neoconstitucional trasnacional.

V. VERSIONES

1. *El neoconstitucionalismo como teoría jurídica*

Una serie de tesis relacionadas con el positivismo teórico son objetadas y reformuladas por la teoría jurídica del neoconstitucionalismo. En primer lugar se encuentra la teoría de las fuentes del derecho, pues desde la supremacía de la Constitución se reformula la posición de la ley en el sistema de fuentes, perdiendo su posición monopólica como creadora de derecho, lo cual modifica a su vez las relaciones de los poderes públicos con la jurisprudencia. Se favorece una apertura a la pluralidad de fuentes del derecho, sobre todo a la jurisprudencia, ya que se asiste a un tránsito de la Constitución como límite al orden jurídico hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales³⁸, en el entendido de que la Constitución es un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público. Se asiste en el neoconstitucionalismo a una ampliación de los contenidos constitucionales materiales.

El neoconstitucionalismo cuenta con una propia teoría de las normas en la medida en que plantea la existencia de diversos tipos de enunciados normativos no reducibles a una estructura común, destacando entre ellos el papel de los principios en el razonamiento jurídico. Debido a que el reco-

³⁷ Ibídem. Véase también de su autoría, “Comparative Law and Neighboring Disciplines”, en: Mauro Bussani – Ugo Mattei (eds.) *The Cambridge Companion to Comparative Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

³⁸ Josep Aguiló, “Sobre la Constitución en el Estado Constitucional”, en: *Doxa* No. 24, Alicante. 2001, pp. 454 y 456.

nocimiento de la discrecionalidad judicial es sometido a revisión por cierto sector de la filosofía jurídica, dentro del cual resulta especialmente significativa la tesis de la unidad de respuesta correcta sostenida por Dworkin, en el neoconstitucionalismo se reconoce una particular teoría de la interpretación y se propicia el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica en un intento por racionalizar con medidas como el principio de proporcionalidad la decisión judicial en casos difíciles.

Comanducci sustenta que el constitucionalismo es una ideología dirigida a limitar el poder y garantizar una esfera de derechos fundamentales, mientras que el neoconstitucionalismo no se presenta de manera exclusiva como ideología, metodología o teoría, sino de forma concurrente con estos tres aspectos. Barberis lo caracteriza como una posición filosófico-jurídica para la cual es inexistente la distinción necesaria o conceptual entre el derecho y la moral, la cual en el contexto italiano comienza a perfilarse a partir de las críticas dirigidas contra el positivismo en la década de 1970 por Sartori y Matteucci, y que en general recibirá un impulso definitivo más adelante bajo la influencia de Dworkin y Alexy.

El neoconstitucionalismo representa una serie de cambios de matices en el discurso constitucional, los cuales supondrán que el Estado deberá de forma paulatina aumentar el número de tareas que tradicionalmente realizaba, tales como la protección de los clásicos derechos de libertad y de defensa, así como la mera consagración de derechos en una Constitución sin valor normativo pleno y, por tanto, sin fuerza vinculante en sus provisiones hacia terceros. Antes lo dogmático estaba supeditado a lo orgánico, la misma razón de ser de lo orgánico es lo dogmático. En otras palabras, el Estado aparato existe para realizar los fines del Estado dentro de los que se destaca la garantía a los derechos. La jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley sino la ley en los derechos. Ya no son los derechos los que tienen que sujetarse a la ley, sino que la ley tiene validez en la medida que respete los derechos. Los valores y principios que se incorporaron en la Constitución orientan las formas idóneas y legítimas de interpretarla.

El constitucionalismo ha operado históricamente desde una tradición de escepticismo frente a los poderes establecidos. Acentúa la dimensión de límite al poder³⁹, por lo cual se entiende que la única protección demandada al Estado era por derechos de defensa y derechos de libertad. La consolidación del estado constitucional luego de la segunda mitad del siglo XX, cons-

³⁹ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982. Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998. Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

tituye una aproximación de las vertientes garantista y dirigente del constitucionalismo, los cuales hasta entonces habían tenido recorridos separados⁴⁰. De la primera se retoma la fuerza normativa de la Constitución y su garantía jurisdiccional. La dimensión dirigente se refleja en el recurso a la Constitución como instrumento de realización de un proyecto de Estado que en general se propone superar el estado de cosas realmente existente. Antes las constituciones consagraban fundamentalmente contenidos programáticos que establecían las instituciones del poder público, sus funciones y competencias. El neoconstitucionalismo, que amplía de forma complementaria en vez de excluyente los contenidos del constitucionalismo tradicional, se puede sustentar como una forma sustantivada de constitucionalismo.

La forma de Estado que se enmarca en una democracia constitucional, trae consigo importantes transformaciones en los sistemas jurídicos que suscitan la revisión de la teoría del derecho tradicional de impronta positivista, lo cual amplía el discurso del constitucionalismo para desarrollar una teoría y metodología jurídicas que puedan responder a la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. De ahí por ejemplo que se reconozca unánimemente que no sólo hay reglas que, con una estructura condicional hipotética, se aplican silogísticamente mediante una subsunción, sino también otro tipo de normas con una estructura de principios que se aplican mediante la ponderación según las circunstancias jurídicas y fácticas existentes.

El neoconstitucionalismo ha implicado la necesidad de contar con una renovación de la teoría del derecho que se distinga de los fundamentos teóricos iuspositivistas que sirvieron de marco al estado de derecho decimonónico, producto de la singularidad del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra⁴¹. Desde la génesis del neoconstitucionalismo se encuentra el cometido de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas afines en su aproximación al fenómeno jurídico, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho contemporánea, que presentan identidades y diferencias teóricas. El neoconstitucionalismo se opone explícitamente al iuspositivismo pero al mismo tiempo trata de desmarcarse del iusnaturalismo.

⁴⁰ Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid: Trotta, 1996, p. 130. Luis Prieto, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s). op. cit.*

⁴¹ Luis Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación”, en: *Justicia constitucional y derechos fundamentales. op. cit.*; “El constitucionalismo de los derechos” y “Réplica a Juan Antonio García Amado”, ambos en: Miguel Carbonell (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. op. cit.* María Ángeles Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid, Thomson y Civitas, 2005.

Las tareas de integración y legitimación política que se deben cumplir en el estado constitucional, conducen a que también el constitucionalismo contemporáneo se proyecte en el plano ideológico como una doctrina de justificación de dicho modelo estatal⁴². Sin abandonar la dimensión de límite al poder, el neoconstitucionalismo asume una dimensión a partir de la cual cuestiones que antes estaban fuera de su horizonte de problemas, porque el Estado sólo debía velar por la seguridad, la protección de la propiedad privada y la garantía a la configuración de la voluntad general, empiezan a resurgir como los aspectos distintivos de una vigorizada forma de organización jurídico-política. Esta faceta se refleja sobre todo en contextos, como los integrados por los países iberoamericanos que se caracterizan por profundas condiciones de desigualdad estructural en el ingreso, déficit en la protección de derechos mínimos y falencias en la real representación política, en los cuales por lo tanto hay un profundo descontento por la situación del presente de la respectiva sociedad.

Escribe Fioravanti que “la doctrina del constitucionalismo ya no puede ser sólo doctrina del gobierno limitado sino también doctrina de los deberes del gobierno”⁴³. Se presenta ahora como doctrina de justificación, como una teoría y una metodología del derecho referidas al estado constitucional. Esto avala, en consecuencia, el uso de la expresión neoconstitucionalismo para destacar las diferencias entre el discurso constitucional actual y el hilo conductor que ha caracterizado el constitucionalismo tradicional. Conviene entonces caracterizar al neoconstitucionalismo desde tres versiones.

2. *La versión metodológica o conceptual del neoconstitucionalismo*

Esta versión se dirige hacia una revisión del concepto de derecho y del modelo de ciencia jurídica propias del positivismo. Para Comanducci el neoconstitucionalismo surge en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho y a su vez pretende superar al positivismo y plantearse como alternativa al iusnaturalismo. Las tesis de la neutralidad, la separación conceptual entre derecho y moral, la adopción del punto de vista externo y el papel eminentemente descriptivo de la ciencia jurídica, han sido merecedoras de críticas por un sector de la filosofía jurídica y la dogmática constitucional para el cual la incorporación de principios consti-

⁴² Gloria Lopera Mesa, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*. Cuaderno de Investigación No. 16. Universidad EAFIT, Medellín, 2004.

⁴³ Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996, p. 131.

tucionales en los ordenamientos jurídicos actuales es una manera de que la moral irradie el derecho⁴⁴. En efecto, las fronteras entre el derecho, la moral y la política tienden a desmoronarse en el neoconstitucionalismo no sólo por la incorporación constitucional de principios morales, sino por su uso en la argumentación y fundamentación jurisprudencial ante casos concretos de violación de derechos fundamentales.

Existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral que para algunos autores se da desde el plano de la identificación del derecho, mientras que otros la sitúan en el de la justificación. No es posible definir el derecho sin hacer referencia a la moral, pues sólo de este modo se logra diferenciarlo de otros sistemas coactivos. Las dos dimensiones real o fáctica e ideal y crítica del derecho contemporáneo, conforme a Alexy, se reflejan en la corrección moral del derecho y su contenido necesario de justicia. En este sentido dos concepciones cardinales del neoconstitucionalismo expresan la conexión necesaria entre el derecho y la moral, a saber, la argumentación jurídica y su relación con la tesis del caso especial. Nino sostiene una conexión justificatoria, pues en cuanto hecho el derecho no puede derivar su obligatoriedad de sí mismo, lo cual implicaría incurrir en una falacia naturalista. Su fuerza obligatoria depende de su justificación, y esta a su vez sólo puede apoyarse sobre principios morales, con lo cual la argumentación jurídica resulta ser, en último término, una forma de argumentación moral⁴⁵.

La conexión entre derecho y moral sostenida desde el neoconstitucionalismo se circunscribe al ámbito de los principios constitutivos. Se produce a través de las normas constitucionales, a diferencia del iusnaturalismo tradicional que concibe dicha relación norma a norma, es decir, exige la moralidad de cada norma individualmente considerada como condición de su validez jurídica⁴⁶. El neoconstitucionalismo postula una vinculación necesaria entre derecho y moral, con lo cual se diferencia de la tesis sostenida por el positivismo inclusivo que admite dicha vinculación pero sólo con carácter contingente⁴⁷. La determinación del derecho válido ya no depende sólo de

⁴⁴ Paolo Comanducci, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismos(s)*, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁵ Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 43 - 83.

⁴⁶ Gloria Lopera Mesa, *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, *op. cit.* Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México D.F., Fontamara, 1997, pp. 51-52. Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 59.

⁴⁷ Herbert L. A. Hart, "Postscriptum", en: *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre - Universidad de los Andes, 1997.

elementos formales, objetivamente verificables, sino de la conformidad de su contenido con las normas superiores de producción, lo que implica un juicio de validez material que obliga a realizar valoraciones en la esfera de lo que “debe ser” de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico. Un derecho constitucionalizado no sólo describe la Constitución, sino que además también usarla para determinar el derecho válido.

No es posible desarrollar contemporáneamente una ciencia jurídica sin valoraciones que se limite a describir el fenómeno jurídico. En este sentido podría decirse que el neoconstitucionalismo es un “concepto ético denso” que, primero, está compuesto por lo descriptivo y lo normativo, y segundo, por dicha articulación no sólo un concepto puede presentar en un momento determinado ambos rasgos, sino que lo concluyente para ser ético denso es que no se puedan separar, es decir, que en un mismo concepto esté imbricado lo descriptivo y lo normativo⁴⁸.

Concepciones normativas del derecho como el neoconstitucionalismo sustentan respecto de la democracia al interior de sistemas jurídico-políticos determinados por una Constitución, que la regla mayoritaria es un recurso necesario pero insuficiente para la adopción de decisiones justas y, de esta forma, para la legitimación de los sistemas políticos. Tal como precisó Ferrajoli, “Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular (...) El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales”⁴⁹.

El derecho contemporáneo, conforme a Alexy, no sólo tiene una dimensión real o fáctica sino también otra ideal y crítica⁵⁰. Ferrajoli sostiene que el paradigma constitucional impone a la ciencia jurídica una doble dimensión –descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico–,

⁴⁸ Hilary Putnam, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 50; “La objetividad y la distinción ciencia-ética”, en: Amartya Sen – Martha Nussbaum (eds.) *La calidad de vida*, México D.F., FCE, 1993.

⁴⁹ Robert Alexy, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en: Miguel Carbonell – Rodolfo Vázquez (eds.) *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México D.F., Siglo XXI, 2002, p. 203.

Ferrajoli entiende que los derechos fundamentales se ubican en “la esfera de lo indecible”, a lo cual otros autores se han referido como el “coto vedado” (Garzón Valdés) o como el “terreno intocable” (Bobbio).

⁵⁰ Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

estableciéndose una “circularidad normativa entre derecho y ciencia jurídica” que se explica porque “el objeto de la teoría, en los sistemas basados en el paradigma constitucional, es no sólo el derecho vigente sino también, precisamente, un modelo, o si se quiere, un proyecto de derecho —el diseñado por la Constitución— y por lo tanto no sólo el ser, sino el deber ser del derecho mismo”⁵¹. Se renuncia a la pretendida neutralidad del jurista teórico a favor de una actitud “comprometida” con el desarrollo de los valores propios del constitucionalismo. Entre las tareas de la ciencia del derecho constitucional está, conforme a Hesse, “despertar y mantener la voluntad de Constitución”⁵².

Desde la versión neoconstitucionalista sustentada por Pozzolo, se rechazan los modelos eminentemente descriptivos de las normas constitucionales porque resultan incapaces de proveer razones dentro de la labor de adjudicación. La ciencia jurídica en el neoconstitucionalismo tiene además de la tarea de describir las normas y la normatividad, así como su interpretación y aplicación, aquella relacionada con su reformulación y, a partir de allí de su reconstrucción. Las principales discusiones que suscita el neoconstitucionalismo son de forma usual normativas antes que sólo meramente descriptivas. Es lo que sugiere Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto⁵³. Propone como tareas de la ciencia jurídica la búsqueda de garantías para hacer efectivos los contenidos constitucionales⁵⁴.

3. *El neoconstitucionalismo como ideología*

Una particular filosofía política concibe al estado constitucional como un marco justo para el ejercicio del poder. Esta vertiente ideológica se fortalece por la fuerte carga axiológica de los textos constitucionales, pues el neoconstitucionalismo reafirma un tipo de Estado y un modelo de organización jurídico-política con alto contenido ideológico, en la medida en que se

⁵¹ Luigi Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2001, pp. 60 y 62.

⁵² Konrad Hesse, “Concepto y cualidad de la Constitución”, en: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 1992, pp. 73 y ss.

⁵³ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 5ta ed., 2006, pp. 33 y ss.

⁵⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 886.

adoptan el modelo axiológico de Constitución y el modelo del Estado Social de Derecho. Las nuevas constituciones son dinamizadoras de un “patriotismo constitucional”⁵⁵ que refuerza la idea de una mayor participación ciudadana en la configuración de la esfera pública y una renovación democrática del constitucionalismo. Hay que seguir nuevas formas de integración social que las sociedades complejas puedan admitir acudiendo, no a tradiciones o intereses comunes, sino a la determinación consensual de principios normativos, morales, jurídicos y políticos, que posibiliten la convivencia de las diferentes cosmovisiones del mundo y perspectivas del buen vivir entre ciudadanos que procuran habitar un mismo territorio y constituir una organización societaria común.

El sustento de un patriotismo constitucional se encuentra en los contenidos recogidos por el orden normativo según la Constitución política, tales como los derechos fundamentales y los principios estructurales del estado democrático de derecho. En las actuales sociedades multiculturales donde se consagra el respeto al pluralismo religioso, ideológico y político, este patriotismo constituye un avance de la idea de nacionalidad. La nacionalidad colombiana se construyó, a partir de la Constitución de Núñez y Caro (1886), desde una religión (la católica, apostólica y romana), una lengua (el español) y una autoridad (el poder del ejecutivo). Un aspecto transversal a las reformas constitucionales en los países de la región, de la cual Colombia fue pionera, es la nueva perspectiva sobre la nacionalidad al reconocer la unidad nacional alrededor del pluralismo, no como un mal menor sino como uno de los caracteres propios y distintivos de la condición civil latinoamericana. En este punto se articula la superación del confesionalismo como guía del Estado.

4. El estado constitucional y democrático como modelo de organización jurídico-política

Las demandas ciudadanas por seguridad, libertad e igualdad que surgieron con las revoluciones liberales y se consolidaron en las salidas del fascismo y de las dictaduras ibéricas, desembocaron en la creación de una forma distinta de organización a partir del estado social, o democrático, de derecho como modelo ideológico y formula política. Se destaca en este punto la paulatina incorporación de derechos sociales, tales como los laborales, en los textos fundamentales y el diseño de sistemas de justicia constitucional.

⁵⁵ Jürgen Habermas, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Técno, 1989; “Patriotismo de la Constitución”, en: *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Técno, 1996: 211-250.

Es precisamente en la segunda posguerra donde se afianza el estado constitucional a partir de las enseñanzas previas donde, en la práctica, las iniciativas sociales no lograron superar los confines del legalismo.

Las transformaciones que comportaron la deterioro de las columnas del orden liberal burgués desde donde se edificó el estado legislativo. Hesse destaca los cambios en la representación parlamentaria como consecuencia de la irrupción del movimiento obrero, los partidos de masas y la supresión del voto censitario⁵⁶. La expansión que han comportado las reformas constitucionales en los países de la región hacia una mayor posibilidad de participación democrática, ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonan el terreno para la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo. Si bien los contenidos del estado social existían como tal desde la segunda posguerra cuando convergieron con las formas propias del estado constitucional, lo importante en este punto es la necesidad de elevar a rango constitucional los principios que comportan las provisiones constitucionales para transformar el modelo de Estado hacia otro con un sistema político-administrativo mucho más complejo, lo cual estuvo en parte fundamental motivado por un compromiso entre fuerzas políticas para evitar la revolución o la vuelta al fascismo. En Alemania por ejemplo se consagró al inicio mismo de la Constitución, la dignidad humana como derecho inalienable y clausula inmodificable.

En Europa a principios del siglo pasado se dejó atrás el modelo de Estado liberal para darle cabida al Estado de bienestar en respuesta a las demandas de movimientos sociales, y con el antecedente del nacimiento de la seguridad social en la Alemania de Bismarck, con las leyes de seguro de enfermedad (1883), seguro contra accidentes de trabajo (1884) y seguro contra la invalidez y la vejez (1889); las revoluciones rusa y mexicana, y del *New Deal* de Roosevelt en los Estados Unidos. La inclusión de la fórmula del estado social en la Ley Fundamental de Bonn dará testimonio del consenso existente en torno a este modelo y su importancia para la refundación política de Alemania, e igual tendencia se aprecia en la incorporación, más o menos generosa, de contenidos sociales en las constituciones promulgadas en la segunda mitad del siglo XX⁵⁷.

En virtud de un modelo constitucional como el anterior, sin contenidos dogmáticos con fuerza normativa como los derechos fundamentales, no se

⁵⁶ Konrad Hesse, "Concepto y cualidad de la Constitución", en: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 1992, pp. 10 - 11.

⁵⁷ La convergencia histórica entre estado constitucional y estado social que permitirá restablecer la legitimidad de los estados europeos tras el final de la Guerra, no supone una fusión entre ambos modelos.

presentaría el fenómeno de la constitucionalización del derecho ni la expansión de los contenidos constitucionales materiales. El exmagistrado del tribunal constitucional sudafricano, Albie Sachs reconoce que “Hay una creciente aceptación en todo el mundo de que ciertos valores fundamentales de naturaleza universal deben atravesar y envolver toda actividad gubernamental, incluido el mobiliario (*furnishing*) de las condiciones básicas para que todos puedan tener una vida digna”. A su juicio, la jurisprudencia del siglo XXI se enfocará cada vez más en los derechos socio-económicos.

VI. CARACTERIZACIÓN

El uso vertiginoso del concepto en la terminología iusfilosófica y constitucional extendió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas⁵⁸. Conviene por tanto procurar una mayor claridad a partir de una caracterización que permita mostrar qué objetivo condujo al acuño del concepto y qué objeto identifica. Además de conservar los principios del Estado de Derecho –introduciendo modificaciones en algunos casos para su mejor implementación– como la separación de poderes, los importancia de los pesos y contrapesos institucionales y el principio de legalidad, el neoconstitucionalismo representa como modelo el final de un largo camino hacia el gobierno del derecho en lugar del gobierno del poder, es decir, el fin del enfrentamiento entre el Derecho del Estado y el Estado de Derecho.

Una mayor claridad expositiva y un mayor rigor descriptivo permitirán avanzar hacia una consideración real de los límites y las potencialidades de sus doctrinas medulares, como la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales y las renovadas consideraciones de la jurisprudencia como fuente del derecho. Podemos no obstante reconstruir sus tesis medulares para observar un canon neoconstitucional que transversaliza la práctica, la concepción y la enseñanza del derecho. En tres grupos se pueden reunir las tesis medulares del neoconstitucionalismo.

1. *Constitución*

Se reconoce un tipo de Estado y un modelo de organización jurídico-política con alto contenido ideológico, en la medida en que se adoptan el

⁵⁸ Susanna Pozzolo, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, *op. cit.*

modelo axiológico de Constitución y el modelo ideológico del Estado Social, o constitucional, de Derecho.

- i. El neoconstitucionalismo constituye una “nueva cultura jurídica”. Se incorporan a las constituciones principios morales. La constitución está cargada de un valor intrínseco: es un valor en sí.⁵⁹
- ii. Además de normas orgánicas que establecen los parámetros básicos de los organismos del Estado y la organización del poder público, las nuevas constituciones consagran numerosas normas de carácter dogmático que garantizan los derechos de los ciudadanos frente al Estado y los poderes privados. El contenido de la constitución es sustantivo.
- iii. Como novedad determinante se cuenta el que las constituciones contemporáneas contienen un catálogo de derechos que no sólo está integrado por los clásicos de libertad, sino también por derechos sociales.
- iv. En tanto norma jurídica la constitución posee un atributo hasta ahora atribuible a las normas legislativas, a saber, la fuerza normativa superior en el sistema, en tanto se trata no ya de una norma para validar o invalidar la adscripción de otras normas de inferior jerarquía como pertenecientes al sistema jurídico. La constitución es una norma jurídica propiamente cuyos mandatos son obligatorios e impositivos, en lugar que meramente declarativos o programáticos.
- v. Mediante la aplicación directa de la constitución por su fuerza normativa y a partir de la fuerza vinculante de los derechos, se constituye en un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público. Las normas dogmáticas determinan aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer, así como qué es lo que deben hacer.
- vi. Además de imponer límites al legislador respecto de cómo realizar los trámites de los proyectos de ley y de reforma constitucional, amplían las exigencias a todos los poderes del poder público y los órganos de control, por lo cual asistimos a un tránsito de la forma de concebir a la Constitución como un límite al orden jurídico, hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales⁶⁰.

⁵⁹ Mario Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*. Bolonia, Il Mulino, 1994, p. 14.

⁶⁰ Josep Aguiló, “Sobre la Constitución en el Estado Constitucional”, en: *Doxa* No. 24, Alicante, 2001, pp. 454 y 456; “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo

- vii. La Constitución condiciona además de las fuentes del derecho (legislación, jurisprudencia y doctrina), la acción de los actores políticos. Un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución “invasiva”⁶¹. El orden valorativo que representan las provisiones iusfundamentales no sólo vale para todos los ámbitos del derecho, sino que también proporciona directrices e impulsos para la legislación⁶².
- viii. La Constitución se interpreta sistemáticamente en vez que de manera aislada en sus disposiciones. Los jueces asumen en su actividad que el sentido de las provisiones iusfundamentales se extrae concibiendo a la Constitución como un todo, en lugar que como una agregación de normas que se interpretan una por caso. Se articulan directamente en la interpretación para resolver un caso diversas disposiciones jurídicas con principios fundamentales (Estado social de derecho) y tesis doctrinarias (efectividad de los derechos sociales, por ejemplo).
- ix. La normativa se debe interpretar conforme a los mandatos constitucionales. Cuando hay una disyuntiva interpretativa donde ambas opciones son admisibles, se debe optar por aquella favorable a algún mandato constitucional.
- x. La Constitución debe ser rígida, es decir, debe tener altas exigencias para su propia reforma.
- xi. Las nuevas constituciones comportan una nueva perspectiva sobre la nacionalidad, ya que los textos constitucionales tendían a homogeneizar a las personas según criterios determinados. Actualmente, no sólo se elimina la homogeneización vía normatividad, sino que se reivindica el pluralismo como uno de los caracteres propios y distintivos de la identidad civil latinoamericana.
- xii. Las constituciones promulgadas en las últimas décadas en los países latinoamericanos, no organizan exclusivamente el Estado en sus organismos, funciones y competencias, sino que también reflejan un descontento con la situación actual de sus sociedades, por lo cual consagran normativamente un tipo de sociedad a la que se aspira mediante la inclusión de numerosas disposiciones-provisiones de rea-

y las concepciones de la Constitución”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, op. cit.

⁶¹ Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*. México D.F., IJJ-UNAM – Fontamara, 3ra ed., 2007.

⁶² El punto central del sistema valorativo objetivo lo constituye el derecho general a la personalidad y la dignidad humana. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 1997, pp. 507 y ss.

lización progresiva. En este sentido, las constituciones latinoamericanas contemporáneas son “aspiracionales”⁶³.

- xiii. Además de reglas, las constituciones están integradas por principios, los cuales se representan conspicuamente en las provisiones contenidas en los derechos fundamentales. De forma conjunta con las normas que organizan los poderes públicos, las constituciones democráticas contemporáneas contienen otra clase de normas, aquellas que tanto limitan como encauzan el poder estatal: los derechos fundamentales⁶⁴.
- xiv. Las tesis sobre el valor normativo de la constitución y la fuerza vinculante de los derechos, así como la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, comportan dos ideas: la constitución no está dirigida solamente a las autoridades públicas, es decir rige también las relaciones entre particulares, y todos los jueces pueden aplicar la Constitución. La Constitución influye de forma determinante las relaciones políticas.

2. *Derechos*

- i. Los derechos fundamentales constituyen en el paradigma neoconstitucional la principal muestra de la densidad normativa de la constitución y, a su vez, son la categoría que permite distinguir entre dos paradigmas: el positivista o kelseniano y el neoconstitucional.
- ii. Los derechos fundamentales existen como parte del derecho positivo, es decir, tienen valor normativo pleno en lugar de ser normas programáticas que serán eventualmente desarrolladas por el legislativo. Como las disposiciones de los derechos fundamentales delimitan su contenido, son el principal elemento de la estructura de estos derechos⁶⁵. A partir de la institucionalización de los derechos en la Constitución, existen en el mundo jurídico, lo cual adquiere actualmente preponderancia respecto de su fundamentación moral.

⁶³ Mauricio García Villegas, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en: Mauricio García Villegas – César Rodríguez – Rodrigo Uprimny, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá, Norma, 2006.

⁶⁴ Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, op. cit.

⁶⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2da ed., 2008.

- iii. Se producen múltiples mundos constitucionalmente posibles como consecuencia de la naturaleza normativa de la constitución y de su contenido sustantivo (amplio catálogo de derechos y principios que vincula como eje del análisis constitucional). El lenguaje en el que se expresan los derechos es indeterminado, o de “textura abierta”⁶⁶.
- iv. La transformación del constitucionalismo secundó en un primer momento una vigencia vertical de los derechos fundamentales, la cual concentraba el efecto normativo de los derechos sólo en las acciones entre los entes públicos y los ciudadanos. Además del efecto de irradiación, los derechos fundamentales tienen eficacia horizontal o hacia particulares.
- v. La tesis de la irradiación de los derechos fundamentales al ordenamiento es correlativa a la tesis de la constitucionalización del derecho. La fuerza expansiva de los derechos y la labor judicial de garantizar la integridad de la Constitución, hacen que las prescripciones contenidas en los derechos irradien todas las normas.
- vi. Respecto del efecto de irradiación de los derechos fundamentales y la constitucionalización del derecho, los derechos fundamentales influyen todo el derecho en las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, pero también cuando regulan las relaciones jurídicas entre los particulares. Constituyen una pauta para todos los organismos que aplican el derecho⁶⁷.
- vii. Los derechos sociales en tanto normas fundamentales son justiciables judicialmente. Ya no están necesariamente sujetos a leyes que los garanticen y desarrollen.
- viii. El aumento del número y el tipo de derechos en las constituciones contemporáneas, vía reforma al texto o vía desarrollo jurisprudencial, ha estado acompañado por la creación de mecanismos judiciales para propender por su efectiva garantía. La más significativa invención procesal es el recurso de amparo (o, como se denominó en Colombia, acción de tutela). Como mecanismo autónomo para la protección de los derechos, la tutela ha propendido en parte fundamental por la garantía de la eficacia real de los postulados progresistas de la Constitución.

⁶⁶ Hart L. A. Hart, “The Open Texture of Law”, en: *The Concept of Law*. Oxford University Press, 2da ed., 1994.

⁶⁷ Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en: Ernst Benda – Weber Maihofer – Hans-Jochen Vogel – Konrad Hesse – Wolfgang Heyde (eds.). *Manual de derecho constitucional*. Barcelona, Marcial Pons, 1996, p. 93.

- ix. Los derechos fundamentales tienen un “contenido esencial”, es decir, si bien por no ser absolutos ceden y se restringen en casos concretos, hay un límite a la restricción que se gradúa desde su conformidad constitucional y a partir del examen de proporcionalidad.
- x. Como además de reglas los sistemas jurídicos contienen principios, adicionalmente a la subsunción como mecanismo metodológico para la aplicación del derecho, hay que contar con otro mecanismo para aplicar los principios. Este mecanismo es la ponderación que, como forma de argumentación, permite construir una jerarquía relativa de los principios respecto del caso concreto.
- xi. En el contexto más general de la ponderación, el principio de proporcionalidad es un examen para controlar las restricciones en derechos fundamentales que descalifica las intervenciones que suponen un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los mismos. Controla la actividad de los poderes públicos que incide en la órbita de tales derechos. Es una herramienta de interpretación y argumentación constitucional orientada a establecer el contenido definitivo de los derechos fundamentales que resulta vinculante.
- xii. Valen tanto para el juez como para el legislador las razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias que suministra una Constitución sustantiva⁶⁸. En los casos en los cuales la constitución habla con muchas voces, los tribunales tienen que desplegar el significado normativo implícito en los derechos para determinar su contenido prescriptivo y resolver así la nueva situación que se somete ante la composición jurisdiccional.

3. *Poder judicial y jurisprudencia*

- i. El poder judicial es poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución *Política*. En 1848 el constitucionalista chileno, José Victorino Lastarria, afirmaba que como todos los demás poderes, el poder judicial es un verdadero poder político del Estado⁶⁹.
- ii. El poder judicial es entonces un verdadero poder público del Estado porque el derecho aumentó el ámbito de sus competencias en la me-

⁶⁸ Luis Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, en: Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, op. cit.

⁶⁹ José V. Lastarria, *Elementos de derecho constitucional*, 1848. Agradezco esta referencia a Jorge Contesse.

dida en que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional. El rol judicial consiste en la interpretación peor también en la creación y en el desarrollo del derecho, así como en la protección de la Constitución.

- iii. A la renovación en las prácticas jurisprudenciales, incluso más que a la consagración constitucional de los derechos, se debe su aplicación efectiva. La consagración de los derechos es un presupuesto de su efectividad, pero la garantía en sí misma es deudora del rol comprometido con los derechos de los jueces constitucionales.
- iv. La jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley, sino la ley en los derechos. En Colombia bajo la Constitución anterior, de 1886, las normas sobre derechos tenían un valor meramente programático, razón por la cual los derechos sólo valían en el ámbito de la ley⁷⁰, pero hoy por el contrario las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos.
- v. Desde el constitucionalismo del estado de derecho, la jurisprudencia denotaba fundamentalmente un conjunto de decisiones judiciales reiteradas tomadas con antelación y sin carácter obligatorio para casos futuros. En la actualidad se ha involucrado decisivamente en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares.
- vi. La jurisprudencia ha pasado a ejercer una notable influencia en las formas tradicionales de comprender el derecho. Se ha constituido en muchos casos en fuente primaria de la conciencia jurídica, es decir, en la principal fuente de la manera como se comprende el derecho en el ámbito académico y profesional.
- vii. Como factor determinante de la labor judicial, la jurisprudencia ha instituido las técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales recientes de la concepción y, fundamentalmente, la aplicación de los derechos constitucionales en procura de maximizar sus efectos normativos y reducir las arbitrariedades al momento de su concreción, tales como principalmente el juicio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad.
- viii. Las transformaciones en la forma de concebir el derecho a las que procura responder el neoconstitucionalismo, tienen que ver también

⁷⁰ En Colombia el legislador de entonces ordenó incluir la carta de derechos de la Constitución al inicio del Código Civil.

con la hasta ahora inédita posibilidad de que hayan normas formalmente válidas pero sustancialmente inválidas. Es decir, el concepto “Constitución” entendido desde una concepción lógico-jurídica no admite la invalidación de normas ante casos concretos, pero en ciertos casos los jueces deben omitir la estricta aplicación de reglas porque se generarían efectos inconstitucionales en tanto se violentarían principios fundamentales.

- ix. La labor de los tribunales y jueces constitucionales que se defiende desde las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo, respecto de la garantía jurisdiccional de la Constitución, se relaciona con la admisibilidad de la declaratoria de nulidad de leyes porque resultan violatorias de algún principio constitucional.
- x. Es democrática la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes y de las reformas constitucionales, porque contemporáneamente democracia no sólo significa mayorías (es decir, fue superada por su propia historia la idea de gobierno o poder del pueblo), sino también respeto a los derechos minoritarios. Ofende a la concepción neoconstitucionalista el argumento según el cual una decisión mayoritaria es, de forma necesaria, genuinamente democrática⁷¹.

VII. NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIONALISMO ASPIRACIONAL Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Las características medulares del neoconstitucionalismo han tenido eco efectivo en diversos sistemas jurídicos iberoamericanos. Constituciones promulgadas en las dos últimas décadas, además de limitadoras del accionar de las ramas del poder público, son esquemas para orientar su actuación; tienen fuerza normativa y un catálogo amplio de derechos fundamentales y sociales. Las constituciones con amplios catálogos de derechos y eficaces mecanismos judiciales para su protección, han sido el marco normativo para la amplia judicialización de la política que en los últimos años ha acontecido en América Latina, sobre todo en países como Colombia, Brasil y Costa Rica.

⁷¹ Hay una tensión inevitable entre el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales, en tanto aspiraciones irrenunciables y valiosas. Los mecanismos contra-mayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual. Consúltense, Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.). *El canon neoconstitucional*. *op. cit.*

Se crearon instituciones encargadas de vigilar la correspondencia de las leyes con la norma superior y, fundamentalmente, de propender a la realización de los derechos. Otras características se relacionan con la interpretación y aplicación del derecho, con el descenso de la ley del sitio que tradicionalmente ocupaba en el podio de las fuentes del derecho, el papel del juez constitucional en la creación y desarrollo del derecho, la legitimidad de la justicia constitucional, la relación entre el derecho y la sociedad, el carácter vinculante de los principios, los procesos de constitucionalización y su correlativo efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la estructura del derecho ordinario, así como la consideración de la fundamentalidad de los derechos sociales y la búsqueda de su justiciabilidad judicial. De forma conjunta con las normas que organizan los poderes públicos, las constituciones democráticas contemporáneas contienen otra clase de normas, aquellas que tanto limitan como encauzan el poder estatal: los derechos fundamentales⁷².

El neoconstitucionalismo ha tenido influjo sobre todo en los países en los cuales el descontento con las situaciones del presente han cambiado la concepción misma que históricamente se tenía de Constitución, pues de una fundamentalmente orgánica que organiza las instituciones del poder público en sus funciones y competencias, ha habido una transformación hacia otra que consagra un proyecto de país. Por esta razón las constituciones del neoconstitucionalismo se destacan, entre otras características, la consagración de un amplio catálogo de derechos mediante la precisión de derechos de libertad y la inclusión de derechos sociales, el reconocimiento de las diferencias sociales, políticas y culturales, y la apertura hacia la participación democrática y el carácter pluralista de las sociedades.

El concepto “constitucionalismo aspiracional”⁷³ tiene poder explicativo para nuestro cometido. Este concepto articula la constitución con el progreso. Contiene un catálogo de ilusiones que consagran un proyecto de país a largo plazo futuro. En este sentido, prospera en contextos donde existe inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor. Por su cometido igualitario y por el principio de efectividad real de las normas, en lugar de meramente programática, para el neoconstitucionalismo lo importante es procurar la efectividad fáctica, y no

⁷² Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, *op. cit.*

⁷³ Mauricio García Villegas, “Constitucionalismo aspiracional”, en: *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, política y humanidades*. Número monográfico: “Colombia: pasado, presente y futuro”. Año 15, No. 29 (enero – julio) 2013.

sólo jurídica, de la normativa constitucional, tal como aquella que consagra principios y derechos

Debido a la relación fácilmente identificable entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo aspiracional, la creación y el desarrollo del derecho exige mucho más que la labor del Congreso expidiendo leyes y de la Corte Constitucional estableciendo subreglas jurisprudenciales. Primero un fuerte compromiso de los movimientos sociales, la opinión pública y, en general, las fuerzas políticas que apoyaron la promulgación de la constitución o que apoyan su aplicación efectiva.

La disociación entre un constitucionalismo aspiracional y una realidad marcada por la pobreza, la desigualdad, el déficit en la realización de derechos y los problemas de representatividad política real del grueso de la población, solo se puede reducir al promover la aplicación efectiva de las provisiones constitucionales de una forma concertada entre los organismos públicos y las instituciones. La amenaza que se cierne sobre la posibilidad de realizar un verdadero cambio social desde el constitucionalismo, de conseguir mayores grados de justicia social desde el derecho, puede enfrentarse con amplios y sólidos apoyos políticos a la Constitución y los tribunales encargados de resguardar su integridad y supremacía, pues sin un compromiso social por sus instituciones se corre el flagrante riesgo de que sean neutralizadas por mayorías y de que sufran reformas que alteren su real naturaleza de realización de los derechos.

La relación entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo democrático se establece debido al principal desafío del neoconstitucionalismo⁷⁴, como es la utilización del amplio catálogo de derechos y principios constitucionales por parte del poder judicial y en particular de la jurisdicción ordinaria en su uso en todo proceso, debido en parte al carácter vinculante de los derechos y a la fuerza normativa de la constitución. Mucho puede lograrse sin duda con una buena Constitución, pero poco puede alcanzarse realmente sin la política. En los sistemas jurídicos constitucionalizados, las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que el diálogo constitucional sea fluido y constante. Quienes suscriben y defienden el neoconstitucionalismo en el marco de países con constituciones aspiracionales, deben suscribir el cambio en la metáfora sobre la democracia que propone Obama, que no es una casa que hay que construir sino una conversación que hay que mantener. Los consensos locales, la percepción de la opinión pública, las tendencias de los movimientos políticos y las organizaciones civiles deben considerarse también cuando se ponderan los principios en la interpretación de

⁷⁴ Así identifica Prieto Sanchís el principal desafío del neoconstitucionalismo frente al Estado legislativo de derecho. Véase su libro, *El constitucionalismo de los derechos*, op. cit., cap. I.

los casos difíciles. Es necesario que el texto constitucional se conciba como un proceso falible, abierto, en construcción⁷⁵. Un proceso que debe ser refrendado popularmente con el apoyo y la crítica.

El neoconstitucionalismo en el marco de países con constituciones aspiracionales exige un cambio en la cultura política relativo a la forma de realizar el cometido de las provisiones constitucionales, que no sólo reafirme un fetichismo al convertir cualquier aspiración social en norma jurídica sino al concientizar al pueblo que el logro de los fines constitucionales comporta la consolidación de los procesos políticos. El neoconstitucionalismo debe adoptar entonces una forma de constitucionalismo democrático conforme ha sido defendido por una fuerte tendencia que desde el año 2000 surgió como contrapeso al proyecto republicano de influenciar desde varios frentes la configuración del significado del derecho constitucional con un fuerte contenido conservador.

Al constitucionalismo democrático le interesa, tanto cuestionar que los tribunales encargados de los asuntos constitucionales se hayan atribuido ciertas facultades que originalmente no les fueron conferidas, como proponer un tipo de rol judicial que, si bien esté orientado por el progresismo, sea sobre todo consciente de que el significado de la constitución y en general del derecho constitucional se configura a partir de diversas interacciones: el gobierno, el congreso, el tribunal que conoce los asuntos constitucionales, las reivindicaciones de los movimientos sociales y los partidos políticos, tienen conjuntamente la responsabilidad, no solo de hacer cumplir las normas constitucionales, sino también de contribuir a configurar el significado del derecho constitucional. El constitucionalismo contemporáneo debe ser sensible o receptivo a estas instancias porque de esta interacción depende, en últimas, su legitimidad. En los sistemas jurídicos constitucionalizados las democracias necesitan de un Estado de derecho fuerte, pero también que este diálogo sea fluido y constante.

En países como Colombia donde muchas veces pareciera que la tensión entre el constitucionalismo (los derechos y valores) y la democracia (las mayorías) se resuelve en sede exclusivamente judicial tiene particular importancia este punto que reivindica el constitucionalismo democrático, pues pareciera que los magistrados de las altas cortes han monopolizado la interpretación constitucional y que, entonces, el progreso social se puede alcanzar ante la sede judicial y sin responder a la movilización política⁷⁶.

⁷⁵ Véase, Jürgen Habermas, “La soberanía popular como procedimiento”, en: *Revista Foro*, No. 12, Bogotá, 1990; así como *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998.

⁷⁶ Robert Post – Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático*. ed. acad. y trad., Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

CAPÍTULO XXI

CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Luigi FERRAJOLI*

SUMARIO: I. *El constitucionalismo entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una propuesta de revisión terminológica.* II. *El constitucionalismo principialista y/o no positivista.* III. *El constitucionalismo garantista como iuspositivismo reformado. Positivismo jurídico y democracia.* IV. A) *Una crítica al anti-iuspositivismo principialista y a la tesis de la conexión entre derecho y moral.* V. B) *Una crítica a la contraposición entre principios y reglas. El debilitamiento de la normatividad de las constituciones.* VI. C) *Conflictos entre principios y ponderación.* VII. *La normatividad fuerte de las constituciones según el constitucionalismo garantista.*

I. EL CONSTITUCIONALISMO ENTRE IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. UNA PROPUESTA DE REVISIÓN TERMINOLÓGICA

Existen diversas concepciones de la constitución y del constitucionalismo jurídico. Un rasgo común a todas ellas puede encontrarse en la idea de la subordinación de los poderes públicos —incluido el legislativo— a una serie de normas superiores, que son las que en las actuales constituciones establecen derechos fundamentales. En este sentido, el constitucionalismo, como *sistema jurídico*, equivale a un conjunto de límites y vínculos sustanciales, además de formales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por parte de normas supra-ordenadas; y, como *teoría del derecho*, a una concepción de la validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a

* Este artículo apareció originalmente en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 15-53. Traducción de Nicolás Guzmán.

la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos.

Por otro lado, más allá de este tratamiento común, el constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, etiquetada comúnmente de “neoconstitucionalista”, es, con toda seguridad, la más difundida. La finalidad de esta intervención es sostener, por el contrario, una concepción del constitucionalismo estrictamente “iuspositivista”¹, entendiendo por “positivismo jurídico” una concepción y/o un modelo de derecho que reconozcan como “derecho” a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por lo tanto, de su eventual injusticia².

¹ Luis Prieto Sanchís ha señalado las diferencias más relevantes entre estas dos concepciones del constitucionalismo en “La teoría del derecho de *Principia Iuris*”, en G. Marcilla Córdoba (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, pp.15-42 y en Id., “*Principia iuris: una teoría del derecho no neo-constitucionalista para el Estado constitucional*”, en T. Mazzarese (ed.), *Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre Principia iuris de Luigi Ferrajoli*, en *Doxa*, n. 31, 2008, pp. 325-353. A estas intervenciones de Prieto —como así también a la invitación de Luis Streck a desarrollar una intervención sobre el constitucionalismo en el Congreso brasileño de derecho constitucional, llevado a cabo en Curitiba los días 20-22 de mayo de 2010— debo el estímulo para escribir este ensayo. Agradezco a Tecla Mazzarese sus penetrantes críticas y sus valiosos consejos, algunos de los cuales me indujeron a realizar relevantes precisiones, mientras que otros quedaron al margen porque son expresión de verdaderos disensos.

² Así, H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), tr. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano 1959, parte primera, X, B, a, p. 115 [trad. cast. de E. García Máynez, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1949]: la “positividad” del derecho “reside en el hecho de que es creado y anulado por actos de seres humanos”; Id., *Reine Rechtslehre*, [1960], tr. it. de M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1966, cap.V, § 34, i, p.247 [trad. cast. de R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979]: “No se puede negar la validez de un ordenamiento jurídico positivo a causa del contenido de sus normas. Este es un elemento esencial del positivismo jurídico”; H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, (1961), tr.it. de M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, cap.IX, § 1, p. 217 [trad. cast. de G. R. Carrió, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968]: “Entenderemos por positivismo jurídico la simple tesis según la cual no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan y satisfagan ciertas exigencias de la moral, aunque en la realidad hayan hecho esto”; Id., “Positivism and the Separation of Law and Morals” (1958), tr.it., “Il positivismo e la separazione tra diritto e morale”, (1958), en *Contributi all'analisi del diritto*, ed. de V.Frosini, Giuffrè, Milano 1964, § 2, pp.119-120, nota, donde el segundo de los cinco posibles significados de positivismo se descubre como la “afirmación de que no existe conexión necesaria entre derecho y moral”. Recuérdese también la máxima hobbesiana, citada *infra* en la nota 37, “*authoritas non veritas*”—que equivale a decir la forma de producción y no el contenido producido— “*facit legem*”, en oposición a la máxima iusnaturalista “*veritas, non authoritas facit legem*”. En cambio, la noción aquí formulada corres-

Antes, sin embargo, me parece oportuno proponer una revisión terminológica. En los dos sentidos que acabo de distinguir, el constitucionalismo “jurídico” o, si se prefiere, el “ius-constitucionalismo”, designa un sistema jurídico y/o una teoría del derecho, ambos ligados a la experiencia histórica del constitucionalismo del siglo XX, tal como se afirmó con las constituciones rígidas de la segunda posguerra. Algo completamente distinto es el constitucionalismo “político” —moderno pero también antiguo— como práctica y como concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad³: en este sentido, tanto

ponde sólo en parte al primero y al segundo significado, y no corresponde en absoluto al tercer significado de “positivismo jurídico”, de los que distingue N. Bobbio en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, cap.V, pp.103-114. Precisamente: a) corresponde sólo parcialmente a la noción del positivismo como “aproximación al estudio del derecho”, con la cual tiene en común la tesis de que el jurista debe ocuparse sólo del “derecho tal como es”, y no del “derecho tal como debe ser” moral o políticamente, pero se aleja de ella porque requiere también el estudio del “derecho tal como debe ser” jurídicamente, que, en los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, forma parte del “derecho tal cual es”; b) no corresponde enteramente a la noción del “positivismo jurídico” como “teoría”, que describe el “derecho como hecho”, es decir, como el conjunto de las reglas “puestas directa o indirectamente por órganos del Estado”, de la que se aleja, al no poderse admitir hoy, con el fin del monopolio estatal de la producción jurídica, su “común identificación... con la teoría estatista del derecho”; c) finalmente, no corresponde en absoluto al tercer significado atribuido por Bobbio, el del positivismo como “ideología”, según el cual el derecho existente, sólo por esto, es también “justo”: concepción que, en realidad, no es en absoluto iuspositivista, está en contraste con las dos primeras y no se ha sostenido nunca, pero, sin embargo, ha sido fuertemente rechazada por todos los clásicos del positivismo jurídico: desde Bentham hasta Austin, Kelsen, Hart y el mismo Bobbio.

³ Es el sentido de, por ejemplo, Maurizio Fioravanti, quien identifica el constitucionalismo con un “movimiento de pensamiento” que “se afirma en el contexto del proceso de formación del estado moderno” y, al mismo tiempo, con “la segunda cara”, el “segundo lado del Estado moderno europeo”, junto con la “concentración del poder de imperium sobre el territorio” (M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 5, 90, 149; ver también Id., *Costituzione*, Il Mulino, Bologna 1999 [trad. cast. de M. Martínez Neira, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001]). Análoga es la caracterización del constitucionalismo ofrecida por G.Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, Giappichelli, Torino 1990 y aquella ofrecida por M.Troper, “Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XVIII, 1, 1988, pp. 61-62 y retomada por T.Mazzarese, “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo”, en Id. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002, p.11. Todavía más difundida es la noción de constitucionalismo propuesta por Mario Dogliani, quien subraya la continuidad del constitucionalismo moderno con “un conjunto de institutos... diseminados en el curso de los siglos en experiencias políticas muy diversas”, tanto que es legítimo “ligar al constitucionalismo antiguo con el moderno, como diversas formas históricas... de una tradición milenaria que nunca cesó de reelaborar y experimentar su núcleo normativo” (M. Dogliani, “I diritti fondamentali”, en M.Fioravanti (ed.), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza,

los límites a los poderes como las garantías de las libertades, son límites y garantías reivindicados y acaso realizados como límites y garantías *políticas externas* a los sistemas jurídicos, y no, ciertamente, como límites y garantías *jurídicas internos* a los mismos. Sin embargo, es en oposición a esta noción política de constitucionalismo como se ha venido afirmando, en el léxico y en el debate filosófico-jurídico, la expresión “neoconstitucionalismo”, referida a la experiencia jurídica de las actuales democracias constitucionales.

Por lo mismo, creo que la terminología corriente resulta, en varios aspectos, equívoca y engañosa. En primer lugar, lo es la expresión “constitucionalismo”, cuyo empleo para designar una ideología, aun cuando realizada de hecho en ordenamientos dotados de sólidas tradiciones liberal-democráticas, hace de ella un término del léxico político antes que del léxico jurídico, y no permite evidenciar el cambio de paradigma producido en la estructura del derecho positivo con la introducción de la rigidez constitucional. Pero lo es todavía más la expresión “neo-constitucionalismo”, puesto que, al referirse, en cambio —en el plano empírico— al constitucionalismo jurídico de los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, resulta asimétrica respecto del constitucionalismo político e ideológico antes aludido, que no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del derecho, sino que es poco más que un sinónimo de estado liberal de derecho. Adicionalmente, dado que, en el plano teórico, la expresión “neo-constitucionalismo” se identifica, generalmente, con la concepción iusnaturalista del constitucionalismo, no capta sus rasgos esenciales y que lo distinguen de su concepción iuspositivista, la cual resulta, de hecho, ignorada⁴. Por último, también es equívoca la

Roma-Bari 2009, p.42). Véase también, de M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1994, donde se analizan los diversos significados de “constitución” y se reconstruyen las raíces antiguas y los itinerarios históricos del “constitucionalismo” político. Dicho brevemente, se trata, del “constitucionalismo” como conjunto de principios políticos que se remontan al pensamiento griego y a la experiencia romana, afirmados luego en el medioevo y, en particular, en el derecho inglés: recuérdese el clásico ensayo sobre aquéllos de C. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), tr.it., *Costituzionalismo antico e moderno*, con introducción de Nicola Matteucci, Il Mulino, Bologna 1990 [trad. cast. de J. J. Solozábal, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991].

⁴ El término “neoconstitucionalismo” —como recuerda Tecla Mazzarese, “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo”, cit., p.2, nota 2— ha sido introducido en el léxico filosófico-jurídico por algunos filósofos del derecho genovés: S. Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa*, 21, 1998, pp.355-370; Id., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2001; P. Comanducci, “Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio”, en *Studi in onore di Franca De Marini*, Giuffrè, Milano 1999, pp.123-124; M.Barberis, “Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale”, en *Ragion pratica*, 8, 2000, pp.147-162; Id., *Filosofia del diritto. Un'introduzione*

expresión “positivismo jurídico”, en el significado asociado a ella para su-

teórica (2003), II ed., Giappichelli, Torino 2005, § 1.5, pp.27-41. Es fruto de una doble – y, a mi parecer, doblemente discutible – operación terminológica, que ilustran los trabajos antes citados y, más ampliamente, P. Comanducci, “*Forme di neo-costituzionalismo: una ricognizione metateorica*”, en T.Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo* cit., pp.71-94. La primera operación es la identificación del “constitucionalismo moderno” como una “ideología orientada a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales” que “tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo” (P. Comanducci, “*Forme*” cit., p.78): en suma, con el constitucionalismo político en el sentido ilustrado en la nota que precede. En este sentido, sin embargo, el constitucionalismo no es ni un modelo de derecho ni un enfoque teórico distinto del positivismo jurídico. Por lo demás, la referencia empírica que señala Comanducci (id., pp.71-77) está en las constituciones europeas de los siglos XVIII y XIX y, en particular, en las italianas pre-unitarias y en el Estatuto albertino de 1848, que eran constituciones flexibles sin diferencia alguna formal con las leyes ordinarias, que por ello no alteraron el paradigma del estado legislativo de derecho ni mucho menos la teoría iuspositivista del derecho asociada al mismo. La segunda operación consiste en designar con “neoconstitucionalismo” todas –y únicamente– las concepciones de la constitución y del constitucionalismo que se expresan en las formas del neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico, según la distinción propuesta por Bobbio para el positivismo jurídico, y abarcadas, aun cuando empíricamente referidas a las actuales constituciones rígidas, por la tesis de la “conexión necesaria entre derecho y moral” (id., pp.78-94). Identificado así el “constitucionalismo” con la ideología política liberal y el “neoconstitucionalismo” con la tesis anti-iuspositivista de la conexión entre derecho y moral —en el plano teórico “concurrente con la positivista” o a ella “alternativa” (ibid. p.79)— el constitucionalismo iuspositivista no tiene espacio en esta clasificación, claramente mucho menos descriptiva por ser el fruto de la superposición del viejo enfrentamiento entre (neo)iusnaturalistas y (paleo) iuspositivistas a la reflexión sobre el constitucionalismo. Bien diversa ha sido la caracterización (no del “neoconstitucionalismo” sino simplemente) del “constitucionalismo” propuesta por Luis Prieto Sanchís en *Constitucionalismo y garantismo*, Fontamara, Mexico 1997. También Prieto había distinguido, paralelamente a la distinción bobbiana de los tres tipos de iuspositivismo, entre constitucionalismo “ideológico”, “teórico” y “metodológico”, pronunciándose, en el cap.V, § 2, “en favor de una teoría del derecho y de un constitucionalismo positivista”. Una lectura en términos iuspositivistas del (neo)constitucionalismo fue ofrecida también por T.Mazzarese, “*Diritti fondamentali e neocostituzionalismo* cit.”, § 1.4, pp.14-22; Id., “Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism”, en *Associations. Journal of Legal and Social Theory*, 6 (2), 2002, pp.233-260; Id., “Juspositivismo y globalización del derecho. Qué modelo teórico en J.I.Moreso y M.C.Redondo” (eds.), *Un dialogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, Madrid 2007, pp.61-71; E.Bulygin, “Tecla Mazzarese sobre el positivismo y la globalización del Derecho”, id., pp.185-186; V.Giordano, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Esi, Napoli 2004, pp.20-22. No obstante ello, la expresión “neo-constitucionalismo”, en la acepción sustancialmente iusnaturalista más arriba ilustrada y pasivamente aceptada también por quienes defienden una lectura iuspositivista del constitucionalismo, entró en el uso corriente, hasta el punto de generar una abundante literatura que ha crecido sobre sí misma, e incluso llegó a dar el título a una serie de importantes volúmenes: además de T.Mazzarese (ed.) *Neocostituzionalismo* cit., M.Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* cit.; Id. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid 2007; R.Quaresma, M.L. De Paula Oliveira, F.Martins Riccio de Oliveira, (ed.), *Neoconstitucionalismo*, Editora Forense, Rio de Janeiro 2009.

brayar su contraposición al (neo)constitucionalismo. En efecto, pues mientras se adopta una noción ampliada del constitucionalismo, del positivismo, por el contrario, se propone una noción restringida, a través de su identificación —antes que con la idea de la positividad del derecho— con la idea de la primacía de la ley estatal y de los parlamentos y, por lo mismo, con el modelo paleo-positivista del estado legislativo de derecho⁵. De este modo, el (neo)constitucionalismo resulta concebido, antes que como un nuevo y más desarrollado paradigma iuspositivista, como una superación del propio positivismo, en sentido antipositivista.

Tal es la razón por la que creo oportuno adoptar y proponer una terminología diversa y una tipología correlativa, que hagan uso de términos homogéneos, referidos todos a la experiencia jurídica. Así, será conveniente utilizar la expresión '*ius-constitucionalismo*' o '*constitucionalismo jurídico*', o mejor aun '*estado constitucional de derecho*' o simplemente '*constitucionalismo*', para designar —en oposición al '*estado legal*' o '*estado legislativo de derecho*', privado de constitución o dotado de constitución flexible— al constitucionalismo rígido de las actuales democracias constitucionales, cualquiera sea su concepción filosófica y metodológica. En este sentido, el rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia *positiva* de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad: ya sea la estadounidense y, más en general, americana, del *control difuso*, a través de la no aplicación de las leyes constitucionalmente inválidas, debida a la estructura federal de los Estados Unidos⁶, o bien la europea del *control concentrado*, a través de su anulación, generada, en cambio, en el siglo pasado por el “nunca más” formulado frente a la experiencia de los totalitarismos fascistas.

Luego, podremos llamar *constitucionalismo iusnaturalista* y *constitucionalismo iuspositivista* a las dos concepciones del actual constitucionalismo jurídico, antes contrapuestas. Sin embargo, quienes sostienen una concepción anti-iuspositivista del constitucionalismo no siempre se consideran iusnaturalistas. Se declaran, más bien, no-positivistas o post-positivistas. En cambio, lo que tienen todos en común es que conciben gran parte de las normas cons-

⁵ Cfr., por ejemplo, M.Fioravanti, *Costituzionalismo* cit., pp.90-104; G.Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, cap.II, § 6, p.38 [trad. cast. De M. Gascón Abellán, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995].

⁶ A.Barbera, “Le basi filosofiche del costituzionalismo”, en Id. (ed.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1997, p.11, que recuerda que fue la inmodificabilidad del pacto federal por parte del Congreso la verdadera razón por la que, en el famoso caso *Marbury vs. Madison* de 1803, el juez Marshall decidió la primera inaplicación de una ley en contraste con la Constitución.

titucionales y, en particular, de los derechos fundamentales, como principios ético-políticos; y que adoptan una distinción cualitativa y estructuralmente fuerte de principios y reglas, los primeros objetos de argumentación y ponderación, las segundas objeto de aplicación en la forma de la subsunción. De otra parte, este segundo elemento, aun cuando, de hecho, es sostenido sobre todo por los iusnaturalistas⁷, no está conceptualmente conectado al iusnaturalismo, pudiendo muy bien ser aceptado por los iuspositivistas⁸.

Por ello, junto a la distinción entre constitucionalismo iusnaturalista (o no positivista) y constitucionalismo iuspositivista, será necesario formular y discutir una segunda y más importante distinción, coincidente sólo en parte con la primera, entre el que llamaré *constitucionalismo argumentativo o principialista* y el que cabe denominar *constitucionalismo normativo o garantista*⁹. La

⁷ Véase, *infra*, la nota 50, en la que se recuerdan los autores, todos iusnaturalistas, que sostienen una distinción cualitativa entre principios y reglas y los autores, preferentemente iuspositivistas, que sostienen, en cambio, una distinción sólo cuantitativa o de grado.

⁸ Debo esta precisión a Tecla Mazzaresse. Ésta, por lo demás, aun siendo partidaria de una lectura iuspositivista del (neo-)constitucionalismo, sostiene la intrínseca indeterminación de los derechos fundamentales, semejante a la generalmente asociada a los principios en oposición a las reglas: cfr. T.Mazzaresse, “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo” cit., § 3.1, en particular pp.38-39; Id., “Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas” en *Doxa*, 26, 2003, pp.687-716 y, más ampliamente, Id., *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione ‘politicamente scorretta’*, en imprenta en “Ragion pratica”, n.35, 2010, § 5. En este último ensayo pone de relieve una “triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales... que, justamente en razón de la íntima connotación axiológica de los derechos fundamentales, parece ser ineludible (§ 5.2): indeterminación en sus “criterios de individualización”, en sus “criterios de interpretación” y en sus criterios de solución de sus posibles conflictos. En esta “intrínseca connotación axiológica” que “la noción de derechos fundamentales... tiene y no puede no tener” (*ibid.*, § 5) — que, en cambio, queda excluida de mi noción formal y avalorativa tanto de éste como de cualquier otro concepto de la teoría del derecho (*Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (2001), 3º. ed., Laterza, Roma-Bari 2008, pp.5 ss [ed. cast. de A. de Cabo y G. Pisarello, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001]; *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto* e II. *Teoria della democrazia*, (en adelante, *PII* y *PIII*), Laterza, Roma-Bari 2007, Introduzione y § 11.1, pp.725-726) [trad. cast. en curso de publicación por Editorial Trotta, Madrid] — reside mi principal disenso con Mazzaresse, que se refleja también en la diversa concepción de los principios que enuncian derechos fundamentales.

⁹ Extraigo las expresiones “principialismo” y “principialista” de L.Prieto Sanchis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México 1997, p.65 y sobre todo de A.García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid 1998, § 1.2.4, p.69, donde se denomina “principialismo” al “no positivismo” que concibe “las normas constitucionales referidas a derechos” como “principios considerados instrumentos idóneos para la vinculación del derecho a la moral, particularmente a través de la argumentación”; Id., *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid

primera orientación está caracterizada por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías. En esta segunda caracterización, el constitucionalismo será definible como un sistema jurídico y/o una teoría del derecho que establecen —en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable— la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al “quién” y al “cómo”), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al “qué” no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión.

En las páginas que siguen, ilustraré, en primer término, los rasgos que aun con diversos acentos, tienen en común las concepciones de los principales exponentes del constitucionalismo no iuspositivista y/o principialista. En primer lugar, la crítica que la mayor parte de ellos dirige al positivismo jurídico, a partir de la tesis de la conexión entre derecho y moral, generada por la formulación de principios morales en las constituciones; en segundo lugar, la contraposición entre principios y reglas, como normas estructural y cualitativamente diversas; en tercer lugar, el rol central asignado a la ponderación de los principios en la actividad jurisdiccional (§ 2). Luego, indicaré los rasgos opuestos del constitucionalismo iuspositivista y garantista que, a mi parecer, hacen del constitucionalismo un nuevo paradigma de derecho positivo y la base empírica de una nueva teoría del derecho y de la democracia (§ 3). Finalmente, sobre esta base, dirigiré tres órdenes de críticas —en el

2009, *passim*. Expresiones análogas, pero en sentido crítico, son usadas por L.L.Streck, *Verdade e Consenso. Constituição, Hermeneutica e Teorias discursivas. Da possibilidade a necessidade de respostas corretas em direito*, 3°. ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro 2009, que dedica un largo parágrafo (§ 13.5, pp.475 ss) a la crítica del “panprincipiologismo em Terrae brasilis”, es decir a la crítica de la tendencia de la jurisprudencia brasileira (sobre la cual véase *infra* la nota 73) a elaborar principios no formulados en la constitución, sino fruto únicamente de argumentaciones morales. La expresión “constitucionalismo garantista” para designar la “teoría jurídica de los límites del poder político” es usada, en cambio, por A.Pace, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, en “Diritto pubblico”, 2003, n.3, p.900.

plano filosófico-jurídico (§ 4), en el plano teórico conceptual (§ 5) y en el plano epistemológico (§ 6)— a las tesis del constitucionalismo principialista, poniendo en evidencia los peligros de una regresión premoderna del derecho y de la cultura jurídica, generados por sus implicaciones pragmáticas (§ 7).

II. EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y/O NO POSITIVISTA

La tesis de que el constitucionalismo, con su pretensión de someter a las leyes a normas superiores estipuladas como inderogables, expresa una instancia clásica del iusnaturalismo, es una idea que resurge, sostenida desde que la expresión “constitucionalismo” pasó del léxico filosófico-político al léxico filosófico-jurídico¹⁰. Según esta tesis, el constitucionalismo equivaldría a una superación o, directamente, a una negación del positivismo jurídico, que ya no resultaría idóneo para dar cuenta de la nueva naturaleza de las actuales democracias constitucionales. Al haber incorporado las constituciones principios de justicia de carácter ético-político, como la igualdad, la dignidad de las personas y los derechos fundamentales, habría desaparecido el principal rasgo distintivo del positivismo jurídico: la separación entre derecho y moral, o entre validez y justicia. La moral, que en el viejo paradigma iuspositivista correspondía a un punto de vista externo al derecho, habría pasado ahora a formar parte de su punto de vista jurídico o interno¹¹. Añadiré que esta concepción tendencialmente iusnaturalista del constitucionalismo es sostenida no sólo por los principales exponentes del constitucionalismo no positivista, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky y Manuel Atienza, sino también por algunos de sus críticos, como Michel Troper, iuspositivista estricto, para quien el constitucionalismo es incompatible con el positivismo jurídico¹².

¹⁰ N.Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, en “Rivista trimestrale di procedura civile”, XVII, 3, 1963, p.1046.

¹¹ “En los sistemas constitucionales”, escribe Habermas, “la moral ya no está suspendida en el aire, sobre el derecho, tal como sugería la construcción del derecho natural en los términos de un conjunto supra-positivo de normas; ahora la moral se introduce en el corazón mismo del derecho positivo” (J.Habermas, *Recht und Moral [Tanner Lectures]* [1988], *Diritto e morale*, tr. it. de L.Ceppa, *Morale, diritto e politica*, Einaudi, Torino 1992, p.36).

¹² “Ahora está claro que el positivismo, en los tres sentidos de este vocablo” —los distinguidos por Norberto Bobbio— “es del todo incompatible con el constitucionalismo”, que “parece estrictamente ligado a las doctrinas iusnaturalistas” (M.Troper, *Il concetto di costituzionalismo* cit., p.63). Análoga es la posición de Comanducci aquí recordada en la nota 4, que retoma la noción política y iusnaturalista de “constitucionalismo” expresada por Matteucci y por Troper.

Hay después un segundo aspecto de esta concepción del constitucionalismo: la consideración de gran parte de las normas constitucionales —comenzando por los derechos fundamentales— no como reglas susceptibles de observancia o de inobservancia, sino, más bien, como principios que se respetan en mayor o menor medida y que, por ello, son susceptibles de ponderación cuando entran en conflicto entre sí, algo que ocurre a menudo. De ello se sigue el papel central asignado a la argumentación en la concepción misma del derecho. “El derecho”, afirma por ejemplo Atienza, “no puede ser entendido exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica social”¹³. Por otra parte —agrega— los derechos fundamentales son “valores” ético-políticos, de tal modo que no sólo el derecho tiene una inevitable conexión con la moral, sino que, además, una teoría del derecho dotada de capacidad explicativa y en condiciones de ofrecer criterios de solución para los casos difíciles, no puede dejar de incluir una teoría de la argumentación y de las prácticas argumentativas, en las que tales valores “juegan un papel determinante”¹⁴. Análogamente, recuerda Atienza, Ronald Dworkin considera el derecho “como una práctica interpretativa”; Robert Alexy asocia al derecho una “pretensión de corrección” y, por ende, una justificación moral propia, cualquiera que sea; mientras Carlos Nino considera que las normas jurídicas no son, por sí solas, razones justificativas autónomas de las decisiones, pues el razonamiento jurídico está abierto a las razones morales¹⁵. Por su parte, José Juan Moreso considera que la argumentación moral es esencial a la ciencia jurídica, siendo “una obviedad que las constituciones incluyen a menudo conceptos y consideraciones morales” y que, por ende, “incorporan la moral en el Derecho”¹⁶.

Así pues, este constitucionalismo principialista y argumentativo, de clara matriz anglosajona, se caracteriza, por un lado, por el ataque al positivis-

¹³ Cfr. M. Atienza, *Tesis sobre Ferrajoli*, en “Doxa”, n.31, 2008, § 6, p.215. Más ampliamente, las mismas tesis son desarrolladas por M. Atienza, *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*, en L. Ferrajoli, J.J. Moreso y M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2008, §§ 5 y 6, pp.144-164; véase mi respuesta, *Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso*, *ibid.*, §§ 2 y 3, pp.173-195; cfr. También mi *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, cap.2, pp.23-38 en respuesta a las críticas de A. García Figueroa y di M. Iglesias Vila, en M. Carbonell, P. Salazar Ugarte (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid 2005, pp.267-284 y 77-104.

¹⁴ M. Atienza, *Tesis sobre Ferrajoli*, cit., § 6, p.215. El término “valores”, como ha observado críticamente Atienza, no figura entre mis términos teóricos y ni siquiera en el índice analítico de los argumentos de los dos volúmenes de mis *Principia Iuris* (*ibidem*).

¹⁵ M. Atienza, *Tesis sobre Ferrajoli*, cit., § 6, p.215.

¹⁶ J.J. Moreso, *Ferrajoli o el constitucionalismo optimista*, en “Doxa”, n.31, 2008, § 4, p.285.

mo jurídico y a la tesis de la separación entre derecho y moral; luego, por la tesis de que los derechos constitucionalmente establecidos no son reglas sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción; y, en fin, por la consiguiente concepción del derecho como una “práctica social” confiada, sobre todo, a la actividad de los jueces. Bajo este último aspecto, puede registrarse una singular convergencia del constitucionalismo principialista o argumentativo con el realismo y también con el que podríamos denominar “neo-pandectismo”, en cuanto minan la normatividad del derecho en relación con los operadores jurídicos. En efecto, pues, según estas tres orientaciones, el derecho es en realidad lo que hacen los tribunales y, más en general, los operadores jurídicos, y consiste, en última instancia, en sus prácticas interpretativas y argumentativas¹⁷.

Ciertamente, esta tesis registra la fenomenología del derecho como hecho; pero ignora su posible contraste con el derecho como norma. Por ello es generalmente asumida no sólo como descriptiva, sino también de hecho como prescriptiva, es decir, como representación de la práctica jurídica no sólo tal “cómo es”, sino también “como es justo que sea” y, en todo caso, como “no puede dejar de ser”¹⁸. De esta manera, la efectividad se confunde con la validez. Es en esta constante referencia a la práctica judicial, no sólo como criterio de identificación sino también como principal fundamento de legitimidad del derecho, donde reside el otro elemento que el constitucionalismo argumentativo y principialista comparte no sólo con el realismo sino también con el neopandectismo; que igualmente enfatiza el rol de las praxis, es decir el “derecho como hecho” más que “como norma”¹⁹, y propone,

¹⁷ Es la tesis sugerida ya en el título del libro de M. Atienza, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona 2006: cfr., ivi, pp.33, 52-56, 214 y 222.

¹⁸ La concepción del derecho como “actividad” o como “práctica social”, escribe por ejemplo Atienza, “significa, de alguna forma, poner en cuestión la distinción entre el ser y el deber ser, entre el discurso descriptivo y el prescriptivo” (*El derecho como argumentación* cit., p.53).

¹⁹ Es la orientación expresada, ejemplarmente, por Paolo Grossi, que interpreta los cambios del derecho provocados por la globalización como un regreso a “un derecho privado de los particulares”: “aquí no es la validez la que domina, sino su contraria, esto es la efectividad... Efectividad significa justamente esto: un hecho es de tal modo apropiado y conforme a los intereses de los operadores económicos, que ellos lo repiten y lo observan, no porque sea un espejo fiel de algo que está en lo alto sino porque tiene en sí mismo una fuerza (y, si queremos, una capacidad persuasiva) que lo hace merecedor de ser observado y, por lo tanto, de vida perdurable. Aquí el filtro no existe y no debe existir: son los hechos económicos los que cuentan; y cuentan tal como son: en bruto, informes, cargados de las escorias que las prácticas cotidianas depositan en ellos y que deben considerarse respetables porque, en su informalidad y plasticidad, pueden responder extraordinariamente a las variaciones del

como alternativa a la crisis de la ley —que se juzga irreversible²⁰—, un renovado “rol de los juristas”²¹, inspirado por una clara opción iusnaturalista²².

III. EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA COMO IUSPOSITIVISMO REFORZADO. POSITIVISMO JURÍDICO Y DEMOCRACIA

La concepción del constitucionalismo que he llamado “iuspositivista” o “garantista”, es opuesta. El constitucionalismo rígido, tal como he escrito en varias ocasiones, no es una superación, sino que es, antes bien, un reforzamiento del positivismo jurídico, que se amplía a las opciones —los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales— a las que debe someterse la producción del derecho positivo. Es el fruto de un cambio de paradigma del viejo iuspositivismo, producido por el sometimiento de la producción normativa a normas de derecho positivo no sólo formales, sino también sustanciales. Por ello, el constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al estado de derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el “ser” sino también el “deber ser” del

mercado según los tiempos y lugares” (P.Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, en Id., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, § 5, pp.288-290).

²⁰ “Código”, escribe Grossi con acentos que recuerdan la polémica pandectista contra la codificación, “significa la gran utopía y la gran presunción de un legislador (un legislador al que la legolatría ilustrada hizo presuntuoso) de poder contener el universo jurídico en un texto, aun cuando articuladísimo y sensatísimo; al raspar un poco más a fondo se descubre aquello que es el nudo recóndito de toda la operación, el ejercicio de un control riguroso sobre la producción del derecho” (ivi, § 7, p.291).

²¹ P.Grossi, *Il diritto tra potere e ordinamento*, en Id., *Società* cit. § 12, p.195: “creo firmemente que estamos adentrándonos en un tiempo histórico donde no puede más que crecer el rol de los juristas”. Este rol también es diseñado sobre el modelo pandectista: “Pero el jurista, bien como científico o como juez, puede también considerarse en el deber de ser heredero de aquel personaje fecundo que, en la antigua Roma, en la civilidad sapiencial del segundo medioevo, en la larga experiencia del *common law* hasta hoy, se ha hecho lector de exigencias objetivas, ha advertido la misión de ordenarlas en la línea de una sentida ética de la responsabilidad y las ha traducido en principios y reglas de convivencia” (ivi, p.196).

²² P.Grossi, *Aspetti giuridici della globalizzazione economica*, en Id., *Società* cit., § 7, pp.311-312: “Será necesario” que los juristas desarrollen “la conciencia de hombres de ciencia y de praxis unidos por la posesión de un cierto pensamiento, ciertos conocimientos, ciertas técnicas y también por la certeza del valor óntico del derecho para la vida de una comunidad local o global”. De lo cual queda claro el rasgo iusnaturalista de una concepción semejante: “Óntico es una palabra imponente, que incluso puede sonar oscura; quiere solamente destacar que el derecho no es para la comunidad humana ni un artificio ni una limitación; pertenece, en cambio, a su misma naturaleza y debe, por lo tanto, expresarla debidamente” (*ibid.*, p.312).

derecho; y completa al estado de derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al derecho y al control de constitucionalidad²³. De esta manera, el constitucionalismo jurídico suprimió la última forma de gobierno de los hombres: la que en la tradicional democracia representativa se manifestaba en la omnipotencia de la mayoría. Gracias a esto, la legalidad ya no es solo, como en el viejo modelo paleo-iuspositivista, “condicionante” de la validez de las normas infra-legales, sino que ella misma está condicionada, en su propia validez, al respeto y a la actuación de las normas constitucionales. Así, el derecho en su totalidad se concibe como una construcción enteramente artificial, de la que no sólo se regulan las *formas*, como en el viejo paradigma formalista del paleo-positivismo, sino también los *contenidos*, a través de los límites y vínculos impuestos a ellos por el paradigma constitucional.

En este aspecto, cabe hablar de un nexo entre democracia y positivismo jurídico, que se consuma con la democracia constitucional. Este nexo entre democracia y positivismo jurídico resulta generalmente ignorado. Sin embargo, es preciso reconocer que sólo la rígida disciplina positiva de la producción jurídica está en condiciones de democratizar sus formas y sus contenidos. El primer iuspositivismo del estado legislativo de derecho equivale a la positivización del “ser” legal del derecho, que permite la democratización de sus formas de producción, condicionando su validez formal a su carácter representativo, sobre el que se funda la dimensión *formal* de la democracia política. El segundo iuspositivismo, que es el del estado constitucional de derecho, equivale a la positivización del “deber ser” constitucional del derecho mismo, que permite la democratización de sus contenidos, condicionando su validez sustancial a su coherencia con los derechos de todos que son los derechos fundamentales, en los que se funda la dimensión *sustancial* de la democracia constitucional. Gracias al primer positivismo jurídico se confió el “quién” y el “cómo” de la producción normativa a sujetos políticamente representativos de los gobernados. Merced al segundo, se vinculó el “qué” de las normas producidas a la garantía de los intereses y necesidades vitales de aquéllos. De este modo, el antiguo y recurrente contraste entre *razón* y *voluntad*, entre *ley de la razón* y *ley de la voluntad*, entre *derecho natural* y *derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la antigüedad hasta el siglo XX, y que corresponde al antiguo y también recurrente dilema y contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los hombres*, ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivización de la “ley de la razón”

²³ Remito a *PiI*, § 9.2, p.493, a *PiII*, § 13.8, pp.42-43, y a *Garantismo. Una discusión* cit., § 2.1, p.28.

—aún cuando históricamente determinada y contingente— bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la “ley de la voluntad”, que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría.

Por lo tanto, distinguiré tres significados del constitucionalismo positivista o garantista: como modelo o tipo de sistema jurídico, como teoría del derecho y como filosofía política²⁴. Como *modelo de derecho*, el constitucionalismo garantista se caracteriza, con respecto al modelo paleo-positivista, por la positivización también de los principios a los que debe someterse la entera producción normativa. Así, se concibe como un sistema de límites y vínculos impuestos por constituciones rígidas a todos los poderes y garantizados por el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre su ejercicio: de límites impuestos en garantía del principio de igualdad y de los derechos de libertad, cuya violación por acción da lugar a *antinomias*, es decir a leyes inválidas que requieren ser anuladas mediante la intervención jurisdiccional; de vínculos impuestos esencialmente en garantía de los derechos sociales, cuyo incumplimiento por omisión da lugar a *lagunas* que deben ser colmadas por la intervención legislativa.

Como *teoría del derecho*, el constitucionalismo positivista o garantista es una teoría que tematiza la divergencia entre deber ser (constitucional) y ser (legislativo) del derecho. Con respecto a la teoría paleo-positivista, se caracteriza por la distinción y la virtual divergencia entre *validez* y *vigencia*, dado que admite la existencia de normas vigentes —por resultar conformes a las normas formales sobre su formación— pero que, sin embargo, son inválidas por resultar incompatibles con las normas sustanciales sobre su producción. Por eso, el tema más relevante e interesante de la teoría es el derecho constitucionalmente *ilegítimo*: por un lado, como ya he dicho, las antinomias provocadas por la indebida producción de normas inválidas que se hallan en contraste con la constitución y, en particular, con los derechos de libertad constitucionalmente establecidos; por otro, las lagunas provocadas por la omisión de producción de las leyes de actuación de las normas constitucionales y, en particular, (de las garantías) de los derechos sociales²⁵.

²⁴ Son los tres significados de “constitucionalismo” correspondientes a los tres significados de “garantismo” que he distinguido en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), IX ed., Laterza, Roma-Bari 2008, cap. XIII [trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel, J. Terradillos, Trotta, Madrid, 9ª ed., Madrid, 2009]. No está de más precisar que estos tres significados no tienen nada que ver con los tres significados de constitucionalismo distinguidos por Comanducci (cfr. *supra* la nota 4), calcados sobre los significados de positivismo jurídico distinguidos por Bobbio y aquí recordados en la nota 2.

²⁵ Por esto hice referencia, a propósito del paradigma constitucional y garantista, al “iuspositivismo crítico” en oposición al “iuspositivismo dogmático”, en *Diritto e ragione* cit.,

Finalmente, como *filosofía* y como *teoría política*, el constitucionalismo positivista o garantista consiste en una teoría de la democracia elaborada no como una genérica y abstracta teoría del buen gobierno democrático, sino, más bien, como una teoría de la democracia *sustancial*, además de *formal*, anclada empíricamente en el paradigma de derecho ahora ilustrado. De ello resulta una teoría de la democracia como sistema jurídico y político articulado en cuatro dimensiones, correspondientes a las garantías de otras tantas clases de derechos constitucionalmente establecidos —los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales—, que ahora equivalen no a “valores objetivos”, sino, más bien, a conquistas históricamente determinadas, fruto de varias generaciones de luchas y revoluciones, y susceptibles de ulteriores desarrollos y expansiones. En garantía de nuevos derechos; como límites y vínculos a todos los poderes, incluidos los poderes privados; en todos los niveles normativos, incluidos los supranacionales y el internacional; para tutela de los bienes fundamentales además que de los derechos fundamentales²⁶.

En estos tres significados, el constitucionalismo equivale a un proyecto normativo que requiere ser realizado a través de la construcción de garantías idóneas e instituciones de garantía, mediante políticas y leyes de actuación. De ahí que, como he escrito en varias oportunidades, el garantismo sea la otra cara del constitucionalismo. Por otra parte, en ninguno de estos tres significados el constitucionalismo garantista admite la conexión entre derecho y moral. Al contrario, la separación entre las dos esferas resulta

cap.XIII, § 58.2, pp.912-922. El rol crítico de la ciencia jurídica frente al derecho *jurídicamente* ilegítimo —consiguiente al dato de hecho de la divergencia entre deber ser y ser del derecho mismo, generada por la supra-ordenación jerárquica de las constituciones rígidas respecto de la legislación ordinaria— ha sido extrañamente considerado por algunos en contraste con el positivismo jurídico: en este sentido, véanse V.Giordano, *Il positivismo* cit., pp.42-49 y A.Amendola, *I confini del diritto. La crisi della sovranità e l'autonomia del giuridico*, Esi, Napoli 2003, pp.93-95. Semejante incomprensión se explica, a mi juicio, de un lado, como fruto de la identificación del paradigma del constitucionalismo rígido, señalada en la nota 4, con su interpretación, bajo la ambigua etiqueta “neoconstitucionalismo”, en clave iusnaturalista; de otro, por la idea de que la avaloratividad es un requisito del positivismo jurídico y equivale, si es asociada a “teoría del derecho”, a su carácter “puro” (en sentido kelseniano) o “formal” (en sentido bobbiano). Para una crítica iuspositivista a la tesis de la avaloratividad de la ciencia jurídica, con referencia al actual paradigma constitucional, remito a mi *La pragmatica della teoria del diritto*, en *Analisi e diritto. 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, ed. de P.Comanducci y R.Guastini, Giappichelli, Torino 2003, pp.351-375, trad. cast. en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, Mexico D.F., 2004, pp.109-139; a *PiI*, Introduzione, § 6, pp.26-32; a *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, en “Diritto pubblico”, 2009, 1, pp.1-20.

²⁶ *PiII*, § 13.16, pp.82-86. Véase también mi *Per una Carta dei beni fondamentali*, en T.Mazzarese, P.Parolari (ed.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide. Con un'appendice di carte regionali*, Giappichelli, Torino 2010, pp.65-98.

confirmada por aquél tanto en el plano asertivo de la teoría del derecho como en el plano axiológico de la filosofía política. En sentido asertivo o teórico, la separación es un corolario del principio de legalidad, que, en garantía de la sujeción de los jueces sólo a la ley, impide la derivación del derecho válido del derecho (que ellos suponen) justo y, en garantía de la autonomía crítica del punto de vista moral externo al derecho, la derivación del derecho justo del derecho válido, aun cuando conforme a la constitución. En sentido prescriptivo o axiológico, la separación es un corolario del liberalismo político, que, en garantía de las libertades fundamentales, impide la utilización del derecho como instrumento de reforzamiento de la (o sea de una determinada) moral, en todo aquello que no produce daño a otros. En el primer significado, la separación equivale a un límite al poder de los jueces y a su arbitrio moral; en el segundo equivale a un límite al poder de los legisladores y a su injerencia en la vida moral de las personas²⁷.

En síntesis, el constitucionalismo garantista se concibe como un nuevo paradigma iuspositivista del derecho y de la democracia, que —en cuanto positivamente normativo en relación con la misma normación positiva, y en cuanto sistema de límites y vínculos sustanciales relativo al “qué”, junto a los formales relativos al “quién” y al “cómo” de las decisiones— integra el viejo modelo paleo-iuspositivista. Gracias a él, los principios ético-políticos mediante los que se expresaban los viejos “derechos naturales” han sido positivizados, convirtiéndose en principios jurídicos vinculantes para todos los titulares de funciones normativas; que ya no son fuentes de legitimación sólo externa o política, como según el viejo pensamiento político liberal²⁸,

²⁷ Sobre estos dos significados de la tesis de la “separación entre derecho y moral”, o bien entre derecho y justicia, o entre derecho y razón remito, a mis *La separazione tra diritto e morale*, en *Sulla modernità*, “Problemi del socialismo”, 5, mag-ag.1985, pp.136-160; *Diritto e ragione* cit., cap.IV, § 15, pp.203-210; *Più*, cap.XV, § 2, pp.309-321. De otra parte, por las implicaciones de estas tesis en relación con los problemas del aborto y de la tutela del embrión remito, a *Aborto, morale e diritto penale*, en “Prassi e teoria”, 1976, 3, pp.397-418 y a *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, en “Politeia”, XVIII, 65, 2002, pp.153-168, trad. cast.. en *Democracia y garantismo*, ed. Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid 2008, pp.153-172.

²⁸ Es el “constitucionalismo” del que hablan Matteucci, Troper, Comanducci y Barberis en los escritos citados más arriba. Recuérdense, por ejemplo, entre sus teorizaciones clásicas, B.Constant, *Principes de politique*, en *Cours de politique constitutionnelle* (1818-1819), tr.it., *Principi di politica*, Editori Riuniti, Roma 1970, p.55 [trad. cast. de M. A. López, *Curso de política constitucional*, Imprenta de la compañía, Madrid, 1820]: “La soberanía no existe más que en manera limitada y relativa. Donde comienzan la independencia y la existencia individual, se detiene la jurisdicción de esta soberanía. Si la sociedad sobrepasa este confin, se vuelve culpable tanto como el déspota que tiene como título solamente la espada exterminadora; la sociedad no puede exceder su competencia sin ser usurpadora, la mayoría sin ser facciosa”; ivi, p.60: “La soberanía del pueblo no es ilimitada; está circunscrita dentro de los confines que le trazan la justicia y los derechos de los individuos”; A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* (1835-

sino también fuentes de legitimación y, sobre todo, de deslegitimación, interna o jurídica, que diseñan la razón social de esos artificios en qué consisten el derecho y el estado constitucional de derecho. De este modo, la soberanía deja de existir como *potestas legibus soluta* en manos de órganos o sujetos institucionales, aun cuando estén investidos de representación. La misma “pertenece al pueblo”, continúan afirmando todas las constituciones. Pero esta norma equivale a una garantía: significa, en negativo, que la soberanía pertenece al pueblo y a ningún otro, y ninguno —presidente o asamblea representativa— puede apropiarse de ella o usurparla. Y dado que el pueblo no es un macro-sujeto sino la suma de millones de personas, la soberanía popular no es otra cosa que, en positivo, la suma de aquellos fragmentos de soberanía que son los derechos de todos.

Por lo tanto, el constitucionalismo positivista y garantista se diferencia del constitucionalismo no-positivista y/o principialista por el rechazo de sus tres elementos caracterizadores: *a)* la conexión entre derecho y moral; *b)* la contraposición entre principios y reglas y la centralidad asignada a su distinción cualitativa; *c)* el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisdiccional. Son estos tres elementos los que someteré ahora a análisis, señalando otros tantos riesgos conectados con ellos: *a)* una suerte de dogmatismo y de absolutismo moral conexo con el constitucionalismo concebido como cognoscitivismo ético; *b)* el debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes; *c)* el activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y de la certeza del derecho, que, a su vez, debilitan las fuentes de legitimación de la jurisdicción.

IV. A) UNA CRÍTICA AL ANTI-IUSPOSITIVISMO PRINCIPIALISTA Y A LA TESIS DE LA CONEXIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Justamente porque el constitucionalismo no es otra cosa que la positivización de los principios de justicia y de los derechos humanos históricamente afir-

1840), trad. it., *La democrazia in America*, en Id., *Scritti politici*, ed. de N. Matteucci, vol. II, Utet, Torino 1968, I, parte II, cap.VII, p.297 [trad. cast. y ed. crítica de E. Nolla, *La democrazia en América*, Trotta, Madrid, 2010]: “Existe una ley general que se ha hecho, o que al menos se ha adoptado, no sólo por la mayoría de este o aquel pueblo, sino por la mayoría de los hombres. Esta ley es la justicia. Así pues, la justicia representa el límite del derecho de todo pueblo... Por tanto, cuando rechazo obedecer un ley injusta, no niego en absoluto a la mayoría el derecho de mandar; apelo solamente desde la soberanía del pueblo a la soberanía del género humano”. Sobre la transformación, por obra de las constituciones rígidas, de estos límites iusnaturalistas en límites iuspositivistas, remito a *PiII*, § 13.6, pp. 32-35.

mados en las cartas constitucionales, vale también para él —contrariamente a lo que consideran Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Atienza y Ruiz Manero— el principio iuspositivista de la separación entre derecho y moral, contra la enésima, insidiosa versión del legalismo ético que es el constitucionalismo ético; es así puesto que el principio de la separación no quiere decir en absoluto que las normas jurídicas no tengan un contenido moral o alguna “pretensión de corrección”. Ésta sería una tesis sin sentido, como tampoco tendría sentido negar que, en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa generada por la indeterminación del lenguaje legal, el intérprete es a menudo guiado por opciones de carácter moral. También las normas y los juicios (a nuestro parecer) más inmorales e injustos son considerados “justos” por quien produce tales normas y formula tales juicios, y expresan, por ende, contenidos “morales”, que, aunque (a nosotros nos) parezcan disvalores, son considerados “valores” por quien los comparte. Incluso el ordenamiento más injusto y criminal contiene, al menos para su legislador, una (subjética) “pretensión de corrección”. Ello quiere decir que las constituciones expresan e incorporan valores ni más ni menos que cuanto lo hacen las leyes ordinarias. Lo que representa su rasgo característico es el hecho de que los valores expresados por ellas —y que, en las constituciones democráticas, consisten, sobre todo, en derechos fundamentales— son formulados en normas positivas de nivel normativo supra-ordenado al de la legislación ordinaria y, por ello, son vinculantes para esta última.

Por lo tanto, a partir de la obvia circunstancia de que las leyes y las constituciones incorporan “valores”, no puede sostenerse la derivación de la tesis de una “conexión conceptual” entre derecho y moral. Pero evidentemente esta tesis de la conexión es bastante más comprometedora. No equivale solamente al banal reconocimiento de la incorporación en los principios constitucionales de los “valores” considerados tales por el legislador o por el constituyente o, incluso, por los operadores jurídicos. La “pretensión de corrección” de la que habla Alexy no es en modo alguno una pretensión entendida solamente en sentido subjetivo²⁹. Por el contrario, equivale a la

²⁹ En ausencia de esta pretensión, observa Alexy, un sistema normativo no es ni siquiera un sistema jurídico (*Begriff und Geltung des Rechts* [1992], tr.it. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997, cap I, § 3.2, pp.33 y § 4.1, p.34; cap.II, § 4.2.2, pp.64-65; cap.III, § 2.1, p.94; cap.IV, p.130 [trad. cast. de J. Malen Seña, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994]). Es la pretensión de corrección, afirma, lo que distingue, como criterio clasificatorio, un “ordenamiento de bandidos” de un “ordenamiento de los dominadores”, aun cuando injusto (ivi, p.32). Está claro que esta tesis no contradice en absoluto la tesis iuspositivista de la separación; así como no la contradice, contrariamente a cuando considera Alexy (ivi, p.80), la tesis también banal y sustancialmente equivalente de la así denominada “conexión débil”, según la cual “subsiste una conexión necesaria entre el derecho y alguna moral” (ivi, cap.II, §

pretensión de que las normas válidas “no tengan el carácter de la injusticia extrema”, de modo que las “normas que son conformes al ordenamiento pierden validez jurídica... si son extremadamente injustas”³⁰, evidentemente en algún sentido objetivo. Por otro lado, el derecho, afirma Zagrebelsky, consiste hoy en “la fusión de la ley con principios de justicia independientes”³¹. A su vez Dworkin encuentra incomprensible que un juicio moral sea algo diverso de un juicio “realmente”, “objetivamente” o “verdaderamente” moral: que, por ejemplo, el juicio “la esclavitud es injusta” sea algo distinto del juicio “la esclavitud es objetivamente o realmente injusta”³². Moreso sostiene

4.3.2, p.78): esto es, cuando menos, la moral del legislador. “Este aspecto”, reconoce por lo demás Alexy, “tiene poca relevancia práctica. De hecho, los sistemas jurídicos concretamente existentes tienen regularmente una pretensión de corrección aunque a veces con escasas justificaciones” (ivi, pp.130-131). La tesis mucho más comprometida ensayada por Alexy es la, claramente anti-iuspositivista, de la llamada “conexión fuerte”, según la cual existiría “una conexión necesaria entre el derecho y la moral *justa*” (ivi, § 4.3.2, p.78 y § 4.3.3, pp.80-85).

³⁰ R.Alexy, *Concetto e validità del diritto* cit., cap.IV, pp.132-133; cfr. también, ivi, cap.II, § 4.2.1, pp.39 ss y § 4.2.2, p.65; cap.III, § 1.2, pp.92-93. Se trata, en sustancia, de la clásica fórmula enunciada tras de los horrores del nazismo por Gustav Radbruch y retomada por Alexy (*op.cit.*, cap.II, § 4.2.1, pp.39 ss), según la cual la ley positiva pierde validez cuando su injusticia alcance una “medida intolerable” (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Rechts* (1946), tr.it., en A.G.Conte, P.Di Lucia, L.Ferrajoli, M.Jori, *Filosofia del diritto*, Cortina, Milano 2002, pp.157-158). Recuérdese también el pasaje de Habermas transcrito en la nota 11.

³¹ G.Zagrebelsky, *Introduzione a R.Alexy, Concetto e validità del diritto* cit., p.XIX; Id., *Il diritto mite* cit, § 4, p.162: “En presencia de principios la realidad expresa valores y el derecho vale como si rigiese un derecho natural... El derecho para principios encuentra el derecho natural”; Id., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2008, cap.I, § 2, p.24: “La relación con la justicia es constitutiva del concepto mismo de ley”.

³² R.Dworkin, *A Matter of Principle* (1985), tr.it., *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano 1990, pp.211-215. De aquí la famosa tesis normativa de la “única solución correcta”, sostenida por R. Dworkin, *No right Answer?* (1978), tr.it. *Non c'è soluzione corretta?* en “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1983, n.2, pp.469-501, por otro lado, en singular contraste con la ampliación de la discrecionalidad judicial promovida, como se verá en el § 6, por el rol central que se asigna a la ponderación en la aplicación de los principios. Me limito a recordar, entre las muchas críticas a esta tesis: R.Guastini, *Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica*, ibid, pp.449-467; E.Bulygin, *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos* (1982), en C.E.Alchourron, E.Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, § 4, pp.186 e 189, que muestra cómo las “proposiciones de derecho” discutidas por Dworkin (por ejemplo, “el contrato de Pedro es válido”, “la conducta de Juan en tal ocasión constituye un delito”) “no son ni reglas ni enunciados externos”, sino que “tienen propiedades de ambas”, siendo “normativas (prescriptivas) pero al mismo tiempo verdaderas o falsas”, si bien “esas propiedades sean incompatibles”; con la consecuencia de que “son ininteligibles”; A.Pintore, *Il diritto senza verità*, Giappichelli, Torino 1996, pp.167-172, que ve en la tesis dworkiniana “un óptimo ejemplo de versión ontológica y metafísica de teoría coherentista del derecho”; V.Giordano, *Positivismo* cit., pp.148-176.

ne que para fundar el universalismo de los derechos humanos es necesario asumir que existe una moral objetiva³³. En todos los casos, escribe Atienza, el constitucionalismo argumentativo o principialista importa una concepción objetivista de la moral³⁴.

Pero, a su vez, una concepción objetivista de la moral remite a una concepción cognoscitivista de la misma. En pocas palabras, supone el cognoscitivism ético³⁵. “Cuanto más extrema sea la injusticia”, escribe Alexy, “tanto más seguro es su conocimiento”³⁶. De este modo, el criterio de reconocimiento de las normas válidas vuelve a ser, al menos en parte, el expresado por la

³³ J.J.Moreso, *El reino de los derechos y la objetividad de la moral* (2002), en *Diritti umani e oggettività della morale*, ed. de E.Diciotti, DiGips, Siena 2003, pp.9-40. Véanse, sobre este ensayo, las puntuales críticas de B.Celano, *Commenti a José Juan Moreso*, ivi, pp.41-85

³⁴ “El enfoque del Derecho como argumentación está comprometido con un objetivismo mínimo en materia de ética” (M.Atienza, *El derecho como argumentación* cit., p.53). Atienza ve un segundo tipo de conexión en el hecho de que el punto de vista interno al derecho del que habla Herbert Hart puede concebirse como el producto de una aceptación moral: “No basta con saber que N es una norma jurídica para concluir que se debe hacer lo que N ordene. En definitiva, necesitamos una premisa práctica, la que señala que se deben obedecer las normas jurídicas, y que, naturalmente, es una premisa de naturaleza moral” (*ibid.*, p.245). “El reconocimiento de una realidad como jurídica, como Derecho válido”, había escrito M.Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona 2001, p.112, “no puede hacerse sin recurrir a la moral, puesto que la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema (a diferencia de lo que opinaba Hart) implica necesariamente un juicio moral”. Una tesis análoga es sostenida por S. Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid 1999. Pero esta es la cuestión de la obligación política, la que, como observó Prieto, es una cuestión perteneciente a la teoría moral o política y no a la teoría del derecho (*Constitucionalismo y positivismo*, cit., p.12); un problema, ha escrito a su vez Guastini, perteneciente “al horizonte ideológico del legalismo, pero del todo extraño al positivismo jurídico” (*Dalle fonti alle norme* [1990], II ed., Giappichelli, Torino 1992, pp.277-278). Véanse también, contra esta interpretación del “reconocimiento” hartiano como “acto de interiorización”, A.Catania, *Il riconoscimento e le norme. A partire da Herbert L.A.Hart* (1979) ahora en Id., *Stato, cittadinanza, diritti*, Giappichelli, Torino 2000, pp.43-73; R.Guastini, *Conoscenza senza accettazione*, en L.Gianformaggio, M.Jori (ed.), *Scritti per Uberto Scarfelli*, Giuffrè, Milano 1997, pp.407-433.

³⁵ Sobre los diversos modos de concebir la objetividad de la moral, no todos acompañados de la adhesión al cognoscitivism ético, véase la compilación de ensayos de G. Bongiovanni (ed.), *Oggettività e morale. La riflessione etica del Novecento*, Mondadori, Milano 2007. Véase también M.Lalatta Costerbosa, *Il diritto come ragionamento morale. Saggio sul giusnaturalismo contemporaneo e le sue applicazioni bioetiche*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2007. El análisis de estas diversas concepciones, muchas de las cuales parecen proponer justificaciones racionales más que estrictamente objetivistas de los juicios morales, no entra, obviamente, en la economía de esta intervención.

³⁶ R.Alexy, *Concetto* cit., cap.II, § 4.2.1.4, p.53.

vieja máxima del *Common Law* inglés: *veritas, non auctoritas facit legem*, en oposición a la máxima hobbesiana *autoritas non veritas facit legem*.³⁷

De aquí se sigue una concepción del constitucionalismo que, con paradoja, genera el riesgo de acarrear un debilitamiento de éste, precisamente en el plano moral y político. En efecto, más allá de las intenciones de sus defensores, una concepción semejante se resuelve en la transformación del constitucionalismo en una ideología anti-liberal, cuyos valores pretenden imponerse a todos —moralmente, y no sólo jurídicamente— por ser de algún modo “objetivos”, “verdaderos” o “reales”. Por lo tanto, el resultado final del cognoscitivismo ético es, de modo inevitable, el absolutismo moral y, consiguientemente, la intolerancia ante las opiniones morales disidentes³⁸: si una tesis moral es “verdadera”, no es aceptable que no sea compartida por todos e incluso que no sea impuesta a todos en la forma del derecho, del mismo modo en que no es tolerable que haya quien no comparta que $2+2 = 4$. Bajo este aspecto, el objetivismo y el cognoscitivismo moral más coherentes son, sin duda, los expresados por la moral católica. Por lo demás, la prueba del carácter absoluto, desde el punto de vista meta-ético, de cualquier concepción objetivista de la moral está dada por el hecho de que ninguna ética de tipo objetivista y/o cognoscitivo se halla en condiciones de refutar ninguna otra ética diversa que se pretenda, también ella, objetivista

³⁷ “Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem” (T. Hobbes, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civilitatis ecclesiasticae et civilis*, trad. latina, en *Leviatano*, con texto inglés de 1651 al frente y texto latino de 1668, ed. de Raffaella Santi, Bompiani, Milano 2001, cap. XXVI, § 21, p. 448 [trad. cast. de C. Mellizo, *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1989]). “No es la sabiduría, sino la autoridad la que crea la ley”, contestaba Hobbes a sir Edward Coke, que sostenía, en cambio, que “nihil quod est contra rationem est licitum”, o sea que no es ley lo que es contrario a la razón” y que “el derecho común mismo no es otra cosa que razón”, y repetía la antigua máxima ciceroniana “lex est sanctio iusta, iubens honesta et prohibens” (*A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Lawes of England* (1681), trad. it. *Diálogo fra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d’Inghilterra*, en Id., *Opere*, ed. de N. Bobbio, Utet, Bologna 1959, I, pp.397, 395 y 417 [trad. cast. de M. A. Rodilla, *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, Tecnos, Madrid, 1992). En cambio, “Derecho”, según la concepción iuspositivista de Hobbes, es, sólo “lo que quien o quienes tienen el poder supremo ordinario sobre sus súbditos, proclaman en público, ordenando en claras palabras lo que pueden y no pueden hacer” (ivi, p.418).

³⁸ Para una crítica más profunda del carácter ideológico y/o anti-liberal del objetivismo y del cognoscitivismo moral, tal como se manifiestan, en particular, en la concepción del universalismo de los derechos humanos como un universalismo ontológico (por “naturales”) o, peor aún, consensualista (por “compartidos” por todos, o de los que es legítimo pretender que sean compartidos por todos), remito a *PiII*, § 13.11, pp.57-61, § 15.2, pp.309-314 y § 16.18, pp.567-572. Sobre el fundamento liberal y, por ello, ético, de una meta-ética no cognoscitivista, cfr. U.Scarpelli, *L’etica senza verità*, Il Mulino, Bologna 1982.

y cognoscitivist. Por ejemplo, la ética objetivista laica expresada por muchos exponentes del constitucionalismo no positivista, no está en condiciones de refutar, en su terreno, a la ética católica con su pretensión de imponer sus preceptos a través del derecho. Una ética semejante sólo puede ser cuestionada refutando el cognoscitivismo y el objetivismo éticos, en cuanto carentes de referencias empíricas y por ser incompatibles, en el plano meta-ético, con una concepción laica no sólo del derecho sino también de la moral. En efecto, una ética objetiva es, inevitablemente, una ética heterónoma, asimilable más bien al derecho —no es casual que la ética católica se auto-represente como “derecho natural”—, mientras, para una ética laica la autenticidad del comportamiento moral reside en su carácter espontáneo y autónomo, como fin en sí mismo.

En resumen, la tesis de que todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente alguna “pretensión de corrección” y algún “mínimo ético” —de modo tal que derecho y moral estarían conectados, y la justicia, al menos en una mínima medida, sería un rasgo necesario del derecho y una condición de validez de las normas jurídicas—, no es más que la vieja tesis iusnaturalista. Pero al mismo tiempo es una tesis que, en el constitucionalismo anti-positivista, termina por convertirse en la actual versión del legalismo ético que es el constitucionalismo ético, en virtud del cual los principios constitucionales se pretenden objetivamente justos³⁹. En ambos sentidos, se trata de una tesis exactamente opuesta a la iuspositivista de la separación, según la cual la existencia o la validez de una norma no implica en absoluto su justicia, y ésta no implica en absoluto su validez, que no es otra cosa que un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente⁴⁰. Tampoco las constituciones, en virtud de la primera negación, pueden pretenderse objetivamente justas sólo porque tales: bien

³⁹ Es lo que ha señalado L.Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., pp.27 y 28. Véase también la convergencia de carácter estructural entre iusnaturalismo y legalismo ético, de la que habla Hart y que, como él recuerda (*Il positivismo* cit., § 1, pp.113-114), fue tomada del pensamiento de Blackstone por J.Bentham, *A Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries*, (1776), en *Works of Jeremy Bentham*, ed. J. Bowring, Russell and Russell, New York 1962, vol.I, cap.V, pp.221, 294.

⁴⁰ Al respecto, recuérdense las clásicas formulaciones en H.Kelsen, *Teoria generale del diritto* cit., parte I, cap.I, A, pp.3-14 y cap.III, B y C, pp.53-54; en H.L.A.Hart, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., pp.105-166; y en N.Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965. La tesis se remonta a Bentham y a Austin: cfr. J.Bentham, *A Fragment* cit. pp.227-238, que en polémica con Blackstone distingue entre derecho “as it is” y derecho “as it ought to be”; J.Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, (1832), Library of Ideas, London 1954, Lect.V, p.184: “The existence of law is one thing; its merit or demerit is another”.

pueden darse normas constitucionales (que algunos de nosotros consideramos) injustas (por ejemplo el derecho de “tener y portar armas”, previsto en la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, o el art. 7 de la constitución italiana sobre la regulación mediante concordato de las relaciones entre el Estado y la iglesia católica) y que como tales son (por algunos de nosotros) moralmente y políticamente cuestionadas. A la inversa, en virtud de la segunda negación, una solución (considerada) justa de un caso difícil, si no está basada en normas de derecho positivo sino que sólo lo está sobre principios morales, no es una solución jurídicamente válida.

Por tanto, el constitucionalismo iuspositivista y garantista, aun teorizando la dimensión estática injertada en el positivismo jurídico por las normas sustanciales de las constituciones, rechaza la tentación de volver a confundir derecho y moral, incluso bajo la forma del *constitucionalismo ético*. Admitirá siempre, como punto de vista autónomo del derecho y sobre el derecho, el punto de vista externo a él de la moral y de la política, que es el punto de vista crítico de cada uno de nosotros, también frente a las normas constitucionales. Pero es justamente esta separación la que constituye el fundamento de todo liberalismo y de la misma democracia constitucional. Justamente porque el constitucionalismo democrático reconoce y pretende tutelar el pluralismo moral, ideológico y cultural que recorre toda sociedad abierta y mínimamente compleja, la idea de que éste se funde en alguna objetividad de la moral o que exprese alguna pretensión de justicia objetiva, choca con sus mismos principios, a comenzar por la libertad de conciencia y de pensamiento. El no-cognoscitivismo ético y la separación entre derecho y moral, que forman el presupuesto del constitucionalismo garantista, son, por ello, el presupuesto y al mismo tiempo la principal garantía del pluralismo moral y del multiculturalismo, es decir, de la convivencia pacífica de las muchas culturas que concurren en una misma sociedad. Pero son también el presupuesto y la principal garantía de la sujeción de los jueces a la ley y de su independencia, frente al *cognoscitivismo ético-judicial*, proveniente de la extraña idea dworkiniana de que existe siempre una “única solución justa” o “correcta”, identificada de hecho con la más constatada y difundida en la práctica jurisprudencial.

De otro lado, la alternativa al cognoscitivismo ético no es en absoluto el puro emotivismo. No debemos confundir el objetivismo y el cognoscitivismo con la argumentación racional: la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más “verdadera” que la solución opuesta. Por ejemplo, la tesis hobbesiana que ve el fundamento racional de la limitación de la libertad salvaje, propia del estado de naturaleza, en la salvaguardia de la vida y de la paz, no es más “verdadera” que la tesis

sostenida por Max Stirner, que, contrariamente, funda la ausencia de límites a la libertad salvaje en el valor de la ley del más fuerte, incluso a costa de la violencia y de la guerra. De igual modo, los principios ético-políticos positivizados en las constituciones pueden muy bien ser argumentados racionalmente y reivindicados y defendidos como “justos” —porque, en hipótesis, en la mayor parte garantizan la igualdad, la dignidad de la persona y la convivencia pacífica⁴¹—, sin que con ello se pretenda que sean considerados o aceptados por todos como “justos” por ser “objetivos” o “verdaderos”. Y el argumento de que sin un fundamento objetivo los mismos carecerían de todo fundamento (evidentemente objetivo), no es un argumento, sino una petición de principio.

Por otra parte, la separación entre derecho y moral, lejos de ignorar el punto de vista moral y político sobre el derecho, permite fundar no sólo su autonomía sino también su primacía en el punto de vista jurídico interno, como punto de vista de la crítica externa, de la proyección y de la transformación institucional, y también, si la ley es considerada intolerablemente inmoral, como fundamento del deber moral de la desobediencia civil⁴². Tras la idea de la inadmisibilidad de la ley intolerablemente injusta hay, en realidad, paradójicamente, un excesivo obsequio al valor de la ley en cuanto tal, que inhibe la simple resistencia contra el derecho injusto porque tal, como también la asunción de la responsabilidad moral de la desobediencia aun a costa de las sanciones jurídicamente establecidas para ella⁴³.

⁴¹ He propuesto una argumentación racional de “qué derechos” está justificado estipular como fundamentales en *I fondamenti dei diritti fondamentali*, en *Diritti fondamentali* cit., pp.279-370.

⁴² En *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), IX ed., Laterza, Roma-Bari 2008, § 60.1, he sostenido “la primacía axiológica de lo que he llamado punto de vista externo”, es decir del punto de vista de la moral y de la política, “respecto al punto de vista interno del sistema político”

⁴³ *PiII*, § 13.20, pp.101-102. Recuérdense, sobre todo, las palabras de H.L.A.Hart, *Il positivismo e la separazione* cit., cap.IV, que a propósito de la fórmula de Radbruch ve “una buena dosis de ingenuidad en considerar que la insensibilidad a las exigencias de la moral y el servilismo hacia el poder del Estado, en un pueblo como el alemán, pueden ser el fruto de la creencia de que ‘la ley es la ley’... Es más, hay algo más inquietante que la simple ingenuidad en la manera de Radbruch de presentar las cuestiones a las que da lugar la existencia de leyes moralmente inicuas”, y es “la enorme sobrevaloración de la importancia que él da a la cuestión” de la calificación de una ley “como norma jurídica válida”, casi como si la validez de la ley dispensase de la obligación moral de la desobediencia y de la resistencia (pp.146-147). Y más aún: “Si nosotros adoptamos el punto de vista sostenido por Radbruch... terminamos volviendo confusa una forma de crítica moral que debe a su simplicidad la mayor eficacia. Si queremos hablar claro... entonces debemos decir que las leyes pueden ser jurídicamente válidas, pero que si son inicuas, entonces no deben ser observadas. Y ésta es una forma de protesta moral comprensible por cualquiera y que requiere de la conciencia moral una

Por otra parte, la tesis de la separación, al mantener en pie no sólo la distinción, sino también la divergencia entre justicia y validez, contribuye a evitar que se incurra en las falacias opuestas provenientes de su confusión: la falacia *iusnaturalista*, que consiste en la identificación (y en la confusión) de la validez con la justicia, en algún sentido objetivo de este segundo vocablo, y la falacia *ético-legalista*, que consiste, también en la variante del constitucionalismo ético, en la opuesta identificación (y confusión) de la justicia con la validez. Al mismo tiempo, sólo el enfoque iuspositivista sirve para evidenciar el carácter jurídicamente normativo de la constitución, en cuanto supra-ordenada a cualquier otra fuente, y, por ende, las otras dos virtuales divergencias deónticas —entre *validez* y *vigencia* y entre *vigencia* y *efectividad*—, cuyo desconocimiento se halla en el origen de otras dos graves falacias: la *normativista*, que impide —como en la teoría de Kelsen— reconocer la existencia de normas inválidas aunque vigentes, y la falacia *realista*, que, en cambio, impide reconocer la existencia de normas válidas aunque inefectivas, o de normas inválidas aun cuando efectivas.

Estas divergencias, y en particular la existente entre el “deber ser constitucional” y el “ser” legislativo del derecho, no pueden ser reparadas por la interpretación moral y la ponderación judicial, tal como lo pretenden ahora las doctrinas del constitucionalismo argumentativo. En el modelo del constitucionalismo iuspositivista, la reparación de las lagunas y de las antinomias en las que aquéllas se manifiestan no se confía al activismo interpretativo de los jueces, sino sólo a la legislación, y, por ello, a la política, en lo que se refiere a las lagunas, y a la anulación de las normas inválidas —y por lo tanto a la jurisdicción constitucional—, en lo que se refiere a las antinomias⁴⁴. Ciertamente, los jueces deben interpretar las leyes a la luz de la Constitución, ampliando o restringiendo su alcance normativo de acuerdo con los principios constitucionales: derivando normas y derechos implícitos del sistema de los derechos establecidos, excluyendo las interpretaciones no plenamente compatibles con la constitución y, obviamente, aplicando directamente las normas constitucionales en todos los casos en los que no se

pronta y segura adhesión” (*ibid.*, p.151). Incisivamente, R.Guastini, *Diritto mite, diritto incerto*, en “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1996, 2, p.515: “No hay una obligación moral de obedecer a las normas jurídicas, ni obligación jurídica alguna de obedecer a las normas morales”.

⁴⁴ Lenio Luiz Streck considera que el constitucionalismo democrático es incompatible con el activismo judicial desvinculado de las disposiciones legales, estando los jueces obligados a aplicar la ley salvo que la consideren en todo o en parte inconstitucional. La sujeción del juez a la ley, añade, es un derecho fundamental del ciudadano (*Verdade e Consenso* cit., p. 561-562).

requieren leyes de actuación. Pero es ilusorio suponer que los jueces puedan colmar las que he denominado “lagunas estructurales” y suplir la *interpositio legis* necesaria para la introducción de las garantías. Como mucho, pueden evidenciar las lagunas: los jueces constitucionales pueden hacerlo mediante indicaciones al parlamento, tal como se prevé en el art. 283 de la Constitución portuguesa y en el art. 103 § 2 de la Constitución brasileña; los jueces ordinarios, disponiendo alguna forma de satisfacción o reparación, en el caso concreto de que conozcan. De hecho, casi todos los derechos fundamentales requieren leyes de actuación idóneas para asegurar a todos las garantías primarias: los derechos a la educación y a la salud serían letra muerta sin la introducción, por vía legislativa, de la escuela pública y de la asistencia sanitaria gratuita para todos; hasta el derecho a la vida permanecería inefectivo, en virtud del principio de legalidad penal, sin la previsión del homicidio como delito. Y esto, como veremos, es independiente de su formulación en forma de principios o de reglas.

V. B) UNA CRÍTICA A LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS. EL DEBILITAMIENTO DE LA NORMATIVIDAD DE LAS CONSTITUCIONES

Llego así al segundo de los tres aspectos del constitucionalismo principialista que señale antes, en los que se basa una concepción de la constitución y del constitucionalismo opuesta a la concepción positivista y garantista recientemente ilustrada: la distinción entre reglas y principios, tal como ha sido formulada por Ronald Dworkin⁴⁵ y que Robert Alexy considera como “uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales”⁴⁶. Según esta distinción, se afirma, las normas constitucionales que formulan objetivos políticos y/o valores morales y/o derechos fundamentales, tienen la forma de principios y no de reglas. Y mientras las reglas se aplican a los casos previstos por ellas, los principios —caracterizados generalmente no sólo por la mayor importancia, sino también por una mayor indeterminación y por un carácter más genérico— se respetan, se pesan y se comparan entre sí, tanto más si, como generalmente ocurre, entran en conflicto entre ellos. Las reglas, escriben Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero,

⁴⁵ R.Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), tr.it., *I diritti presi sul serio*, ed. de G.Rebuffa, Bologna, Il Mulino 1982, pp.90-121 [trad. cast. M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984].

⁴⁶ R.Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), tr. cast., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, cap.III, § 1, p.82, donde se adopta “norma” como término de género y “principios” y “reglas” como términos de especie (ivi, p.83).

describen los casos en que son aplicables en forma cerrada y son “razones perentorias para la acción”; los principios se conciben, en cambio, de forma abierta y son razones para la acción, no perentorias sino ponderables con otras razones o principios⁴⁷. De modo diverso a lo que sucede con las reglas, añade Gustavo Zagrebelsky, que prevén hechos típicos subsumibles en ellas, los principios carecen de supuestos de hecho⁴⁸ y, por eso, no son aplicables sino sólo ponderables. Me parece que a esta distinción se ha asociado un alcance empírico y explicativo que va mucho más allá de su fundamento teórico, por lo demás, incierto y problemático, al ser inciertos y heterogéneos tanto la noción de “principio” como el significado y la consistencia conceptual de la distinción misma⁴⁹. En efecto, pues según una primera orientación,

⁴⁷ M.Atiienza, J.Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona 1996, cap.I; cfr. También Idd., *Tre approcci ai principi del diritto*, en P.Comanducci y R. Guastini (ed.), *Analisi e diritto*. 1993, Giappichelli, Torino 1993, pp.9-29.

⁴⁸ G.Zagrebelsky, *Il diritto* *mile* cit., cap.VI, p.149; Id., *Introduzione* a R.Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p.XX; Id., *La legge e la sua giustizia* cit., cap.VI, pp.205-236. Una tesis análoga, según la cual la aplicación de las reglas, a diferencia de la de los principios, consiste en la “subsunción de un concepto de especie (supuesto concreto) en un concepto de género (supuesto abstracto)” fue sostenida por Letizia Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, (1984), en Id., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino 1986, ahora en Id., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, ed. de E.Diciotti y V.Velluzzi, Giappichelli, Torino 2008, § 3, p.178. Pero esta diferencia, agregaba Gianformaggio, “emerge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación... Quiero decir que la distinción entre reglas y principios pertenece a la lógica jurídica en cuanto lógica de los juristas, y no a la lógica jurídica en cuanto lógica del derecho; es decir a la problemática de las relaciones entre los elementos de un razonamiento jurídico, y no entre los elementos de un sistema jurídico” (ivi, p.179). Análogamente, Paolo Comanducci entiende que la consideración de una norma como regla o como principio no depende de sus connotaciones intrínsecas ontológicas o estructurales, sino que se sigue de la interpretación del enunciado que la expresa (*Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, en Id., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino 1998, cap.VII, § 2.1, pp.84-85).

⁴⁹ Riccardo Guastini brinda una lista con cinco diversas caracterizaciones de los principios proporcionadas por la literatura, todas ellas reunidas por la idea de que “existe un único tipo de principios o de que, de todos modos, todos poseen una o más propiedades comunes”, ninguna de las cuales “permite identificar los principios con rigor” (*Diritto mile, diritto incerto*, cit., pp.518-520). Un análisis riguroso de los múltiples significados asociados a la noción de “principio” y una prolija tipología de los principios es proporcionada por R.Guastini, *Sui principi di diritto*, en “Diritto e società”, 1986, n.4, pp.601 ss; Id., *I principi di diritto*, en AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi*, Cedam, Padova 1994, pp.193-207; Id., *Principi di diritto*, in *Digesto. IV Edizione, Civile*, Utet, Torino 1996, vol.XIV, pp.341-355, en los que se proponen múltiples distinciones: entre principios generales y principios fundamentales; entre principios de derecho positivo y principios de derecho natural; entre principios expresados y principios no expresados; entre principios constitucionales, principios legislativos y principios supremos. Sobre los “principios generales” en el derecho italiano, me limito a recordar además a V.Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè 1952; N.Bobbio, *Principi generali del di-*

que reúne a los principales exponentes del constitucionalismo principialista, se trata de una “distinción fuerte”, de tipo exclusivo y exhaustivo, fundada en diferencias de naturaleza ontológica, estructural o cualitativa. Pero según otra orientación, bastante más argumentada, se trata, en cambio, solamente de una “distinción débil”, de tipo cuantitativo, es decir, relativa al grado en que, en ocasiones, son reconocibles, en concreto, las características de los unos y de las otras, formuladas más arriba en abstracto⁵⁰. Es claro que si se admite que la diferencia no es cualitativa, también la diferencia cuantitativa se oscurece, siendo fácil poner de relieve que las características de la inde-

ritto, en *Novissimo Digesto italiano*, Utet, Torino 1966, vol.XIII, pp.887-896; M.Jori, *I principi nel diritto italiano*, en “Sociologia del diritto”, 1983, 2; G.Alpa, *I principi generali*, en *Trattato di diritto privato* ed. de G. Iudica y P.Zatti, (1993), II ed., Giuffrè, Milano 2006; F.Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, en *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma 1991, vol.XXIV; Id., *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, en AA.VV., *Esperienze giuridiche del '900*, Giuffrè, Milano 2000; Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Esi, Napoli 2008.

⁵⁰ Han formulado esta distinción entre “distinción fuerte” y “distinción débil”, entre principios y reglas, R.Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap.III, § 1, p.85; L.Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, cap.II; R.Guastini, *I principi nel diritto positivo* (1995), en Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino 1996, § 2, pp.116-117 trad. cast. de J. Ferrer Beltrán, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999], retomado en Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998, cap.XV, § 160, pp.272 ss; P.Comanducci, *Principi giuridici* cit., pp.85-87. La primera orientación es la que sostienen, en los trabajos citados en las notas precedentes, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y Gustavo Zagrebelsky. La segunda, crítica con la primera y bastante más argumentada, es la formulada –además de por Prieto Sanchís, Guastini y Comanducci en los escritos aquí citados– por L.Gianformaggio, *op.ult.cit.*; A.Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano 1982; M.Jori y A.Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, pp.258-262; J.J.Moreso, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, en P.Comanducci, R.Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1997*, Giappichelli, Torino 1998, pp.79-118; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999, cap.V, § 5, pp.425-435; M.Barberis, *Filosofia del diritto* cit., pp.104-116; G.Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino 2008, pp.300-307; G.Pino, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli Torino 2008, pp.17 ss; Id., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2010, cap.III, § 1, pp.51-75. Aunque con distintos acentos y argumentos, todos estos autores excluyen que entre principios y reglas se pueda trazar una distinción neta, de tipo ontológico o cualitativo, y admiten sólo una diferencia cuantitativa en el diverso grado – generalmente mayor en los principios y menor en las reglas – en que las características de los principios identificadas por los exponentes de la primera orientación se encuentran en todas las normas, incluidas las reglas. La distinción dworkiniana en sentido fuerte entre *rules* y *principles* es considerada por Riccardo Guastini como “una distinción (*latu sensu*) ideológica”, operada con “el inocultable propósito de sugerir que los jueces deben resolver los casos dudosos o difíciles (*hard cases*) dando aplicación a principios ético-políticos no positivizados en la constitución y en la legislación” (*Principi di diritto*, cit., pp.342-343).

terminación, de la genericidad y, como se verá más adelante, incluso de la ponderabilidad, suelen hallarse también en las reglas, no menos —e incluso a veces más— que en los principios. Por lo demás, ésta es la conclusión que coherentemente extrae, de las posiciones principialistas radicales, Alfonso García Figueroa, quien afirma el carácter “débil” y, en última instancia, inconsistente de la distinción, a causa del carácter problemático no ya de los principios y de la ponderación, sino, antes bien, del modelo tradicional de las reglas y de su subsunción, considerado por él obsoleto en el estado constitucional de derecho, en el que también las reglas, al igual que los principios, son susceptibles de ponderación⁵¹.

Aún más discutible es la capacidad explicativa de la distinción. Por ejemplo, es dudoso, que se basen en principios y no en reglas las decisiones adoptadas en los dos célebres casos analizados por Ronald Dworkin en su *Taking Rights Seriously*⁵². No quiero decir que la distinción carezca de funda-

⁵¹ A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad* cit., cap.IV, pp.142 ss y 145, que retoma en el mismo sentido J.A.García Amado, *El Juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*, en R.García Manrique (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, pp.249-332. En igual sentido, G.Pino, *Diritti fondamentali* cit., p.25.

⁵² Se trata del caso *Riggs v. Palmer* de 1889, en el que se hallaba en cuestión si el asesino del *de cuius* podía heredarlo, y del caso *Henningson v. Bloomfield Motors Inc.* de 1960, en el cual se ponía en cuestión la responsabilidad del fabricante de un automóvil por los daños provocados por un accidente causado por un defecto de fabricación, aun cuando existía una cláusula contractual que limitaba la garantía —“puesta expresamente en el lugar de otras garantías, obligaciones y responsabilidades”— únicamente a la obligación de reparar las partes defectuosas (R.Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., pp.90-96). Los dos casos se habrían resuelto sin problemas en ordenamientos del *Civil Law*, como por ejemplo el italiano, sobre la base de reglas absolutamente inequívocas: el primero en base al art. 463 del código civil que excluye por “indignidad” de la sucesión a “quien ha voluntariamente matado o intentado matar a la persona de cuya sucesión se trata”; el segundo con base en el art. 1490 del mismo código, que regula la “garantía por los vicios de la cosa vendida”, que establece en el segundo inciso que “el pacto por el que se excluya o se limite la garantía no tiene efecto si el vendedor ha ocultado con mala fe al comprador los vicios de la cosa”, dictando así una solución basada enteramente en reglas: a) la regla sobre la garantía por vicios de la cosa vendida (art. 1490 inc. 1); b) la regla sobre la derogabilidad de tal garantía por obra de un pacto en contrario; c) la regla de su inderogabilidad, aun en presencia de pacto en contrario, si los vicios de la cosa han sido ocultados por el vendedor con mala fe. En este segundo caso, se debería haber comprobado si el vendedor-fabricante conocía o no el vicio del automóvil y si lo había ocultado con mala fe al comprador.

En los ordenamientos de *Common Law* los dos casos son, ciertamente, más problemáticos, y esto explica por qué el enfoque antipositivista y principialista está más justificado en ellos que en los sistemas de derecho codificado. Sin embargo, también en estos ordenamientos es al menos discutible que las mismas soluciones impuestas por las normas del código civil italiano hayan sido alcanzadas por los jueces sobre la base de principios antes que de reglas. Esto vale, en primer lugar, para el caso *Riggs v. Palmer*. En efecto, en la base de sus decisiones no parece que los jueces hayan asumido, como afirma Dworkin, el genérico principio según

mento; sólo pretendo señalar que tiene un alcance explicativo bastante más restringido del que comúnmente se le asocia, dado que la mayor parte de los principios se comportan como las reglas. Ciertamente, existen principios que enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil identificar. Pero se trata de normas relativamente marginales⁵³. Podemos llamarlas *principios directivos* o *directivas*, en oposición a los otros principios, que denominaré *principios regulativos* o *imperativos*, en cuanto tales inderogables. Cabe caracterizar a los primeros como expectativas genéricas e indeterminadas, no de hechos sino de resultados, a diferencia de los principios regulativos, que expresan, en cambio, expectativas específicas y determinadas, a los que corresponden límites o vínculos, es decir garantías,

el cual “nadie puede obtener provecho de su ilícito”: principio, afirma, que de por sí no impone una determinada decisión según la lógica “todo-o-nada” que preside a la aplicación de las reglas – “de hecho a menudo la gente obtiene provecho de un modo perfectamente legal de sus ilícitos jurídicos” (ivi, p.94) – pero que se limita a afirmar “una razón que empuja u orienta en una determinada dirección” (ivi, p.95). En cambio, la decisión se basó –sobre la base de la citación de numerosas máximas en materia de interpretación formuladas por Rutherford, Bacon, Puffendorf, Smith y Blackstone, y de otras máximas de derecho sustancial del *Common Law*– en precisas reglas jurídicas, aun cuando obtenidas como implícitas en otras reglas: como el respeto a la voluntad del testador, que ciertamente no habría designado como heredero a su asesino; a la regla de la nulidad del negocio realizado por medio de violencia o engaño, una y otra reconocibles en el asesinato, que ciertamente el testador no había previsto en el momento de testar; a la regla de la revocabilidad en todo momento del testamento, impedida por el asesinato; o a la obtenible de la intención del legislador, que ciertamente habría resuelto la cuestión en el sentido adoptado por los jueces si hubiese tenido que resolverla. Se puede discutir el fundamento de estas interpretaciones, cuestionadas por el juez Gray, quien expresó la opinión disidente *a)* en torno a la validez del testamento en ausencia de una explícita derogación a la regla de su carácter absolutamente vinculante, y por ello *b)* en torno a la invalidez, más allá de su justicia, de la solución adoptada. Pero en todos los casos se ha tratado de aplicaciones de reglas. Lo mismo debe decirse del caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, cuya decisión bien podría haber estado basada, además que sobre las genéricas motivaciones formuladas por los jueces, sobre las reglas, también presentes en el *Common Law*, de la rescabibilidad del daño injusto por parte de quien lo ha provocado, poniendo en circulación automóviles inseguros, o de la invalidez de cláusulas contractuales viciadas de fraude o de engaño hacia uno de los contratantes.

⁵³ La prevalencia de las reglas y no de los principios en el texto de la Constitución italiana y, en particular, la naturaleza de reglas y no de principios de los derechos fundamentales, ha sido sostenida por A.Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, en G.Azzariti (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino 2006, pp.86 ss, donde se defiende una lectura claramente normativa y iuspositivista de la Constitución italiana. En el mismo sentido, cfr. F.Bilancia, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, destinado a los *Studi in onore di Alessandro Pace*.

consistentes en las correspondientes prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación⁵⁴.

En este sentido, por ejemplo, son principios directivos gran parte de los “principios rectores de la política social y económica”, que es el nombre del capítulo III del título I de la Constitución española. Pero piénsese también en el art. 1 de la Constitución italiana: “Italia es una República democrática, fundada en el trabajo”; o en el artículo 9: “la República promoverá el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica. Tutelaré el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación”; o también en el art. 47: “la República fomentará y tutelaré el ahorro en todas sus formas”. En todos estos casos, en efecto, los principios, como dice Alexy, son “*mandatos de optimización*, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado”⁵⁵ y por carecer, como escribe Zagrebelsky, de supuestos de hecho que hagan concebible su inobservancia. Un lugar intermedio entre los principios directivos y los principios regulativos es el que ocupan los derechos sociales, que, como veremos en el § 6, imponen al legislador la producción de leyes de actuación que introduzcan sus garantías primarias —como las normas sobre la escuela pública, el servicio sanitario gratuito y similares—, obviamente sin poder precisar sus formas, la calidad ni el grado de protección: principios regulativos inderogables, por lo tanto, en lo que se refiere al *an* de su actuación legislativa, pero al mismo tiempo directivos en

⁵⁴ La distinción, aquí apenas esbozada, entre principios regulativos y principios directivos, merecería una mayor profundización, que será posible mediante la formalización de los dos conceptos. Puede ser útil recordar que en el léxico de *Principia iuris* las reglas son caracterizadas, según los postulados P7 y P8, como modalidades deónticas (facultades, obligaciones o prohibiciones) o como expectativas (positivas o negativas) generales y/o abstractas de comportamientos determinados (*PiI*, Premisa, p.92); que los derechos fundamentales, al igual que todos los derechos, consisten en expectativas de prestación o de no lesión, es decir de la comisión o de la omisión de actos a su vez determinados (*PiI*, T11.52-T11.54, p.743); que, por lo tanto, cuando menos los principios consistentes en derechos fundamentales y que entran en los que he llamado “principios regulativos”, son reglas (*PiI*, T11.16, pp.729-730). La diferencia cualitativa y estructural no se da, por lo tanto, a mi modo de ver, entre reglas y principios, sino sólo entre principios regulativos y los que he denominado “principios directivos”, que consisten en expectativas ya no de actos determinados sino de resultados, es decir de las políticas en condiciones de realizarlos mediante una pluralidad de actos indeterminados y no predeterminables normativamente. Una distinción, en algunos aspectos análoga a la que aquí se propone, me parece la de “principios en sentido estricto” y “directrices”, realizada por M.Atenza y J.Ruiz Manero, *Las piezas del derecho* cit., cap.I, §§ 1.3 e 2.2, pp.5 y 14-15; cap.IV, § 4, pp.140-141; cap.VI, § 2, p.166, y retomada por M.Atenza, *El Derecho como argumentación* cit., cap.III, § 8, pp.168-169 y cap.IV, § 5, p.21.

⁵⁵ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap.III, § 2, p.86.

lo que se refiere al *quomodo* y al *quantum*, es decir las formas y la medida de la actuación misma.

Todos los otros principios, como por ejemplo el de igualdad y los derechos de libertad, son, en cambio, regulativos, siendo materialmente posible, pero deónticamente prohibida, su inobservancia. Consisten en normas simplemente formuladas de manera diversa a las reglas: con referencia a su respeto y no —como ocurre con las reglas— a su violación y a su consiguiente aplicación. Prueba de ello es que también las reglas, incluso las penales —a las que se exige la máxima taxatividad—, cuando son observadas son también consideradas como principios, que no se aplican sino que se respetan: por ejemplo, la observancia de las normas sobre el homicidio, las lesiones personales o el hurto, equivale al respeto de los principios de la vida, la integridad personal y la propiedad privada. Se puede incluso afirmar que detrás de cada regla hay también un principio: hasta detrás de la prohibición de estacionamiento de los vehículos o detrás de la obligación de frenar ante el semáforo en rojo, hay principios, como los de la seguridad y la mayor eficiencia y racionalidad del tráfico rodado. A la inversa, también los principios regulativos, cuando son violados, se presentan como reglas, que no se respetan sino que se aplican: por ejemplo, el principio constitucional de igualdad, cuando es violado, se manifiesta, en relación con sus violaciones, como regla: precisamente la que prohíbe las discriminaciones⁵⁶. Y éstas son seguramente supuestos típicos de la correspondiente prohibición, cuya comprobación no consiste en una ponderación, sino en una subsunción. Incluso principios tan vagos e imprecisos como la dignidad de la persona o los de taxatividad o lesividad propios del derecho penal, cuando son violados por comportamientos lesivos de la dignidad o por leyes penales que prevén como delitos hechos inciertos o inofensivos, se manifiestan como reglas, cuya violación es subsumida en éstas, de modo similar a lo que sucede con cualquier acto ilícito o inválido; y lo opinable de la subsunción no depende, en estos casos, de la formulación de las respectivas normas en principios, sino sólo —tal como ocurre también con las reglas— del uso de palabras vagas o imprecisas, como “dignidad”, “certeza” y “lesividad”.

⁵⁶ Y que es aplicada, y no simplemente respetada, en sede de garantía secundaria, por el juicio de inconstitucionalidad. He expresado esta tesis en *PiI*, § 12.8, pp.884-885, mostrando, con el teorema T12.78, cómo “las normas primarias”, entre las que se hallan todas las normas constitucionales sustanciales, “cuando sean violadas, se manifiesta en el acto de la comprobación jurisdiccional de su inobservancia, como normas secundarias respecto al acto jurisdiccional con el cual son aplicadas (T12.78)”. En suma, todas las normas, lo mismo da si formuladas en forma de reglas o de principios, son *respetadas* en vía primaria si son observadas y son *aplicadas* en vía secundaria si son violadas.

Por tanto, la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es de carácter no estructural, sino poco más que de estilo. La formulación de muchas normas constitucionales —y, en particular, de los derechos fundamentales— en forma de principios, no es sólo un hecho de énfasis retórico, sino que tiene una indudable relevancia política: en primer lugar, porque los principios enuncian expresamente y, por ello, solemnemente, los valores ético-políticos que proclaman, en relación con los cuales las reglas son, en cambio, “opacas”⁵⁷; y en segundo lugar, y sobre todo, porque aquéllos, cuando enuncian derechos, sirven para explicitar la titularidad de las normas constitucionales que confieren derechos a las personas o los ciudadanos y, de ahí, la colocación de éstos en posición supra-ordenada al artificio jurídico, como titulares de otros tantos fragmentos de la soberanía popular. Pero más allá del estilo, cualquier principio que enuncia un derecho fundamental —por la recíproca implicación que liga a las expectativas en que consisten los derechos, con las obligaciones o prohibiciones correspondientes— equivale a la regla consistente en la correlativa obligación o prohibición⁵⁸. Justamente porque los derechos fundamentales son universales (*omnium*), consisten en normas, interpretables siempre como reglas⁵⁹, a las que corresponden deberes absolutos (*erga omnes*) que también consisten en reglas. Por ejemplo, el art. 32 de la Constitución italiana sobre el derecho a la salud, equivale a la norma —que, por lo demás, está explicitada en él— según la cual la República “garantiza [es decir, debe garantizar] tratamientos gratuitos”; el art. 21 sobre la libertad de manifestación del pensamiento equivale a la regla según la cual está prohibido impedir, perturbar o limitar la libre manifestación del pensamiento; el art. 16 sobre la libertad de circulación, que la misma constitución tutela dentro los límites impuestos por la salud y la seguridad, equivale a la prohibición de limitar la libertad de circulación, salvo “por motivos de salud o de seguridad”. El Decálogo, por otro lado, está expresado en reglas (“no matar”, “no robar” y similares) que

⁵⁷ Así G.Pino, *Diritti e interpretazione* cit., pp.52 y 130.

⁵⁸ Véanse, en *PII*, las tesis T2.60-T2.63 en el § 2.3, pp.155, y las tesis T10.170-T10.185 en el § 10.13 pp.651-655. Como he escrito en el § 3.4, pp.192-193, “las normas pueden estar formuladas en términos de obligaciones y prohibiciones, esto es a través de las que llamaré ‘normas imperativas’ (D8.9), o bien en términos de expectativas positivas y negativas, es decir mediante las que denominaré ‘normas atributivas’ (D8.8). En principio, entre las dos cosas no existe, en el plano teórico, ninguna diferencia: en efecto, lo que es argumento de expectativa, se debe a alguno o a todos por parte de alguno o de todos; y lo que es debido es argumento de una expectativa de alguno o de todos frente a alguno o a todos”.

⁵⁹ *PII*, § 11.1, pp.729-731, tesis T11.16-T11.20.

tienen exactamente el mismo significado que los derechos correspondientes (el derecho a la vida, el derecho de propiedad y similares).

Se entiende así por qué no existe una real diferencia de estatuto entre la mayor parte de los principios y las reglas: siempre la violación de un principio hace de éste una regla que enuncia las prohibiciones o las obligaciones correspondientes. Por ello, la constitución es definible, en su parte sustancial, además de como un conjunto de derechos fundamentales de las personas (es decir, de principios), también como un sistema de límites y de vínculos (es decir, de reglas) impuestos a los titulares de los poderes. Precisamente, a los principios que consisten en derechos de libertad (universales u *omnium*) corresponden las reglas consistentes en límites o prohibiciones (absolutos o *erga omnes*); a los principios consistentes en derechos sociales (universales u *omnium*) corresponden las reglas consistentes en vínculos u obligaciones (absolutos o *erga omnes*)⁶⁰. Derechos y deberes, expectativas y garantías, principios en materia de derechos y reglas en materia de deberes, son, en resumen, las dos caras de una misma moneda, equivaliendo la violación de los primeros —ya sea por acción o por omisión— a la violación de las segundas.

La cuestión no es meramente de palabras. La contraposición, a mi entender escasamente consistente, establecida indistintamente entre principios y reglas, tiene relevantes implicaciones prácticas. Su aspecto más insidioso es la radical reducción del valor vinculante de todos los principios, tanto más si son de rango constitucional. Ésta es una tesis sostenida abiertamente por Alfonso García Figueroa, a quien se debe reconocer, en relación con los demás principialistas, el mérito de la coherencia y de la claridad: “los principios son normas derogables”⁶¹ o, tal como se usa decir hoy, “derrotables”⁶², afirma, y la “derrotabilidad es una propiedad esencial de las normas jurídicas en los estados constitucionales”⁶³; entendiéndose por “derrotabilidad” el hecho de que “una norma *N* puede resultar inaplicada y debe serlo si y sólo si se

⁶⁰ *PII*, § 11.9, pp.772-776, tesi D11.24-D11.26, T11.102-T11.103 y T11.107-T11.108.

⁶¹ A.García Figueroa, *Criaturas de la moralidad* cit., p.20. “La derrotabilidad de las normas constitucionales”, agrega García Figueroa, “se explica por la base ética de los ordenamientos jurídicos particularmente en los Estados constitucionales”.

⁶² En inglés “*defeasibility*”; en italiano “*defettibilità*”. Sobre los múltiples usos y significados en los más diversos contextos de “derrotabilidad”, véase P.Chiassoni, *La defettibilità nel diritto*, en “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2008, 2, pp.471-506. Sobre el “carácter derrotable” de los derechos fundamentales en virtud de sus potenciales conflictos y sobre el “carácter aproximado” de su interpretación en virtud de su indeterminación, cfr. T. Mazzarese, *Ancora su ragionamento giudiziale* cit., § 5.3.

⁶³ A.García Figueroa, *Criaturas* cit., § 4.2, p.151.

manifiestan nuevas excepciones no previstas *ex ante* y justificadas”, a través de la ponderación⁶⁴.

La caracterización indiferenciada de los principios, tal como es planteada por los exponentes más ilustres del constitucionalismo principialista, conlleva —aun cuando en términos menos explícitos— el debilitamiento normativo de los mismos. “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios”, escribe Robert Alexy, es que “las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no” y “los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁶⁵. Se ha visto, con referencia a la comprobación judicial de las violaciones, el escaso fundamento de esta contraposición: también los principios, como el de igualdad y la correlativa prohibición de discriminaciones, o la libertad de expresión y la correlativa prohibición de restricciones o censuras, pueden ser observados o violados; y cuando son violados, su ámbito de aplicación jurisdiccional no es más indeterminado que, por ejemplo, el de las reglas penales que en el ordenamiento italiano castigan los también imprecisos “maltratos en familia” o los “actos obscenos en lugar público”⁶⁶. Por su parte, Atienza y Ruiz Manero degradan los

⁶⁴ Ivi, § 4.1, p.136.

⁶⁵ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap.III, § 2, pp.86-87. El mismo pasaje es retomado en Id., *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en “Doxa”, n.5, 1988, pp.143-144. Análoga es la distinción trazada por Dworkin, *I diritti* cit., pp.93-95: “La diferencia entre principios jurídicos y reglas es de carácter lógico. Unos y otras orientan en la adopción de decisiones particulares, pero difieren por el carácter del ordenamiento que sugieren. Las reglas son aplicables en la forma del todo-o-nada. Si se dan los hechos establecidos por una regla, “entonces se determinan las consecuencias predispuestas por ella. Los principios, en cambio, expresan “una razón que empuja en una dirección pero que no necesita de una particular decisión”. En el mismo sentido, G.Zagrebelsky, *La legge* cit., pp.213-214.

⁶⁶ Véase el análisis de la indeterminación de los principios constitucionales desarrollado por C.Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2005, pp.99-110. Bernal menciona numerosos tipos de indeterminación que afectarían a los principios constitucionales. Pero en la mayor parte de los casos ejemplificados por él no me parece que se produzcan indeterminaciones relevantes o tipos de indeterminación no hallables también en las reglas. Por ejemplo, no me parece que en la norma que prevé el derecho de asociación se dé una “*indeterminación semántica*” tal que permita dudar seriamente de que implica la prohibición para el Estado de imponer la pertenencia a una asociación determinada; o que el art. 19 de la Constitución argentina presente una “*indeterminación sintáctica*” tal que pueda ser interpretado en el sentido de que la no punibilidad establecida en él de las “acciones privadas” “que de ningún modo ofendan el orden o la moral pública” y “no perjudiquen a terceros” sea referible a estas tres clases de acciones consideradas disyuntivamente (entre ellas, por tanto, paradójicamente, las “acciones privadas”) y no a tres rasgos de las acciones que concurren conjuntamente; o bien, que se pueda dudar que el derecho a la información o el derecho a la educación estén afectados por “*indeterminación estructural*”, y no sea claro que las prescripciones impuestas por

principios y los derechos estipulados en ellos a “*objetivos colectivos* cuya persecución se encomienda a los poderes políticos”, o bien a “*directrices o normas programáticas*” de las que se deriva para el legislador no “el deber, como piensa Ferrajoli, de instituir sus garantías primarias y secundarias”, sino, simplemente, el deber de “trazar políticas (también políticas legislativas) que aseguren la consecución de ese objetivo”⁶⁷. No resulta superfluo recordar que en Italia la expresión “normas programáticas” fue utilizada en los años cincuenta del siglo pasado por la Corte de Casación para neutralizar el alcance normativo de los principios constitucionales, es decir para negar su idoneidad para abrogar o invalidar la legislación precedente, todavía prevalentemente fascista⁶⁸. Atienza y Ruiz Manero afirman que su tesis tiene una mayor capacidad explicativa de las prácticas judiciales que mi concepción de las normas como inmediatamente vinculantes⁶⁹. Y todavía más explícitamente, Zagrebelsky señala, a propósito de la “apelación a los principios”, criticada por quien teme que pueda avalar “el arbitrio de los intérpretes”, que: “Aquí no se está en absoluto postulando una propuesta de política del derecho de cara a la interpretación. Simplemente se describe lo que efectivamente ocurre en la realidad de la vida concreta del ordenamiento”⁷⁰. Pues bien, me parece que justamente este argumento es una clara confirmación de la convergencia antes señalada del constitucionalismo argumentativo con el realismo: efectivamente, la tesis es explicativa de la práctica jurídica

ellos se refieran a los resultados que forman el objeto de los derechos y no también los medios para conseguirlos, obviamente dejados a la discrecionalidad legislativa; o que el derecho a difundir informaciones peque de “*redundancia*”, y no sea claro que implica, como es obvio, también el derecho a crear medios de información, en todo caso implicado por el derecho a la libre iniciativa económica.

⁶⁷ M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica*, en J. Malem, J. Orozco y R. Vazquez, *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, § 1.3, p.94 y § 2.2, p.100. El pasaje es retomado en M. Atienza, *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*, § 6.1, en L. Ferrajoli, J.J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp.153-155; cfr. mi respuesta, *ivi*, § 4, pp.195-206. Para una crítica de la reducción –consiguiente a estas lecturas ético-políticas y anti-iuspositivistas del paradigma constitucional– de la normatividad jurídica de las constituciones a la de “meras declaraciones de intenciones políticas”, véase T. Mazzarese, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo* cit., en particular el § 1.4, pp.14-22; *Id.*, *Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism*, cit.

⁶⁸ Casación, Secciones Unidas penal., 7.2.1948, en “Foro italiano”, 1948, II, p.57. Esta distinción entre normas preceptivas y normas programáticas fue declarada infundada desde la primera decisión de la Corte constitucional (Corte Cost. n.1 del 1956) y luego por todos abandonada.

⁶⁹ M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Tres problemas* cit., p.94.

⁷⁰ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., cap.VII, pp.199-200.

corriente, ya sea legislativa o jurisdiccional, es decir del “ser” del derecho, pero ciertamente no lo es de su “deber ser”, que simplemente ignora.

En suma el resultado de este enfoque es un oscurecimiento del alcance normativo de los principios constitucionales. Por ejemplo, escribe Ronald Dworkin: “La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos establece que el Congreso no debe limitar la libertad de expresión. ¿Se trata de una norma, de modo que si una determinada ley limitase de hecho la libertad de expresión, sería por ello inconstitucional? Los que sostienen que la primera enmienda es un ‘absoluto’ dicen que se la debe tomar en este sentido, es decir, como una norma. ¿O se reduce, en cambio, a enunciar un principio, de modo que, de descubrirse una limitación de la libertad de expresión, sería inconstitucional a menos que el contexto evidenciase algún otro principio o una consideración de oportunidad política que, en determinadas circunstancias, tuviese la importancia requerida para permitir su limitación? Tal es la posición de los que defienden el llamado factor del ‘riesgo claro y actual’ o alguna otra forma de ‘ponderación’”⁷¹. Creo que ésta es la posición de los que asumen la constitución no como un conjunto de normas vinculantes, sino más bien como principios morales, cuyo respeto, cuando entran en conflicto con otros, queda librado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete⁷².

Pero hay otro aspecto, todavía más perverso e insidioso, de la aproximación antipositivista y principialista a las constituciones. La idea de que las normas constitucionales no son normas rígidamente vinculantes, a las que se encuentran sometidas la jurisdicción y la legislación por ser de un grado subordinado a ellas, sino principios ético-políticos fruto de argumentaciones morales, cuando no hayan quedado confinadas en el debate académico entre filósofos del derecho, ha favorecido el desarrollo de una inventiva

⁷¹ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p.97. Véase también pp.100-101.

⁷² Tómese otro ejemplo: el derecho de inmunidad contra las torturas, que puede entrar también él en conflicto, como ha sostenido el jurista americano Alan Dershowitz, con la necesidad, en casos “excepcionales” (obviamente los casos de escuela son siempre “excepcionales”), de reunir informaciones vitales de un terrorista que —“sabemos”— está “en conocimiento” de futuros, gravísimos atentados (*Why Terrorism Works. Understanding the Threat Responding to the Challenge* (2002), tr.it., *Terrorismo*, Carocci, Roma 2003, pp.118 ss y 125 ss). Pues bien, según el modelo normativo y garantista de las constituciones, la inmunidad contra las torturas no admite excepciones. El principio moral de la seguridad podrá, por ello, operar en el plano moral, pero no sobre el plano jurídico; con la consecuencia de que quien está convencido de encontrarse ante un terrorista que está en conocimiento de un futuro y gravísimo atentado, deberá asumir, si pretende violar la prohibición absoluta de la tortura para salvar la vida de innumerables personas, la responsabilidad moral de cometer el crimen de tortura y de sufrir las sanciones respectivas, sin pretender la cobertura del derecho. Este es el costo mínimo que debemos pagar a las garantías de los derechos fundamentales contar el arbitrio.

jurisprudencial puesta de manifiesto en la creación de principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución. Es lo que ha ocurrido en Brasil, donde Lenio Luiz Streck ilustró esta degeneración “pan-principalista” del derecho brasileño, brindando un increíble inventario de principios inventados por la jurisprudencia y carentes de todo anclaje en el texto constitucional, ni siquiera implícito o indirecto, tales como el “principio de precaución” contra las posibles decisiones que puedan causar daños no calculados; el “principio de la no sorpresa”, en garantía de la seguridad del ciudadano contra decisiones demasiado inesperadas; el “principio de la absoluta prioridad de los derechos de los niños”; el “principio de la cooperación de las partes en el proceso”; el “principio de la paternidad responsable”; el principio de la llamada “situación excepcional” y similares⁷³.

Aquí estamos ante verdaderas y propias invenciones normativas, en contraste con la sujeción de los jueces a la ley. Los principios constitucionales —en particular los que enuncian derechos— son normas prescriptivas, no neutralizables por principios ético-políticos. Tal es la sustancia y el rol garantista del constitucionalismo iuspositivista que se pone en riesgo con el enfoque principalista: el carácter rígidamente normativo de los principios formulados en las constituciones, no ponderables con principios no expresados en ellas y supra-ordenados a todos los poderes dotados de potestad normativa, a los que prescriben lo que está prohibido y lo que es obligatorio decidir, en garantía de los derechos fundamentales que estipulan⁷⁴.

⁷³ L.L.Streck, *op.cit.*, pp.470-496 provee un listado de 24 principios de creación jurisprudencial. Por último, en apoyo de la constitucionalidad de la ley de amnistía de los crímenes militares brasileños, se ha formulado el principio, inexistente en la constitución, de la pacificación y conciliación nacional. Principios inventados, sobre todo, para limitar el alcance de principios constitucionales, se encuentran también en la jurisprudencia constitucional italiana. Letizia Gianformaggio (*L'interpretazione della Costituzione* cit., § 11, pp.196-200) ha recordado, por ejemplo, “el principio de la tutela del sentimiento religioso de la mayoría de los italianos”, invocado en la sentencia n.39 del 31.5.1965 de nuestra Corte Constitucional, en apoyo del rechazo de la excepción de inconstitucionalidad del delito de injuria contra la religión católica, previsto en el art. 402 del C.P.: un principio que, a diferencia del de la igual libertad ante la ley de todas las confesiones religiosas, establecido por el art. 8 de la Constitución, sobre cuya base se formuló la excepción, no es siquiera implícitamente, constitucional.

⁷⁴ Debe ser recordada la firme defensa de Letizia Gianformaggio de esta concepción de la “constitución como norma jurídica disciplinante en forma obligatoria de todos los comportamientos, tanto públicos como privados” (*L'interpretazione* cit., § 7, p.190): “los principios, siendo normas, son por definición preceptivos” (ivi, § 2, p.177) y “la prescriptividad existe o no existe: no se gradúa” (*ibid.*, § 7, p.191). Es esta, agrega, una concepción “obvia”, que “se encuentra expresada límpidamente en la introducción al famoso libro de Vezio Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, de este modo: ‘Una constitución, como cualquier otra ley, es, sobre todo y siempre, un acto normativo y, por lo mismo, sus disposiciones deben ser entendidas, por regla (y salvo rarísimas excepciones eventuales, en los casos en los que no sea

VI. C) CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS Y PONDERACIÓN

La idea de que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación o, lo que es peor, que pueden ser ponderados con principios morales inventados por los jueces, genera evidentemente un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política, del que no siempre son conscientes quienes la defienden⁷⁵. De hecho, si se sostiene que los jueces no deben limitarse a interpretar las normas de derecho positivo, sino que también están habilitados para crear ellos mismos normas, aunque sólo sea a través de la ponderación de los principios, entonces resulta anulada la separación de los poderes. Y en tiempos como los que corren —de creciente tensión entre poder político y poder judicial y de falta de tolerancia del primero a los controles de legalidad ejercitados por el segundo—, la teorización de una semejante potestad normativa de los jueces provoca el riesgo de ofrecer un argumento potente en favor de su investidura política, a través de la elección o, peor todavía, de su colocación bajo la dependencia del poder ejecutivo.

Llegamos así al tercer aspecto del constitucionalismo no-positivista y principialista: la identificación de la ponderación como el único tipo de razonamiento pertinente para los principios, en oposición a la subsunción que, en cambio, se aplicaría únicamente a las reglas. De este modo, al tiempo que se debilita el carácter vinculante de las normas constitucionales a pesar de su rigidez, se avala a través de la contraposición de la ponderación a la subsunción, el debilitamiento del carácter tendencialmente cognoscitivo de la jurisdicción, en el que reside su fuente de legitimación, y se promueven y alientan tanto el activismo de los jueces como la discrecionalidad de la actividad judicial. Se sostiene que habríamos ingresado “en la época de la ponderación”, al haberse descubierto un nuevo tipo de razonamiento jurídico, por lo demás, reservado a los derechos fundamentales más que a las restantes normas del ordenamiento.

honestamente plausible hacer otra cosa), como disposiciones normativas: que enuncian, por lo tanto, verdaderas y propias normas jurídicas, aun cuando luego estas deban clasificarse entre las normas organizativas, entre las de fin o entre las que disciplinan las relaciones entre sujetos externos a la persona estatal. En otras palabras, una constitución debe ser entendida e interpretada, en todas sus partes, *magis ut valeat*, porque así lo quieren su naturaleza y su función, que son y no podrían dejar de ser, repetimos, de acto normativo, dirigido a disciplinar obligatoriamente los comportamientos públicos y privados” (ivi, p.189).

⁷⁵ Véanse, sobre los riesgos de un excesivo activismo discrecional de los jueces, L.L.Streck, *Verdade e Consenso cit.*, y L.R.Barroso, *Curso de Direito Constitucional contemporaneo*, Saraiva, Sao Paulo 2010, pp.383 ss.

Naturalmente, no tendría sentido negar o subestimar el rol de la ponderación ni tampoco —más en general— el de la argumentación en la actividad de producción normativa: en primer lugar, la ponderación legislativa, que es fisiológica en la esfera de las decisiones políticas, para que no entren en conflicto, por acción o por omisión, con las normas constitucionales; en segundo lugar, la ponderación jurisdiccional, en los espacios de la interpretación judicial, también éstos fisiológicos y que ciertamente son, a menudo, más amplios e indeterminados cuando las normas tienen la forma no de reglas sino de principios. Menos sentido tendría infravalorar la importancia de una teoría de la argumentación, como la desarrollada ejemplarmente por Robert Alexy y por Manuel Atienza, dirigida a fundar la racionalidad del ejercicio discrecional del poder judicial. En efecto, pues los espacios de discrecionalidad de la jurisdicción son innegables. Incluso en materia penal, donde el valor de la certeza es máximo, se pueden distinguir tres espacios fisiológicos e insuprimibles de discrecionalidad judicial, a los que corresponden otros tantos tipos de poder: el *poder de calificación jurídica*, que corresponde a los espacios de la interpretación de la ley, ligados a la semántica del lenguaje legal; el *poder de verificación fáctica* o de valoración de las pruebas, que corresponde a los espacios de la ponderación de los indicios y de los elementos probatorios; el *poder equitativo de connotación* de los hechos comprobados, que corresponde a los espacios de la comprensión y ponderación de los rasgos particulares e irrepetibles de cada hecho, aun cuando sean todos igualmente subsumibles en la misma figura típica⁷⁶. Estos espacios pueden ser fuertemente reducidos, pero no suprimidos, por el conjunto de las garantías penales y procesales: de aquí la importancia de una adecuada teoría de la argumentación, que esté en condiciones de guiar racionalmente la motivación de las decisiones tomadas en el ejercicio de los tres poderes que corresponden a aquellos espacios.

Por lo tanto, mi crítica no se dirige al rol de la ponderación en la actividad de producción del derecho. Se dirige, más bien, a la excesiva ampliación del mismo en la actuación legislativa y en la interpretación jurisdiccional de las normas constitucionales. En otras palabras, se refiere al excesivo alcance empírico que se asocia a la noción de ponderación, que, al contrario, es tan limitado como el de la distinción entre reglas y principios, ya examinado. De hecho, tengo la impresión de que, a causa de tal ampliación, la ponderación ha acabado por convertirse en una burbuja terminológica, inflada enormemente hasta designar las formas más desenvueltas de vaciamiento y

⁷⁶ Véase, sobre estos tres espacios fisiológicos de discrecionalidad que, en su conjunto, definen el poder judicial, *Diritto e ragione* cit., cap.III.

de inaplicación de las normas constitucionales, tanto en el plano legislativo como en el jurisdiccional.

A propósito de la *ponderación legislativa*, debe distinguirse entre los que he denominado principios regulativos y los que he llamado principios directivos. Ciertamente, la demandan los principios directivos; no, en cambio, los principios regulativos, vinculantes e indefectibles si no encuentran límites en normas del mismo nivel. Los derechos de libertad, en particular, generalmente no admiten ponderación alguna: su violación genera antinomias, a menos que existan límites expresados por reglas, como por ejemplo el límite a la libertad de asociación impuesto en el art. 18 de la Constitución italiana, que prohíbe las asociaciones secretas, que prevalece por imperativo del principio de especialidad. Requieren de la ponderación sólo cuando el límite está expresado por principios directivos, como por ejemplo el principio genérico de la seguridad, en la medida en que éste se halle expresamente formulado por normas del mismo nivel.

Parcialmente diversa es la fenomenología de la actuación legislativa de los derechos sociales. Las normas o, si se prefiere, los principios que enuncian tales derechos, como se ha dicho en el párrafo precedente, son regulativos en cuanto al *an* y directivos en cuanto al *quomodo* y al *quantum* de su actuación. Su falta de actuación equivale, por ello, a su violación, que da lugar a lagunas no menos ilegítimas que las antinomias. Pero es claro que su ponderación legislativa es fisiológica en las opciones legislativas, inevitablemente discrecionales, en lo que se refiere a los medios, a las formas y también a los límites de su actuación, no predeterminados por su formulación constitucional⁷⁷. En otras palabras, la ponderación no puede extenderse a la

⁷⁷ Sostuve esta diferente fenomenología de los derechos de libertad y de los derechos sociales, en *Diritto e ragione* cit., cap. XIV, § 60.4, p.958. Se trata, evidentemente, de una diferencia de carácter teórico y conceptual: mientras la simple formulación de los derechos de libertad comporta la prohibición de su lesión, la de los derechos sociales —por ejemplo, a la salud, la educación, la subsistencia o similares— comporta, ella misma, la obligación de su satisfacción, cualquiera que sea, pero no dice nada sobre las formas y sobre los límites de su actuación. Esto no excluye, obviamente, que las constituciones más avanzadas incorporen también principios regulativos o reglas que prevén también las garantías de tales derechos, prefigurando, al menos en parte, sus límites mínimos y formas. En la Constitución italiana, por ejemplo, el art. 34 establece, en garantía del derecho a la educación, que la “educación inferior” se “imparte al menos durante ocho años” y que “es obligatoria y gratuita”; y el art. 33, al establecer que “la República... instituirá escuelas estatales para todos los órdenes y grados” y que las escuelas instituidas por particulares no deben comportar “gastos para el Estado”, asigna implícitamente a la escuela pública la garantía del derecho a la educación inferior por al menos ocho años. En la Constitución brasileña se prevén vínculos presupuestarios, en garantía de los derechos sociales: por el art. 34, VII, inc. e), que dispone “la aplicación de una cuota mínima” del presupuesto de la Unión para “la gestión y el desarrollo de la enseñanza y para las acciones y los servicios públicos sanitarios”; por el art. 198 §§ 2 y 3,

opción de qué principios constitucionales actuar y cuáles no actuar sin resolverse en un incumplimiento de la constitución, y, por ello, en la admisión de un poder del legislador de anular o derogar el dictado constitucional, en contraste con la jerarquía de las fuentes. Un poder que, como se ha visto, resulta legitimado con la tesis de la derrotabilidad de las normas constitucionales, dado que concibe como inevitables —por ser consecuencia de la ponderación— las violaciones y los incumplimientos de algunas de ellas en beneficio de la actuación de otras. Contra este peligro, y a fin de evitar un equívoco semejante, el artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha establecido que, en todo caso, las leyes deben “respetar el contenido esencial de los derechos y de la libertad” en ella establecidos. Lo que hace, por tanto, obligatoria una actuación de los mismos, cualquiera que sea, que les dote de las garantías esenciales. Por otro lado, la idea de que la garantía de cada derecho fundamental implicaría el sacrificio o la limitación de otros⁷⁸, con la consiguiente necesidad de una ponderación legislativa de los derechos en conflicto, es un lugar común completamente infundado. Las relaciones entre los derechos, como enseña la experiencia histórica, son, sobre todo, de sinergia: sin garantía de los derechos sociales, en particular a la educación y a la información, los derechos de libertad no son ejercitables con conocimiento de causa, y sin garantía de los derechos de libertad no lo son tampoco los derechos políticos. Hasta la relación entre garantías de los derechos y desarrollo económico es una relación de sinergia: sin las libertades fundamentales no hay control democrático sobre el correcto funcionamiento de las instituciones; y sin garantías de los derechos sociales a la educación, a la salud y a la subsistencia, no se dan los presupuestos elementales de la productividad individual y colectiva; tan es así que se puede afirmar que los costos de tales garantías representan la más eficaz inversión productiva⁷⁹.

En cuanto a la *ponderación jurisdiccional*, parece poco más que una expresión nueva para denominar a la vieja “interpretación sistemática”, conocida

que en materia de derecho a la salud remiten a la ley la estipulación, cada 5 años, de los porcentajes del presupuesto de la Unión y de los Estados que deben ser destinados a su garantía; por el art. 212, que en tema de derecho a la educación establece que “la Unión destinará anualmente no menos del 18% y los Estados y el distrito federal y los Municipios no menos del 25% de lo recaudado por impuestos... a la gestión y al desarrollo de la enseñanza”. Más genérico e indeterminado es el art. 27, 4 de la Constitución española, que se limita a establecer que “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita”.

⁷⁸ Anna Pintore ha llegado a formular la tesis según la cual los derechos “frecuentemente entran en un juego de relaciones recíprocas de suma cero” (*Diritti insaziabili*, en L.Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp.189-190). Véase mi réplica, *ivi*, *I fondamentali* cit., § 6, pp.328-332.

⁷⁹ *PiII*, § 13.13, pp.67-71

desde siempre y practicada por los juristas, consistente en la interpretación del sentido de una norma a la luz de todas las demás del sistema. Sin embargo, hay una diferencia que hace de la ponderación —concebida, por oposición a la subsunción reservada a las reglas, como un tipo de razonamiento ordinario y generalizado para todos los principios⁸⁰— una técnica argumentativa que amplía indebidamente la discrecionalidad judicial hasta anular la sujeción del juez a la ley. La diferencia está ligada a la metáfora del “peso”, que sugiere y alienta —por otro lado, en singular contraste con la idea dworkiniana de la objetiva existencia de “una única solución correcta”— un poder de opción acerca de qué principios aplicar y no aplicar a tenor de la valoración —inevitablemente discrecional⁸¹— de su diversa importancia. La ponderación se concibe como una operación en virtud de la cual, como escribe Robert Alexy, “cuando dos principios entran en colisión... uno de ellos tiene que ceder ante el otro”, sin que el primero sea considerado inválido o el segundo prevalente en virtud del principio de especialidad⁸². En pocas palabras, es como una actividad de opción “orientada” por “exigencias de justicia sustancial”⁸³, que crea el riesgo de comprometer no sólo la sujeción del juez a la ley, sino también, como correctamente ha observado Riccardo Guastini, los valores de la certeza y de igualdad frente a la ley⁸⁴.

Tengo la impresión de que en la base de esta concepción de la ponderación como elección del principio de más peso, es decir más justo o más importante, que debe ser aplicado en lugar de otros, existe un equívoco que se

⁸⁰ “Vale el enunciado siguiente: si alguien lleva a cabo ponderaciones, entonces se basa necesariamente en principios” (R.Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., cap.II, § 4.3.1, p.75). “Principios y ponderación”, afirma a su vez Alfonso García Figueroa, “se implican recíprocamente” (*Principios* cit., § 2.3.2, p.167).

⁸¹ No existe una “unidad de medida del peso de las normas”, escribe eficazmente Giorgio Pino (*Diritti e interpretazione* cit., cap.III, § 1.2, p.56). Y agrega: “la dimensión del peso pertenece tanto a las reglas como a los principios: los principios son normas (más) derrotables, (más) sujetas a excepciones implícitas respecto a las reglas”; pero ello no quita que “un principio pueda ser considerado menos importante que una regla” si “hay buenas razones para aplicar de todos modos la regla” (*ibid.*, p.57). Por ello, también bajo este aspecto la distinción se desvanece.

⁸² R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap.III, § 3.2, p.89

⁸³ G.Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., cap.VII, p.204.

⁸⁴ R.Guastini, *Diritto mite, diritto incerto*, cit., pp.521-525. En este sentido, escribe Guastini, la ponderación termina por resolverse en una técnica argumentativa consistente no ya en contemporizar los principios, sino en apartar, suprimir o sacrificar uno en beneficio de otro, a menudo sobre la base de una “jerarquía axiológica móvil” entre principios, variable caso a caso según discreción del intérprete (*L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004, pp.216-221 y 252-253).

refiere al objeto de la ponderación misma. Esta opción, se afirma, se produce siempre ocasionalmente en relación con el *caso concreto* sometido a juicio. “Bajo otras circunstancias”, afirma por ejemplo Alexy, “la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se sostiene que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso”⁸⁵. En consecuencia, debemos preguntarnos si, quizás, lo ponderado por los jueces “en los casos concretos” no son los principios, sino, más bien, las circunstancias de hecho que en tales casos justifican su aplicación. Es claro que desde este punto de vista no cabe apreciar diferencias de carácter epistemológico entre la argumentación constitucional según principios y la argumentación ordinaria conforme a reglas: la ponderación se produce en cualquier actividad jurisdiccional donde se dé el concurso de varias normas diversas, sean reglas o principios. Pero tiene por objeto no las normas a aplicar, sino, antes bien, las circunstancias de hecho previstas por las mismas a los fines de calificar jurídicamente y connotar equitativamente el caso sometido al juicio. Las normas, ya sean reglas o principios, son siempre las mismas y tienen siempre, por tal motivo, igual peso. Los que cambian, los que son siempre irrepetiblemente diversos y deben, por lo tanto, ser pesados, son los hechos y las situaciones concretas a las que las normas son aplicables.

Así concebida, la ponderación de los rasgos singulares de cualquier hecho es, por lo tanto, una actividad fisiológica, correspondiente —en gran parte— a la dimensión equitativa de todo juicio. En el derecho penal, por ejemplo, la ponderación entre circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes del delito, unas y otras expresadas en forma de reglas, está directamente previsto por la ley para realizar el juicio de equivalencia o el de prevalencia de las unas por sobre las otras. Pero una ponderación similar puede hallarse en todos los sectores del derecho. Piénsese, al respecto, en la ponderación que requiere la valoración de circunstancias eximentes, como el estado de necesidad o la legítima defensa, consideradas tales por el código penal italiano si se juzgan “proporcionales a la ofensa” (o “al peligro”); o también en la ponderación impuesta por el principio de proporcionalidad de la pena, ya sea en abstracto o en concreto, en función de la gravedad del hecho cometido; o bien en la valoración, nuevamente sobre la base de la ponderación de los intereses contrapuestos en concreto, del daño “injusto” previsto por el artículo 2043 del código civil como presupuesto de la responsabilidad civil⁸⁶.

⁸⁵ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, loc.ult.cit. Gustavo Zagrebelsky habla, a su vez, de “concretización de principios” (*La legge e la sua giustizia* cit., cap.VI, pp.218-219).

⁸⁶ Por lo tanto, bajo este aspecto no es cierto que, como escribe Atienza, las reglas “son inmunes a la experiencia” (*El derecho como argumentación* cit., p.230).

Por otro lado, opciones ético-políticas opinables y argumentables de diversa manera, tal como lo documentan los infinitos repertorios de jurisprudencia, están inevitablemente detrás de cualquier interpretación judicial de un mismo texto, a causa de los márgenes de ambigüedad y de indeterminación del lenguaje legal, ya se halle expresado en reglas o en principios. Piénsese en la indeterminación de nociones formuladas en términos valorativos, como la “peligrosidad social”, cuya valoración es requerida a los fines de la aplicación de las medidas cautelares o de las medidas de seguridad; o también en los criterios de valoración de la gravedad del delito previstos por el art. 133 del código penal italiano, a los fines de la determinación de la medida de la pena; o piénsese en tipos penales como la “asociación subversiva” o “mafiosa”, el “maltrato familiar” o la difamación que consiste en la “ofensa” a la “reputación” de los otros. En todo caso, precisamente la constitucionalización de los principios en materia de derechos reduce, generalmente, el espacio de la discrecionalidad interpretativa, dado que de todas las posibles interpretaciones que admite un mismo texto, se eligen como válidas sólo las compatibles con la constitución. Si luego, por la excesiva indeterminación semántica de las normas y por la ausencia de garantías, el poder del juez termina de hecho por ser un poder creativo, no reconducible a los tres poderes fisiológicos —de interpretación de la ley, de valoración de las pruebas y de connotación equitativa de los hechos—, entonces se convierte en lo que he denominado *poder de disposición*, que en cambio es un poder ilegítimo, con independencia del hecho de que las normas estén formuladas en forma de principios o de reglas, pues invade la competencia política de las funciones de gobierno y, por lo tanto, no puede aceptársele sin negar la separación de poderes y el mantenimiento mismo del estado de derecho⁸⁷.

Ahora bien, es fundamentalmente en la tesis de que los principios y los derechos expresados en ellos se hallan generalmente en conflicto, donde los sostenedores del constitucionalismo principialista fundan el papel sustancialmente creativo de la ponderación jurisdiccional, en virtud de la cual los principios se pesan pero no se aplican a casos concretos subsumibles en ellos, de modo tal que, también en sede judicial, la garantía de uno se daría siempre a expensas de la garantía de otro⁸⁸. Esta tesis ha sido enormemente enfatizada. No hay que confundir la cuestión de la aplicabilidad de los prin-

⁸⁷ Sobre esta cuestión, reenvío a *Diritto e ragione* cit., cap. III, § 12, pp.147-160.

⁸⁸ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., § 2.2.2.3, pp.160-169, donde se eleva a “regla” o “ley de la ponderación” el “grado de importancia” asignado en cada caso por la jurisprudencia constitucional, a la seguridad respecto a la libertad de imprenta o viceversa, con argumentos necesariamente opinables. Recuérdese también la tesis de Anna Pintore, mencionada en la nota 78, de la “suma cero” en el grado de garantía de los derechos.

cipios con la del carácter opinable de su aplicación en concreto, compartida por muchas reglas y determinada por los márgenes de incertidumbre de su interpretación. En la mayor parte de los casos generalmente analizados — discriminaciones de las identidades personales con violación del principio de igualdad, medidas de policía introducidas en contraste con el principio de la libertad personal, limitaciones a la libertad de prensa en nombre de un supuesto principio de seguridad, y similares—, los principios se aplican a sus violaciones sin que necesariamente intervengan —más que en otros juicios— ponderaciones y opciones subjetivas de valor. En otros casos, efectivamente, hay conflictos o dilemas. Piénsese en la dificultad de valorar los límites a derechos expresados en principios directivos constitucionalmente establecidos, tanto más si consisten en los que Luis Prieto ha denominado “los límites del límite”⁸⁹: por ejemplo, del límite de la intimidad impuesto al ejercicio de la libertad de prensa, a su vez limitado si las noticias se refieren a personajes investidos de funciones públicas y tienen relevancia pública. Pero estos “casos difíciles”, resueltos por la ponderación, inevitablemente ligada a la valoración de sus circunstancias específicas, no son más difíciles que los ya mencionados del concurso de circunstancias agravantes y atenuantes del delito, o del límite (proporcionalidad a la ofensa o al peligro) al límite (legítima defensa o estado de necesidad), representado por las causas eximentes del delito. También en estos casos la ponderación se refiere, no tanto a los principios, como a las circunstancias de hecho que justifican su aplicación o su no aplicación.

En cambio, los límites estructurales provenientes de algunos derechos al ejercicio de otros, cuando no consistan en principios directivos, no darán lugar a conflictos ni a ponderaciones. Por ejemplo, los derechos de libertad consistentes en inmunidades o en meras facultades, por razón de su propia estructura, al no comportar actos de ejercicio que interfieran en la esfera jurídica de otros, son límites inderogables al ejercicio negocial de los derechos consistentes en poderes de autonomía contractual, de grado subordinado a éstos y productor de efectos en la esfera jurídica de otros⁹⁰. En general,

⁸⁹ L.Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y garantismo* en M.Carbonell, P.Salazar Ugarte (edd.), *Garantismo. Estudios cit.*, pp.50-51. Cfr. también, sobre el punto, G.P.Lopera Mesa, *Principio de constitucionalidad constitucionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006, pp.45 ss.

⁹⁰ Para un análisis de las múltiples relaciones entre libertad y derechos fundamentales, muchas de las cuales no de conflicto sino de subordinación, remito a *PiI*, § 1.6, p.134, § 2.4, pp.159-161 y § 11.6, pp.752-759, y a *PiII*, §§ 13.14, pp.72-77, § 15.1, p.308 y §15.7, pp.336-337, donde he distinguido cuatro niveles de libertad: el de las *libertades de hecho*, limitables por el ejercicio de los poderes que son directa o indirectamente expresión de los *derechos de autonomía*, dentro de los límites impuestos a su vez por los *derechos de libertad* constitucionalmente

todos los conflictos entre normas de grado diverso y los incumplimientos de normas supra-ordenadas, dan lugar no a conflictos solucionables por los intérpretes mediante la argumentación y la ponderación, sino, más bien, a antinomias y lagunas estructurales, es decir a vicios consistentes en violaciones de reglas o de principios regulativos que sólo pueden ser removidos por intervenciones reparadoras: por la anulación jurisdiccional de las normas inválidas y por la producción legislativa de las normas que faltan.

En resumen, mucho más que el modelo principialista y argumentativo, que confía la solución de las aporías y de los conflictos entre derechos a la ponderación judicial, debilitando así la normatividad de las constituciones y la fuente de legitimación de la jurisdicción, el paradigma garantista del constitucionalismo rígido requiere que el poder judicial sea lo más limitado posible y vinculado por la ley y por la constitución, según el principio de la separación de los poderes y a la naturaleza de la jurisdicción, tanto más legítima cuanto más cognoscitiva y no discrecional. Los jueces, sobre la conforme a tal paradigma, no balancean normas, sino antes bien, las circunstancias de hecho que justifican la aplicación o la no aplicación de las mismas. No pueden crear o ignorar normas, lo que implicaría una invasión de la esfera política de la legislación, sino sólo censurar su invalidez cuando son contrarias a la Constitución: anulándolas si se trata de la jurisdicción constitucional, o promoviendo cuestiones de inconstitucionalidad si se trata de la jurisdicción ordinaria; en ambos casos, interviniendo no en la esfera legítima, sino en la esfera ilegítima de la política. De hecho, la legitimidad de la jurisdicción se funda, a mi parecer, en el carácter lo más cognoscitivo posible de la subsunción y de la aplicación de la ley, dependiente a su vez, mucho más que de su formulación como regla, del grado de taxatividad y de determinación del lenguaje legal; mientras la indeterminación normativa, y la consiguiente discrecionalidad judicial, son siempre un factor de deslegitimación de la actividad del juez⁹¹. Bajo este aspecto, el cognoscitivismo judi-

estipulados, de los que las *libertades de* son a su vez limitadas, tendencialmente, por las *libertades frente a*, las que, al consistir sólo en inmunidades no asociadas a facultades o potestades, y al no comportar por ello ningún ejercicio, son generalmente límites a los otros derechos, aunque dentro los límites antes señalados en los llamados “casos difíciles”. Véase también, para un tratamiento más amplio de los conflictos entre derechos, mi *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, cit., cap.V, pp.83-98.

⁹¹ Chiara Tripodina, *E' la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui limiti e sui vincoli del giudice delle leggi*, en *Costituzionalismo.it* sostiene: a) que mi tesis del carácter siempre relativo e imperfecto de la legitimidad de la jurisdicción que se sigue del carácter probabilista de la verdad fáctica y opinable de la verdad jurídica, equivaldría a decir que “la atribución de significado a las disposiciones legislativas y constitucionales no es una operación vinculada por el derecho, no es comprobación de la verdad, sino que es un acto

cial (*veritas non auctoritas facit iudicium*), aunque sólo sea como ideal regulativo, es la otra cara del convencionalismo legal, esto es, del principio iuspositivista de legalidad (*auctoritas non veritas facit legem*). Obviamente, la satisfacción de un ideal semejante es una cuestión de grado, dependiente del grado de determinación o de estricta legalidad del lenguaje legal. Pero más allá de un cierto grado de indeterminación, el poder judicial, cuando degenera en poder creativo o de disposición, repito, pierde toda legitimidad. Y esto puede

de libertad del intérprete”; b) que de este modo, tras de haber admitido que también la jurisdicción comporta “una específica esfera de lo decidible ligada a la decidibilidad de la verdad procesal”, habría recurrido “de modo tautológico”, para “distinguir entre discrecionalidad política y discrecionalidad judicial...”, precisamente a la ficción de la naturaleza meramente cognoscitiva de la jurisdicción que apenas [habría] desenmascarado”; c) que, en resumen, la discrecionalidad judicial de los jueces constitucionales no es diversa de la discrecionalidad política de los parlamentos, sino por el hecho de que se manifiesta en la decisión de lo indecidible. Y me pregunta: “¿que es lo que hace que la Corte constitucional esté más legitimada que el parlamento para decidir lo indecidible?”, y “¿es para Ferrajoli la Corte constitucional el único poder bueno que no puede hacer mal?” (ivi, pp.6-7 y 10). Preguntas y críticas análogas me han sido dirigidas por Pablo del Lora, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, en M.Carbonell, P.Salazar, *Garantismo. Estudios* cit., p.254 y por Andrea Greppi, *Democracia como valor, como ideal y como método*, ivi, p.352. Estas críticas y estas preguntas son el fruto, a mi modo de ver, de un malentendido. Decir que la verdad jurídica es opinable y que la interpretación comporta espacios de discrecionalidad y consecuentes decisiones, no quiere decir en absoluto que ella esté desvinculada del derecho y que no admita “comprobación” sino “un acto de libertad del intérprete”. En efecto, la decidibilidad de la verdad de una tesis no sólo no excluye, sino que, al contrario, implica su carácter cognoscitivo, dado que cualquier verdad, excluidas las verdades lógicas o matemáticas, requiere de decisiones. Al contrario, es justamente la indecidibilidad de una tesis jurídica, determinada por el carácter totalmente vago del lenguaje legal, la que genera una discrecionalidad impropia, de tipo político, y comporta la degeneración del poder judicial a lo que he denominado un ilegítimo “poder de disposición”. En cambio, en los casos en los que la verdad judicial es decidible, la jurisdicción está vinculada a la ley, y consiste, a diferencia de cualquier actividad negocial o legislativa de gobierno, en la aplicación sustancial y no ya en el simple respeto de las normas sobre la producción; consiste en la actuación de normas preexistentes a través de la comprobación de los actos inválidos o ilícitos que las violan, y no en la introducción de nuevas normas. Por esto, el poder judicial es no tanto un poder “bueno”, sino más bien un poder negativo, absolutamente inidóneo para las funciones de gobierno. Recuérdense las palabras de Alexander Hamilton: “el judicial... no puede influir ni en la espada ni en la bolsa” y por eso es, “sin parangón alguno, el poder más débil de los tres del Estado”, dado que “no podrá jamás atacar con algún éxito uno de los otros dos” (A.Hamilton, J.Jay, J.Madison, *The Federalist* [1788], tr.it., *El federalista*, Il Mulino, Bologna 1997, p.623 [trad. cast. de G. R. Velasco, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1943]). Sobre la diferencia estructural entre función judicial y funciones de gobierno, entre discrecionalidad judicial y discrecionalidad política y sobre la inconsistencia del peligro de un “gobierno de los jueces”, reenvío a *PiI*, §§ 9.15-9.16 y 12.6-12.8, pp.556-566 y 869-885 y a *PiII*, § 13.4 y 14.12, pp.71-77 (y notas 88-89) y pp.212-218 (y nota 82) y a mi respuesta a De Lora y a Greppi en *Garantismo. Una discusión* cit., § 5.4, pp.93-98.

ocurrir tanto si las normas estén expresadas en forma de principios, como si lo son en forma de reglas.

En todos los casos, sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos, y quizás complacerse de ambas cosas en apoyo del activismo judicial⁹², promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible. En efecto, entre los factores más graves de la discrecionalidad judicial y del creciente papel de la argumentación, está la crisis del lenguaje legal, que ha llegado a ser ya una verdadera disfunción: por la imprecisión y la ambigüedad de las formulaciones normativas, por su oscuridad y, a veces, su contradictoriedad, por la inflación legislativa que ha comprometido la capacidad reguladora del derecho. Pero este no es un fenómeno natural. Depende de la mala legislación y del carácter vago y valorativo de las normas constitucionales, cuya responsabilidad es, ciertamente, de la política, pero pesa también sobre la cultura jurídica. Por otro lado, debemos darnos cuenta de que la oscuridad, la vaguedad y la indeterminación del lenguaje legal, aun cuando en alguna medida ineliminables, no son simples defectos de la legislación. Son un vicio jurídico de ésta, porque violan los principios de la separación de los poderes y de la sujeción de los jueces a la ley, y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del estado de derecho en su totalidad. Por eso, la ciencia jurídica debería hoy retomar el programa ilustrado de Gaetano Filangieri y de Jeremy Bentham de una “ciencia de la legislación”⁹³, integrándolo con el programa de una “ciencia de la constitución”, como la llamó Giandomenico Romagnosi⁹⁴. Pasada la época de las primeras constituciones, que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impi-

⁹² Tecla Mazzarese (“Ancora su ragionamento giudiziale” cit., § 5.2.2) recuerda la apología de las “ambigüedades” del *Bill of Rights* formulada por S.Hufstедler, “In the Name of Justice”, en *Stanford Lawyer*, 14, 1979, pp.4-5) y el valor asociado por G.Zagrebsky, *Il diritto mite* cit., cap.VI, § 6, al pluralismo y a la indeterminación de los principios como factores de “soluciones buenas, comprensivas de todas las razones que pueden reivindicar buenos principios en su sostén” (p.168).

⁹³ G.Filangieri, *La scienza della legislazione*, (1783), Edición crítica dirigida por V.Ferrone, Centro di studi sull'Illuminismo europeo “G.Stiffoni”, Venezia 2003 [trad. cast. de J. Ribera, *La ciencia de la legislación*, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821-1822] ; J.Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, en *Oeuvres de Jérémie Bentham*, III ed., Hauman, Bruxelles, 1840, t. I, pp.1-342 [trad. cast. de R. Salas, *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981].

⁹⁴ G.Romagnosi, *La scienza delle costituzioni* (Opera postuma, 1848), Edición crítica de G.Astuti con el título *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa (La scienza delle costituzioni)*, Reale Accademia d'Italia, Roma 1937, tomo 2.

de el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible.

VII. LA NORMATIVIDAD FUERTE DE LAS CONSTITUCIONES SEGÚN EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

El constitucionalismo principalista, al igual que el realismo y el neopandectismo, conlleva, en definitiva, un debilitamiento y virtualmente un colapso de la normatividad de los principios constitucionales, así como una degradación de los derechos fundamentales establecidos en ellos a meras recomendaciones genéricas de tipo ético-político. Adicionalmente, subvierte la jerarquía de las fuentes, confiando la opción de actuar esta o aquella norma constitucional a la ponderación legislativa y a la judicial y, por ello, a la discrecionalidad potestativa del legislador ordinario y de los jueces constitucionales. De esta manera, la ciencia jurídica y la jurisprudencia, gracias al rol asociado a la ponderación de los principios, vuelven a reivindicar su papel de fuentes supremas del derecho; con el resultado paradójico de que la experiencia jurídica más avanzada de la modernidad, representada por la positivización del “deber ser” del derecho y por la sujeción de todo poder a límites y a vínculos jurídicos, se interpreta como una suerte de regresión al derecho jurisprudencial y doctrinario premoderno.

Contrariamente, el constitucionalismo iuspositivista y garantista, teorizando el desnivel normativo y la consiguiente divergencia entre normas constitucionales sobre la producción y normas legislativas producidas, impone reconocer, como su virtual y fisiológica consecuencia, el *derecho ilegítimo*, inválido por acción o incumplidor por omisión, cuando se produzca una violación de su “deber ser jurídico”. Por ende, confiere a la ciencia jurídica un rol crítico ante el derecho mismo: ante las *antinomias* generadas por la indebida presencia de normas en contradicción con los principios constitucionales, y ante las *lagunas* generadas por la ausencia indebida de normas impuestas por aquéllos. El constitucionalismo garantista importa, en pocas palabras, el reconocimiento de una *normatividad fuerte* de las constituciones rígidas, en virtud de la cual, dado un derecho fundamental constitucionalmente establecido, de tomarse la constitución en serio, no deben existir normas que estén en contradicción con aquél, y debe existir —en el sentido de que debe ser obtenido por vía de la interpretación sistemática, o bien introducido por vía de la legislación ordinaria— el deber correspondiente a

CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA 571

cargo de la esfera pública. Se trata de una normatividad fuerte, ante todo, frente a la legislación, a la que impone evitar las antinomias y colmar las lagunas con leyes de actuación idóneas, y, en segundo lugar, frente a la jurisdicción, a la que le impone remover las antinomias y señalar las lagunas. En resumen, debemos reconocer que la constitución es un proyecto normativo en gran parte no actuado y que el futuro de la democracia depende de la más plena actuación de su normatividad (siempre parcial e imperfecta).

CAPÍTULO XXII

GARANTISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO FRENTE A FRENTE: ALGUNAS CLAVES PARA SU DISTINCIÓN*

Pedro SALAZAR UGARTE*

“Sé muy bien que es difícil despojarse de nuestras preferencias; pero precisamente en ello reside la nobleza del científico. La neutralidad axiológica es la virtud del científico, como la imparcialidad es la virtud del juez: a nadie se le ocurría sugerirle a un juez que, dado que es muy difícil ser imparcial, lo mismo da que no lo sea.” N. Bobbio¹

En este ensayo propongo una reconstrucción esquemática de dos de las aproximaciones teóricas más acreditadas en el ámbito italo-iberoamericano al Derecho Constitucional contemporáneo: el garantismo y el neoconstitucionalismo. Ello con la finalidad de evidenciar sus semejanzas pero, sobre todo, sus distinciones. El objetivo resulta relevante, cuando menos, por las siguientes razones: a) ambas aproximaciones dan cuenta de la existencia y operación del modelo democrático constitucional vigente en la mayoría de los Estados occidentales; b) al menos en el ámbito europeo continental (en particular en el contexto italiano y español) y latinoamericano, el garantismo y el neoconstitucionalismo, se han convertido en el centro del debate sobre la teoría constitucional y de teoría de la constitución; c) al grado que muchos estudiosos confunden ambas aproximaciones llamando “garantistas” tesis propias del neoconstitucionalismo y viceversa; d) sin embargo, más allá de las semejanzas, las diferencias entre ambas conceptualizaciones son teóricamen-

* Este artículo apareció originalmente en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 289-310.

¹ N. Bobbio, *Teoría Generale della Politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 14.

te relevantes y tienen consecuencias significativas sobre todo en el ámbito de la justicia constitucional cuando se trata de interpretar y aplicar las normas de principio que recogen a los derechos fundamentales de las personas y los principios que ofrecen sustento al constitucionalismo democrático.

I.

Desde el punto de vista histórico y positivo es un hecho que los modelos constitucionales de posguerra contienen rasgos distintivos que dieron origen a un nuevo paradigma jurídico. Aunque no puede hablarse de una ruptura con los ordenamientos liberales precedentes sí es posible sostener que entre unos y otros existen diferencias sustantivas. Ferrajoli ha insistido sobre este punto en diversas ocasiones llamando nuestra atención sobre el surgimiento de una “ola de constitucionalismo democrático” en Occidente². En términos generales los elementos de este modelo constitucional y democrático (surgido y madurado en los países de Europa occidental pero, posteriormente, adoptado en América Latina³ y, después de la caída del muro de Berlín, en Europa del Este) son los siguientes: a) la vigencia de constituciones escritas, consideradas como normas supremas y caracterizadas por su rigidez; b) un amplio catálogo de derechos fundamentales (las más de las veces contenidos a través de formulaciones de principios susceptibles de ser interpretados); c) principio de separación de poderes; d) mecanismos de control y garantía constitucionales en manos de tribunales especializados (Cortes o Tribunales constitucionales) y; e) constitucionalización de las instituciones y reglas propias de la forma de gobierno democrática de gobierno (voto igual y libre, partidos políticos, regla de mayoría, protección de los derechos de las minorías políticas, etc.).

Esta articulación constitucional -llamada “constitucionalismo de posguerra” o, para ampliar el horizonte y abrazar realidades que están más allá del contexto europeo, simplemente, “modelo democrático constitucional”- ha ocupado la atención de los estudiosos del derecho constitucional contemporáneos. Podemos sostener, de hecho, que el objeto de estudio de los teóricos del derecho constitucional contemporáneo es, en lo fundamental, el mismo. Y ello vale también, con algunos matices que no impiden

² Sobre la distinción entre diferentes paradigmas jurídicos, cfr. L. Ferrajoli, “Pasado y futuro del estado de derecho” en M. Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-29; L. Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004.

³ No ignoro el surgimiento, en los últimos años del Siglo XX y la primera década del Siglo XXI, de lo que se ha conocido como “nuevo constitucionalismo latinoamericano” que, con una fuerte inspiración rousseauiana, ha emergido en países como Venezuela, Ecuador y Bolivia.

mantener firme la premisa, para el constitucionalismo de los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, aunque las instituciones y sus reglas de operación sean básicamente las mismas, existen diferentes aproximaciones teóricas para explicar y prescribir su funcionamiento. Podemos decir que las teorías constitucionales estudian un objeto común pero lo hacen de manera distinta.

El garantismo y el neoconstitucionalismo son dos de estas aproximaciones que, con un enfoque ideológico y una política constitucional similares, se ocupan del modelo democrático constitucional. Ambas aproximaciones, sin duda, comparten algunas premisas importantes pero, como intentaré demostrar, no deben confundirse⁴. Mostrar en qué consisten sus diferencias es importante porque existe una tendencia, cada vez más generalizada entre los estudiosos del derecho, a difuminarlas al grado de utilizar los términos garantismo y neoconstitucionalismo como si fueran sinónimos. Evidenciar este equívoco no sólo tiene relevancia teórica sino que también conlleva una finalidad práctica en el ámbito de la justicia constitucional como intentaré mostrar al final de este trabajo. En concreto, al menos en el ámbito latinoamericano (y en el mexicano en particular), puede ser útil para evitar que los jueces usen retóricamente alguna de estas aproximaciones teóricas (en particular el garantismo) para arropar decisiones que, en todo caso, responden a enfoques neoconstitucionales⁵. Y ello, como veremos, es trascendente si consideramos que estos últimos son más obsequiosos con la discrecionalidad judicial.

II.

Podemos decir que el salto desde el Estado legalista decimonónico hasta el Estado constitucional contemporáneo es constatado y celebrado tanto por los garantistas, como por los neoconstitucionalistas. Desde ambos miradores se observa con beneplácito que el legislador haya dejado de ser la fuente principal (y casi única) del derecho y que la ley haya quedado subordinada –formal y materialmente– a la Constitución. Con ello, como ambos enfoques teóricos subrayan, la validez de las normas secundarias quedó sujeta a la verificación del cumplimiento de criterios formales y también (quizá sobre todo) materiales o sustantivos. Lo cual coloca a los estudiosos y aplicadores del Derecho en una situación sin precedentes porque los do-

⁴ Es importante recordar que la versión original de este trabajo fue elaborada antes de conocer el texto sobre “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista” de Luigi Ferrajoli en la que este autor sostiene y explora esta distinción.

⁵ Para una crítica en este sentido orientada a valorar algunas decisiones del Tribunal Electoral y de la Suprema Corte mexicanos, cfr., Salazar, P., Aguiló, J., M. A. Presno, *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

cumentos constitucionales que nos ocupan incorporan, como parámetro de validez material o sustantiva de las decisiones secundarias, “principios de justicia” abstractos e indeterminados referidos, sobre todo, a los derechos fundamentales de las personas. Estos derechos, de esta manera, se colocan en una situación de jerarquía superior al resto de las normas y decisiones jurídicas. En ello, me parece, están de acuerdo autores como Luigi Ferrajoli y Ronald Dworkin que pueden considerarse los precursores de ambas aproximaciones teóricas.

Estos autores estudian (pero también celebran la vigencia del) modelo democrático constitucional, reconocen y analizan los problemas que implica la vigencia efectiva del principio de separación de poderes, promueven la agenda de los derechos fundamentales y defienden su no-regresividad. Todo ello, ambos coincidirían, debe verificarse en el contexto de un sistema democrático de gobierno. Sin embargo, a pesar de esto último, tanto Ferrajoli como Dworkin, piensan que el legislador democrático es un poder de producción normativa que debe estar sometido a la constitución por partida doble (por vínculos de forma y límites de sustancia) y que, a pesar de ostentar la representación democrática, puede y debe ser derrotado por las decisiones de los jueces constitucionales⁶. En este sentido, ante las tensiones que cruzan al constitucionalismo democrático y que algunos autores han identificado como la ‘dificultad contramayoritaria’, ambos estudiosos, inclinarían el péndulo hacia la constitución.⁷

III.

Si buscamos las raíces de ambas aproximaciones en la historia del pensamiento político encontraremos múltiples resortes compartidos. El contractualismo, con su poderosa metáfora del contrato social y, en particular, su derivación liberal –desde Locke hasta Bobbio– constituye un presupuesto común tanto del garantismo como del neoconstitucionalismo. Ello no debe sorprendernos porque el constitucionalismo moderno representa en cierta medida la materialización político/práctica del proyecto liberal. Por lo mismo no es errado sostener que el pensamiento de autores como John Locke,

⁶ Es importante notar que en su texto reciente sobre “constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, Luigi Ferrajoli, traza una distinción relevante entre su concepción del papel que debe corresponder a los jueces constitucionales en una democracia constitucional (un rol tendencialmente cognitivo de la jurisdicción) frente al papel que les asigna R. Dworkin (orientado hacia la discrecionalidad y el activismo judiciales).

⁷ Sobre la Dificultad Mayoritaria la referencia obligada es: Bickel, A., *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962. Sobre las tensiones entre el constitucionalismo y la democracia, cfr.: entre otros, Salazar P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, IIJ-UNAM, México, 2006.

en el plano de las ideas, y mecanismos como la división o separación de los poderes, en el nivel de las instituciones, constituyen presupuestos compartidos y defendidos por los representantes del garantismo y del neoconstitucionalismo. Ambas aproximaciones se construyen desde los pilares del constitucionalismo liberal clásico.

La idea elemental compartida es que el poder político debe limitarse a través de instituciones y mecanismos jurídicos para ofrecer garantías a las libertades y derechos básicos de las personas. La ‘teoría del poder’ que descansa detrás de ambas aproximaciones es la misma y apuesta por el sometimiento del poder político a los rigores del Derecho. Se trata de una tesis que, sobre todo los garantistas, hacen extensiva a los poderes privados. El “aire de familia” también se manifiesta en la vocación bienestarista –entiéndase orientada hacia alguna modalidad de *welfare state*- de ambas aproximaciones teóricas y que se expresa en la concepción de la igualdad que presuponen y promueven y que se evidencia en la constitucionalización y garantía de ciertos derechos sociales. Y lo mismo vale, como ya hemos visto, para la agenda de instituciones y derechos que hacen a la democracia posible. En este sentido resulta atinado advertir que el pensamiento de Norberto Bobbio puede considerarse como telón de fondo de estas concepciones jurídicas⁸. Ello a pesar de que, como se verá a continuación, solamente el garantismo desarrolle como parte de su modelo conceptual una teoría política propiamente hablando.

IV.

No obstante lo anterior, desde su origen, ambas aproximaciones también presentan algunas diferencias. La más elemental es que el garantismo es, en primera instancia, una teoría que surge en el ámbito del derecho penal y que, sólo después, en respuesta a las transformaciones de los modelos constitucionales, da el salto al ámbito más amplio del derecho y la justicia constitucionales⁹. El neoconstitucionalismo, en cambio, es una categoría conceptual inventada por los miembros de la escuela genovesa¹⁰- con la finalidad de ofrecer una dominación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas tan próximos que pueden considerarse como parte de una misma aproximación teórica. Y, precisamente por

⁸ Esto no supone que todos los garantistas y neoconstitucionalistas conozcan la obra de Bobbio pero sí que, en sus concepciones y aspiraciones de fondo, comparten el aliento intelectual y el sentido político que inspiró la obra de este teórico de la política y del Derecho.

⁹ Sobre este tema, cfr., entre otros, Ibáñez P. A., “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción” en Carbonell M., Salazar, P., (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, IJ-UNAM, Madrid, 2005, pp. 60-61.

¹⁰ Esta es una tesis sostenida por Paolo Comanducci.

ello, cuando se habla del neoconstitucionalismo es menester reparar en las diferencias que cruzan a las obras de los autores que, no sin cierta arbitrariedad, reunimos bajo esa categoría: desde Dworkin hasta Zagrebelsky, pasando por Nino y Alexy, hasta algunas voces en América Latina como Miguel Carbonell o Carlos Bernal Pulido.

El garantismo, entonces, surge como una propuesta teórica específica y con rasgos característicos propios; el neoconstitucionalismo, en cambio, es una noción creada por los miembros de una escuela del pensamiento para dar nombre y agrupar la obra de un conjunto de teóricos con los que, dicho sea de paso, los genoveses sostienen fuertes diferencias. De esta manera, probablemente, autores como Dworkin o Robert Alexy no sepan que sus teorías se consideran neoconstitucionalistas en el ámbito de la doctrina constitucional italo/española/latinoamericana, como tampoco lo supo Carlos Nino que falleció antes de que el término se acuñara¹¹; mientras que un garantista como Ferrajoli o como Perfecto Andrés Ibáñez sabe que lo es porque ha decidido serlo. Este hecho no le resta pertinencia al uso del membrete “neoconstitucionalismo” pero nos exige utilizarlo con medida (salvo en aquellos casos en los que algún estudioso, voluntariamente, decida identificarlo con su teoría).

En esta misma dimensión podemos delinear otra diferencia sutil pero importante. El garantismo es una teoría jurídica pero también tiene aparejada una teoría política (en concreto una teoría de la democracia), bien articulada y desarrollada. Y, aunque la primera surgió primero -podemos decir que su nacimiento coincide con la publicación de la obra de Luigi Ferrajoli *Derecho y Razón. Una teoría del garantismo penal* en 1989-, en realidad, entre ambas existe una simbiosis profunda. Dicha asociación se anuncia desde las páginas de aquella obra y, en un cierto sentido, se confirma en el conjunto de tesis que dan forma a la obra mayor del mismo autor: *Principia Iuris. Una teoría del Diritto e della Democrazia*¹². Sin dicha dimensión política la teoría garantista pierde su horizonte de sentido y su encuadre conceptual. Esto es así porque, abiertamente, es una teoría que observa al derecho desde el balcón

¹¹ Sobre la obra y el pensamiento de Carlos Santiago Nino, cfr. Rosenkrantz C., R. Vigo, *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Fontamara, México, 2008.

¹² La versión original en italiano de la obra fue editada en 2007 por la editorial Laterza y la versión en castellano será publicada por la editorial Trotta. Para Mauro Barberis, “El talón de Aquiles del neoconstitucionalismo de Nino reside sobre todo en la tendente reducción del punto de vista normativo al punto de vista moral; en esto consiste, en otros términos, el imperialismo de la moral...”. Barberis, M., “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral” en Carbonell, M., Salazar, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 270.

del poder y que ofrece una articulación compleja entre ambas dimensiones. Es, por decirlo de alguna manera, una teoría positivista y materialista al mismo tiempo que, no obstante ello, tiene una vocación utópica.

Por su parte, el neoconstitucionalismo, al no ser una teoría sino una categoría que sirve para conjugar el pensamiento de diversos teóricos del Derecho, se limita a reunir un conjunto de aproximaciones centradas en el fenómeno jurídico. Todas las teorías del derecho que llamamos neoconstitucionalistas tienen rasgos comunes y uno de ellos es que se ubican dentro del paradigma democrático pero no ofrecen una teoría política propia relevante. En todo caso, si nos atenemos al compromiso que comparten por la promoción de una agenda robusta de derechos fundamentales, tienen en común una idea más o menos común de lo que sería una sociedad justa pero no despliegan, propiamente, una teoría del poder. Podemos decir, en síntesis, siguiendo de nueva cuenta a Bobbio que el garantismo se desliza por las dos caras de la moneda que acuña al Poder y al Derecho mientras que el neoconstitucionalismo se ubica solamente en esta segunda dimensión.¹³

V.

Hasta ahora he mostrado más semejanzas que diferencias entre el garantismo y el neoconstitucionalismo. Esto nos ayuda a entender porqué algunos teóricos no reparan en las distinciones y agrupan ambas aproximaciones bajo la denominación única y común de “neoconstitucionalistas” o, en su defecto, de “garantistas”. Así lo han hecho, no sin ciertos matices, por ejemplo, Paolo Comanducci y Sussana Pozzolo o, al editar un libro que de inmediato se volvió una referencia en el tema, Miguel Carbonell. En particular, la obra de Ferrajoli, para estos autores, queda catalogada dentro del conjunto neoconstitucionalista y, con ello, parecería que el garantismo pierde sus rasgos distintivos de identidad. La siguiente cita de Carbonell resulta emblemática:

“Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas”¹⁴.

Aunque es cierta la influencia del pensamiento de estos autores en la creación y evolución del Derecho constitucional contemporáneo (con lo que, de hecho, se confirma una tesis ferrajoliana centrada en el cambio

¹³ Esta diferencia adquirirá pleno significado más adelante cuando analicemos con detenimiento las diferencias metodológicas entre ambas aproximaciones.

¹⁴ Carbonell, M., “El Neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Carbonell, M., (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta-UNAM, Madrid, 2007, p. 11.

de la función que tiene el jurista en el contexto del paradigma constitucional), desde mi perspectiva, existe una fuerte diferencia de fondo entre el garantismo y las teorías neoconstitucionalistas que suele pasarse por alto. La obra de Ferrajoli –al menos no hasta la publicación de su reciente texto sobre “constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”– no facilita la identificación de esta distinción porque, este autor, en muchos de sus escritos, sostiene tesis que bien podrían ser catalogadas como neoconstitucionalistas¹⁵. Precisamente por ello me parece relevante proponer una distinción entre la compleja y prolija obra de este autor y la teoría garantista que él mismo impulsó pero de la que en ocasiones se aparta. Esta disecación entre el ferrajolismo y el garantismo no impide que a lo largo de este trabajo recurra a algunos pasajes de la obra de Ferrajoli para mostrar tesis propias del garantismo pero sí implica que esas referencias sólo valen por el sustento que ofrecen a la argumentación central de este ensayo y no porque supongan una identidad entre el pensamiento del autor y la teoría de la que es precursor.

El punto de quiebre entre el garantismo y el neoconstitucionalismo, desde mi punto de vista, reside en la adopción firme del positivismo metodológico que promueve el primero frente a las tesis de los autores neoconstitucionalistas que aceptan la inclusión de algunos elementos de Derecho Natural en el Derecho Positivo. A diferencia del garantismo, el neoconstitucionalismo abandona la tesis central del positivismo que, con palabras de C. Nino, consiste en “que el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo”¹⁶.

El neoconstitucionalismo puede aceptar, siguiendo al positivismo jurídico, que el Derecho sea un hecho social pero no que éste pueda albergar cualquier contenido. Al menos no en el plano del discurso justificatorio en el que “los derechos humanos pueden entrar (...) sólo cuando son concebidos

¹⁵ En este artículo no puedo detenerme a ofrecer pruebas de esta tendencia de algunas tesis ferrajolianas hacia el neoconstitucionalismo pero, contrario a lo que él mismo sostiene en su texto sobre “constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, me parece que dicha vinculación se materializa sobre todo cuando construye su teoría de la “democracia sustancial o sustantiva”. Sobre este argumento se regresará más adelante en el cuerpo del texto.

¹⁶ C. Nino, “Sobre los derechos morales” en Doxa, 1990, citado por Garzón Valdés en “Derecho y Moral”, p. 48. Esta tesis es plenamente identificada por Ferrajoli en su texto sobre “constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”: “...en el plano teórico, la expresión ‘neo-constitucionalismo’ se identifica, generalmente, con la concepción iusnaturalista de constitucionalismo, no capta sus rasgos esenciales y que lo distinguen de su concepción iuspositivista, la cual resulta, de hecho, ignorada”. (p. 5 del manuscrito).

como derechos morales, es decir, como derechos no derivados de hechos sino de principios morales ideales”¹⁷. Ambas premisas permiten distinguir el plano de la identificación del derecho del que corresponde a la justificación del mismo pero, en este último ámbito, suponen que sólo los ordenamientos que tienen ciertas características y albergan un determinado contenido pueden entrar en el molde del constitucionalismo¹⁸. Para autores como Dworkin, Nino, Zagrebelsky y Alexy, por ejemplo, ciertas normas jurídicas no sólo son hechos sino también son valores (caso típico de los principios constitucionales) y, con ello, se alejan irremediabilmente del núcleo duro del iuspositivismo. Esto es así porque, dichos valores suponen, en mayor o menor medida, la incorporación de la moral al derecho. Ciertamente, entre los autores que consideramos neoconstitucionalistas, existen diversas posturas ante este tema: no es lo mismo, por ejemplo, la pretensión de validez del derecho que explica la vinculación entre la moral y el derecho en la obra de Ernesto Garzón Valdés o la postura frente al tema desde el liberalismo igualitario de Rodolfo Vázquez que el iusnaturalismo abierto de Gustavo Zagrebelsky o la confusión entre derecho y justicia que suponen algunas tesis de Robert Alexy. Pero, en todos los casos y este es el punto a considerar, estos autores se colocan del lado de la frontera de quienes sostienen que entre la moral y el derecho (para que éste se justifique) existe un vínculo, aunque sea mínimo, ineludible.

El garantismo, en cambio, para decirlo con Marina Gascón:

“...es ante todo una tesis metodológica de aproximación al derecho que mantiene la separación entre ser y deber ser, entre efectividad y normatividad, y que rige en los diversos planos de análisis jurídico: el meta-jurídico del enjuiciamiento externo o moral del derecho, el jurídico del enjuiciamiento interno del derecho y el sociológico de la relación entre derecho y práctica social efectiva.

Proyectada en el enjuiciamiento *externo* o ético-político del derecho, la tesis metodología del garantismo consiste en la absoluta separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, en definitiva entre el <ser> y el <deber ser> del derecho.¹⁹”

En efecto, en el plano de la teoría jurídica, para el garantismo, a la vez que es necesario abandonar el positivismo ideológico, desde el punto de

¹⁷ C. Nino, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 38.

¹⁸ En esta misma dirección se desprende la atinada y severa crítica de Ferrajoli al neoconstitucionalismo por incurrir en una suerte de objetivismo y cognotivismo moral similar al que adquiere su expresión más acabada en la moral católica. Cfr. Ferrajoli, L., “constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, p. 25 del manuscrito.

¹⁹ Gascón, M., “La teoría General del Garantismo” en Carbonell, M., Salazar, P. (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., pp. 22-23.

vista metodológico, debe mantenerse firme la tesis de la separación entre moral y derecho que permite ubicar esta teoría dentro del ámbito del iuspositivismo, en su caso, crítico.

VI.

Para reforzar el argumento resulta útil identificar algunas de las tesis centrales que, según los creadores del concepto, caracterizan al pensamiento neoconstitucionalista.²⁰ Para Susana Pozzolo, por ejemplo, el neoconstitucionalismo se caracteriza precisamente por ser, a la vez, constitucionalista y antipositivista²¹. Para defender la constitucionalización de los derechos fundamentales (de un *Bill of Rights*), el neoconstitucionalismo, nos explica Pozzolo, abandona la tesis positivista de la separación conceptual entre derecho y moral. Y, en paralelo, propone un modelo axiológico-normativo para el desarrollo del derecho real: “una proyección evolutiva, expansiva y necesaria, del contenido del derecho constitucional positivo”²².

Aunque, en el plano ideológico esta última idea pueda ser compartida por el garantismo, para el neoconstitucionalismo, el método positivista resulta corto para dar cuenta del funcionamiento de los nuevos ordenamientos de posguerra. Esto, sobre todo, porque “la noción descriptiva del derecho positivo se revelaría inadecuada, dado que mostraría un sistema carente de (...) contenidos morales que, sin embargo, no daría cuenta del Derecho del estado constitucional”²³. El nuevo modelo constitucional, desde esta perspectiva, supone un vínculo entre derecho y moral que escapa al método iuspositivista. Lo cual, dicho sea de paso, implicaría la instrumentación de nuevas técnicas de interpretación –ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, máxima de los efectos normativos de los derechos fundamentales, proyección horizontal de los derechos, principio *pro personae*, etc.- y mayores márgenes de actuación para los jueces constitucionales. Con ello, el paradigma en el que operaba el iuspositivismo habría quedado superado.

Un dato interesante es que, si nos atenemos a la lógica que subyace a estas transformaciones, por decirlo de alguna manera, la victoria del neocons-

²⁰ Aunque ya lo he advertido, vale la pena reiterarlo: son muchas las dificultades y simplificaciones que conlleva hablar del neoconstitucionalismo como si se tratara de una teoría uniforme cuando en realidad existen diversas teorías que, por algunas características comunes, adscribimos al neoconstitucionalismo.

²¹ Pozzolo, S., “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 187-210.

²² Ibid., p. 188. Esta última pretensión también se encuentra presente en el pensamiento de Ferrajoli pero, según argumentaré más adelante, en su caso se trata de una pretensión política y no de una derivación teórica de su modelo constitucional. En su caso entonces, la proyección sería evolutiva y expansiva (e, incluso, deseable), pero no necesaria.

²³ Ibid., p. 191.

titucionalismo sobre el positivismo no sería el resultado de una batalla teórica sino la consecuencia natural del cambio en el diseño y estructura de los ordenamientos jurídicos constitucionales. Y ello supondría algo más que el desplazamiento de una teoría (el neoconstitucionalismo) por otra (el positivismo) porque, si se concede el punto, en realidad, sería el propio modelo democrático constitucional el que tendría una impronta anti-positivista. Lo cual, para decirlo con Ferrajoli, dejaría sin sentido al constitucionalismo garantista que se funda, tanto en el plano asertivo o teórico, como en el plano prescriptivo o axiológico, en la separación entre derecho y moral. De dicha separación, en el plano asertivo, depende el principio de legalidad y, en el plano axiológico, constituye un corolario del liberalismo político. Así las cosas, contrario a lo que supone la interpretación neoconstitucionalista, el constitucionalismo democrático sólo es posible cuando se materializa la separación entre el derecho y la moral porque la misma constituye un presupuesto de la limitación tanto al poder de los jueces, como al poder del legislador.²⁴

VII.

Sussana Pozzolo enfrenta esta cuestión echando mano de la conocida distinción bobbiana entre tres tipos de positivismo: como ideología, como teoría y como método²⁵. Su conclusión es que, si bien el constitucionalismo es “total y evidentemente” incompatible con el positivismo ideológico y tampoco es compatible con el iuspositivismo teórico (precisamente si nos atenemos a las transformaciones en la estructura del ordenamiento jurídico), en cambio, no necesariamente es incompatible con el método positivista. Y, aquí, apunto desde ahora, se instala la cuña que lo distingue del garantismo.

Para los neoconstitucionalistas, es necesario abandonar también el método positivista porque la vinculación entre derecho y moral –implicada por la incorporación de principios en las constituciones democráticas– es un hecho incontestable que lógicamente implica un cambio en el método para estudiar los sistemas jurídicos contemporáneos. Esta tesis está en el punto de partida de la obra de Dworkin, toca las premisas del liberalismo igualitario defendido por autores como Ernesto Garzón Valdés, Manuel Atienza

²⁴ Agrego estas últimas reflexiones después de la lectura del texto de Ferrajoli sobre “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”. Cfr., en particular, pp. 16-19 del manuscrito.

²⁵ Paolo Comanducci, utiliza la misma clasificación para distinguir entre tres neoconstitucionalismos: ideológico, teórico y metodológico. Cfr., Comanducci, P., “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico” en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 75-98.

y Rodolfo Vázquez y adquiere su expresión más emblemática y extrema en el pensamiento de Gustavo Zagrebelsky. Desde esta perspectiva el neoconstitucionalismo es compatible con ciertas versiones del iusnaturalismo²⁶ o, en todo caso, con aquellas concepciones del derecho que sostienen que la vinculación entre la moral y los ordenamientos jurídicos, para que estos gocen de legitimidad, es una relación necesaria. De hecho, ya sea por razones lógicas o ideológicas, a diferencia de lo que afirma como premisa fundacional el garantismo, los neoconstitucionalistas defienden que es posible identificar un conjunto de principios prácticos (ya sea porque son autoevidentes o porque se construyen intersubjetivamente²⁷) que prescriben lo que debe ser. Y, aunque se trate —como sostienen las versiones más flexibles del modelo— de una pluralidad de principios prácticos que coinciden con la pluralidad de inclinaciones naturales de los individuos y que no pueden jerarquizarse (porque son inconmensurables), en todos los casos, se colocan fuera de los límites impuestos por la teoría positivista.

La puerta hacia este derrotero puede encontrarse en la obra de H. L. A. Hart quién, al sostener la tesis del “contenido mínimo de derecho natural”, que se deduce de ciertas verdades humanas (vulnerabilidad, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos limitados y comprensión, inteligencia y fuerza de voluntad limitada), termina adscribiendo su teoría a lo que llama “positivismo suave”. Pero, en el ámbito anglosajón y con el ordenamiento jurídico estadounidense como referente, fue el pensamiento de Dworkin el punto de quiebre definitivo. Al hablar de “moral rights”, este autor, defiende la tesis de que es necesario realizar una *moral reading of the constitution* que supone un alejamiento definitivo del positivismo jurídico²⁸. Desde ahí dispara sus dardos en contra del “esqueleto del positivismo” que se sostiene en tres tesis para él inaceptables: a) que las reglas del derecho

²⁶ Sobre con un iusnaturalismo de tipo deontológico porque sostiene la existencia de un nexo entre moral y derecho pero no llega a esgrimir que la validez de la ley dependa de la justicia ni que ésta se deduzca de la naturaleza humana.

²⁷ En este sentido Rodolfo Vázquez (observando el problema desde la bioética) sostiene que: “... los principios normativos de autonomía, beneficencia, no maleficencia e igualdad, no se construyen arbitrariamente, ni se proponen dogmáticamente, sino que se levantan sobre la aceptación de un dato cierto: el reconocimiento y la exigencia de satisfacción de las necesidades básicas”, cfr., Vázquez, R., *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2006, p. 66.

²⁸ Otras tesis en la misma dirección, tal como señala Rodolfo Vázquez, son la de Garzón Valdés de la “pretensión de legitimidad” del derecho; la de Alexy de la “pretensión de corrección moral” de los operadores jurídicos (creadores y aplicadores del derecho); la de MacCormik de los “deberes de justicia” (que cualquier comunidad debe observar en su regulación). Vázquez, R., *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit.

pueden ser identificadas encontrando la fuente, al actor y el procedimiento, de su creación; b) que el ordenamiento es un conjunto de reglas exhaustivo; c) que siempre que alguien tiene un derecho subjetivo, otro tiene una obligación jurídica²⁹.

Para Dworkin, en efecto, estas tesis, no sirven para analizar ordenamientos constitucionales que, además de reglas, contienen principios y políticas y que exigen ofrecer fundamentos morales para las disposiciones relativas a los derechos y los deberes. El positivismo en particular no es capaz de dar cuenta de los principios constitucionales que son normas “que es menester observar, no porque hagan posible o aseguren una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral”.³⁰

VIII.

En realidad, la transformación constitucional que sirve como punto de partida al pensamiento neoconstitucionalista (y, de paso, al garantismo), en realidad, no es del todo original. Es cierto, como yo mismo he advertido en la primera parte de este ensayo, que el constitucionalismo democrático de posguerra supuso cambios importantes con relación al modelo de Estado legislativo vigente hasta entonces, pero la tesis de la moral positivizada, tal como la advierten los neoconstitucionalistas, bien puede encontrarse desde mucho antes en el texto del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. Más allá del sentido político de esta disposición, su texto, contiene una tesis de fondo que después será bandera del pensamiento neoconstitucional: aunque sea posible constatar la existencia fáctica de ordenamientos jurídicos que no respetan las coordenadas de contenido delineadas por esta disposición, solamente pueden considerarse como ordenamientos constitucionales *en sentido estricto* aquellos que recogen un catálogo de derechos fundamentales que son la positivización de una cierta moral. En este caso, ni los derechos fundamentales pueden ser cual-

²⁹ Cito directamente de la versión en inglés su configuración del positivismo jurídico: “Legal positivism rejects the idea that legal rights can pre-exist any form of legislation; it rejects the idea, that is, that individual or groups can have rights in adjudication other than the rights explicitly provided in the collection of explicit rules that compose the whole of a community’s law”. Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. xi.

³⁰ Retomo la cita que hace Rodolfo Vázquez de la misma obra (ahora traducida) de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, XXXX. Cfr. Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 49).

quier derecho; ni las constituciones pueden tener cualquier contenido. Al menos no si pretendemos que tengan legitimidad o justificación.

La propia Sussana Pozzolo y Paolo Commanducci -en dos ensayos dedicados al tema específico del neoconstitucionalismo- han llamado nuestra atención sobre un debate relevante entre Norberto Bobbio y Nicola Matteucci que recoge los ejes de esta cuestión. Conviene recuperar el núcleo de esa discusión porque nos permite vislumbrar la disputa en un contexto, por decirlo de alguna manera pre-dworkiniano, y, sobre todo, porque de las tesis de Bobbio emergen algunas reflexiones que nos permiten recuperar la traza central de este ensayo porque delinear algunos elementos que retoma el garantismo y que apuntalan la cuña que ya he colocado algunos párrafos arriba. En respuesta a un artículo escrito por Matteucci, intitulado “Positivismo jurídico y constitucionalismo”, en el que se cuestionaba la compatibilidad entre el positivismo clásico y las nuevas teorías constitucionalistas³¹ con lo que se anticipaban las críticas que años después dirigirían al positivismo los neoconstitucionalistas, Norberto Bobbio, advirtió los errores que acarrearía equiparar el positivo jurídico al estatalismo:

“... mi impresión es que usted -advertía Bobbio a Matteucci-, del todo empeñado en la batalla antipositivista, ha terminado por sacrificar en el altar de la teoría estatalista también al método positivo, como si cambiando la construcción se debiera cambiar también el método”³².

La crítica de Bobbio constituye una defensa del método positivista (que identifica al derecho siguiendo las ‘reglas formales de producción jurídica’) pero, al mismo tiempo, es una firme toma de distancia ante el ‘positivismo ideológico’ que tiende a confundir el derecho positivo con la justicia y que conduce hacia la peligrosa pendiente del legalismo ético³³. Bobbio, al mantener firme su adscripción al positivismo metodológico, reprocha a Matteucci la decisión de llamar ‘constituciones’ solamente a las ‘constituciones buenas’. Pero, de paso, anticipa las coordenadas del debate que nos ocupa

³¹ Cfr. N. Matteucci, “Positivismo giuridico e costituzionalismo” en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile* (1963), pp. 985-1000. La referencia se encuentra en Pozzolo, cit., p. 206.

³² Cfr. C. Margiotta, “Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Incola Matteucci”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2, 2000. La referencia y la cita que he reproducido se encuentran en Pozzolo, cit., p. 207.

³³ Al respecto, cfr., además de las obras ya citadas, L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001. Sobre este particular es interesante la advertencia de Ferrajoli -de nueva cuenta en su texto sobre “constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”- en el sentido de que el neoconstitucionalismo puede conducir por la senda del “constitucionalismo ético”.

y que tiene como punto de partida las dificultades que enfrenta la teoría positivista para dar cuenta de la profunda transformación que supuso el constitucionalismo democrático de posguerra.

En esto, Bobbio, anticipa un punto de contacto entre el neoconstitucionalismo y garantismo (que está implícito desde las primeras líneas de este ensayo): la necesidad de abandonar el positivismo teórico. Este abandono es inevitable para abarcar las indiscutibles transformaciones que el constitucionalismo democrático implicó. Dato de hecho que tanto el garantismo como el neoconstitucionalismo tienen como punto de partida. Es más: bajo ciertas condiciones, este último puede considerarse un desarrollo del positivismo teórico clásico. Para decirlo con Paolo Comanducci:

“...creo que se puede mirar favorablemente a la teoría del Derecho neoconstitucionalista, que me parece que da cuenta, mejor que la tradicional iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por otro lado, el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre Derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico; al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo³⁴”.

El problema, como bien deja entrever Comanducci, se presenta en el plano metodológico porque, como se ha insistido en este trabajo, el neoconstitucionalismo sostiene “la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral”.³⁵

IX.

El garantismo se desarrolla por la línea que trazan las tesis de Bobbio porque, si bien abandona al positivismo teórico para dar cuenta de las transformaciones que impactaron a los ordenamientos vigentes y repudia al positivismo ideológico, se mantiene firme en la dimensión metodológica y defiende la separación entre la moral y el Derecho, entre el ser y el deber ser. De hecho, incluso para Ferrajoli, el constitucionalismo, a diferencia de lo que sostiene expresamente Dworkin, “en vez de constituir el debilitamiento del positivismo o su contaminación iusnaturalista, representa su reforzamiento: por decirlo de algún modo, representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada”³⁶.

³⁴ Comanducci, P., “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico, op. cit., p. 87.

³⁵ Ibid., p. 87.

³⁶ Ferrajoli, L., “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, en *Isonomía*, No. 16, 2002, p. 8. Esta tesis, evidentemente, constituye el eje central del texto del propio Ferrajoli sobre “constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”.

Esta última es una tesis que Ferrajoli –sobre todo para responder a sus críticos- esgrime una y otra vez, tanto cuando se refiere a cuestiones técnico/jurídicas, por ejemplo, al tratar el tema de la distinción que él mismo propone entre vigencia y validez de las normas; como cuando trata temas en los que se engarzan su filosofía jurídica con su filosofía política como es el caso de la laicidad estatal. Para decirlo con Marina Gascón: “el garantismo evita, también en este nivel discursivo (se refiere a la teoría jurídica de la validez), las falacias naturalista y normativista de reducción de los valores a hechos y de los hechos a valores y se separa así tanto de la ideología jurídica normativista como de la realista: ni una norma válida es, sólo por eso vigente; ni una norma vigente o eficaz, sólo por eso, válida”³⁷. Y, cuando nos desplazamos al ámbito de su modelo político, la distinción permanece: de ahí la posibilidad de denunciar desde un punto de vista externo la ilegitimidad irreductible de los sistemas democráticos. Y, si bien es cierto, que en el plano ideológico se inclina por una agenda expansiva de los derechos y sus garantías, en el plano teórico, ofrece una definición de derechos fundamentales formal que puede albergar, en el extremo, cualquier contenido³⁸. En este sentido, mantiene de manera coherente su afiliación al positivismo jurídico metodológico.

X.

Sin embargo, desde otro mirador, aunque parezca paradójico, también el garantismo, tienen una vena iusnaturalista. En ello, desde otra perspectiva, también encuentra sus raíces el pensamiento bobbiano. Al igual que la obra de Bobbio y también que el pensamiento de Ferrajoli, el garantismo, puede desdoblarse en dos dimensiones: en el plano metodológico en el que abraza al iuspositivismo y, en el plano político, en el que se adscribe al pensamiento liberal heredero del iusnaturalismo moderno. Para aclarar el punto conviene traer a colación una ulterior distinción entre iusnaturalismo y iuspositivismo, en este caso propuesta por Riccardo Guastini, desarrollada en un ensayo dedicado precisamente al positivismo bobbiano. Según Guastini podemos identificar dos acepciones de iusnaturalismo:

a) como metaética naturalista (se trata de una variante del cognotivismo ético);

³⁷ Gascón, M., “La teoría General del garantismo”, op. cit., p. 25.

³⁸ Sobre este tema y sus posibles consecuencias, cfr.: Martí, J. L., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”, en Carbonell, M., Salazar P., (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., pp. 365-401. Véase también los textos contenidos en Ferrajoli, L. (et. al.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

b) como ética liberal: la “defensa de la libertad individual frente al poder político” (que sería la antítesis del legalismo ético)

Y, por oposición, tenemos dos acepciones, del positivismo jurídico:

a) como metaética no cognotivista;

b) como ética estatalista (legalismo o formalismo de la justicia). “El derecho merece obediencia sin importar su contenido”³⁹.

Bobbio, nos previene Guastini, resulta ser positivista sólo en el primer sentido y jusnaturalista en el segundo. Es decir que es un positivista metodológico en el terreno del derecho y un jusnaturalista liberal en el campo de la política. Me permito reproducir una cita bobbiana que sirve a Guastini para confirmar su sugerente tesis:

“En la medida que sea útil —explica Bobbio— pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro”⁴⁰.

Al abrazar al constitucionalismo como ideología política orientada a limitar al poder político, Norberto Bobbio, al igual que sucederá con el garantismo, se alinea en las filas del iusnaturalismo moderno. De ahí su rechazo frontal al positivismo ideológico (al legalismo ético). Pero no por ello abandona el método positivista y, por lo tanto, se mantiene firme en las filas de quienes sostienen, en el ámbito del análisis jurídico, la tesis de la separación entre derecho y moral. Esta articulación sin contradicciones es posible porque incorpora el punto de vista político en su análisis. Bajo la lógica que ya he anunciado de que “derecho y poder son las dos caras de una misma moneda”, Bobbio, perfila el paso entre la moral y el derecho como un acto propio del poder político. Me parece lícito sostener que el vínculo entre ambas esferas reside en la acción política: “solo el *enforcement* de un derecho lo transforma de derecho moral (*moral right*) en derecho jurídico (*legal right*)”⁴¹. Y, en ese sentido, la vinculación no es necesaria porque depende de un ele-

³⁹ Cfr. Guastini R., “Bobbio o de la distinción”, en *Distinguendo*, Giapichelli, Torino, XXX, p. 63.

⁴⁰ N. Bobbio, el problema del positivismo jurídico, Fontamara, México, 1991, p. 89. (citado por Vázquez en *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 25).

⁴¹ N. Bobbio, “Una nuova stagione della politica internazionale”, en *Lettera Internazionale*, XV, n. 62, 1999, pp. 8-9. Sobre la relación que existe en la teoría de Bobbio entre los diferentes derechos fundamentales, cfr., entre otros, N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, op. cit., p. 6. También se recomienda, para un desarrollo ulterior sobre el argumento, el libro de M. Bo-vero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*. Roma-Bari, Laterza, 2000.

mento distinto tanto a la moral como al derecho: la política. La posibilidad teórica de emitir valoraciones críticas en torno a la (i)legitimidad del Estado se sustenta en esta dimensión que permite asumir un punto de vista externo o ético-político del derecho y sus instituciones. Tesis que, como sabemos, es propia del garantismo ferrajoliano.

Así las cosas, el iusnaturalismo de Bobbio, no es el iusnaturalismo jurídico y metodológico propio del neoconstitucionalismo sino que se ubica en el plano de la filosofía política y descansa en la teoría liberal de los límites y vínculos a los poderes públicos (y privados)⁴². Los derechos humanos o fundamentales son, sin duda, principios o aspiraciones deseables que equivalen a las ‘exigencias de justicia’ del iusnaturalismo jurídico clásico y moderno pero sólo son Derecho si, en su reconocimiento, media una decisión política. Y esta es la posición que caracteriza al pensamiento garantista. De hecho, se trata de una tesis que los iuspositivistas críticos pueden aceptar sin mayores problemas.⁴³

Para el garantismo, sobre la línea trazada por Bobbio, la incorporación de los derechos fundamentales a la constitución y la implementación de sus garantías solamente son posibles mediante la decisión, contingente e históricamente determinada, a cargo de una autoridad política: el poder constituyente (o el poder de reforma constitucional). Y, en esta dimensión, la relación entre derecho y política se invierte: “el derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la política, sino que, por el contrario, es la política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del derecho”⁴⁴. Como puede verse, entonces, es la vinculación entre el derecho y la política –y no entre el derecho y la moral– la que encuentra expresión plena en la teoría garantista.

Ya hemos visto los rasgos fundamentales de esta teoría desde la perspectiva estrictamente jurídica (como modelo normativo del derecho y como

⁴² Sobre la teoría política en la obra de Ferrajoli, cfr.: Pazé, V., “Luigi Ferrajoli. Filósofo político” en Carbonell, M., P. Salazar (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 147-158.

⁴³ Esta, de hecho, es una posición que puede ser adoptada por un positivista “duro”, como E. Bulygin, que niega tajantemente la existencia de un sistema moral objetivamente válido pero reconoce que es posible hablar de derechos morales siempre y cuando se les distinga de los derechos jurídicos: “...cuando un orden jurídico positivo, sea este nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y ya no meramente morales”. Citado por Ernesto Garzón Valdés en Garzón Valdés en “Derecho y Moral”, op. cit., p. 38.

⁴⁴ Ferrajoli, L., “El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y sus divergencias de la realidad” en Ibáñez, Andrés P., *Corrupción y estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, p. 24. Citado por Marina Gascón (op. cit., p. 26).

teoría jurídica) pero, en su sentido más amplio, el garantismo se expresa como:

“...el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes —públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional— mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados⁴⁵”

El carácter liberal del modelo emerge con toda claridad en este párrafo y, de paso, anuncia el proyecto ideal que funge como parámetro para valorar críticamente a los ordenamientos político-jurídicos existentes. En la primera parte de la cita se expresa lo que Marisa Iglesias ha denominado el “constitucionalismo político” y en la segunda el “constitucionalismo humanista” del garantismo⁴⁶. Más allá del tino de esta distinción entre dos tipos de constitucionalismo, incluso para Ferrajoli, lo importante sería que ambas dimensiones se ubican en planos distintos: uno en el de la teoría del derecho y el otro en el de la teoría política. En este sentido, desde mi punto de vista, el pensador contemporáneo que mejor encarna la concepción garantista en este sentido amplio es, paradójicamente un filósofo de la política, Michelangelo Bovero.

Las tesis de Bovero, por un lado, se construyen sobre las bases del pensamiento político liberal ilustrado de matriz iusnaturalista y, por el otro, se mantienen firmes en el ámbito del positivo jurídico (en su acepción metodológica) sin incurrir en las ambigüedades y vacilaciones que aquejan parte de la obra de Ferrajoli. Bovero, de hecho, defiende el sentido del garantismo como teoría del derecho que, desde una perspectiva positivista, se compromete con la expansión de la agenda de los derechos fundamentales y sus

⁴⁵ Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 62.

⁴⁶ Para Marisa Iglesias, el constitucionalismo ferrajoliano oscila entre estas dos formas de constitucionalismo lo que implica una contradicción: el primero (el constitucionalismo político) es compatible con el positivismo jurídico pero, para ella, el segundo (el constitucionalismo humanista) no lo es porque constituye “una presentación abreviada del mínimo moral que el derecho tiene la función de proteger”. En lo personal difiero de esta interpretación porque, desde mi perspectiva, lo que Iglesias llama “constitucionalismo humanista”, en realidad, se coloca por fuera del derecho y se ubica en el plano de la teoría política del garantismo (y no desde una teoría moral). Cfr. Iglesias, M., “El positivismo en el Estado constitucional”, en Carbonell, M., P. Salazar (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 95. Esta distinción s retomada por el propio Ferrajoli en su texto sobre “constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”: el ius-constitucionalismo es “algo completamente distinto que el constitucionalismo ‘político’ —moderno pero también antiguo— como práctica y como concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad...”, cfr., manuscrito, p. 3.

garantías y, al mismo tiempo, no pierde de vista que esa expansión pasa, necesariamente, por la acción de las mayorías políticas y por los límites impuestos jurídicamente a estas mismas mayorías. Las críticas de Bovero a la noción de democracia sustantiva propuesta por Ferrajoli —y la correspondiente defensa de una definición formal y mínima de esta forma de gobierno— así como sus aportaciones al debate entre este autor y Riccardo Guastini, en torno a la relación entre los derechos, los deberes y las garantías, son pruebas de lo que acabo de sostener. Valga su conclusión al ensayo con el que interviene en este último debate para apuntalar mi tesis. Al indagar de qué tipo es la obligación que corresponde al legislador que debe introducir las garantías para los derechos fundamentales que faltan en un ordenamiento, Bovero, nos dice lo siguiente:

“(Se trata quizá) de una *obligación política*, Según una práctica consolidada solemos diferenciar entre la “obligación jurídica” que tiene el individuo de obedecer a una norma particular del ordenamiento y la “obligación política” que tiene dicho individuo de obedecer al ordenamiento en su conjunto, al sistema de autoridades y poderes públicos que éste establece (...) sugiero que reflexionemos sobre la pertinencia de catalogar como *política*, en el sentido preciso y pertinente del término, a la obligación que tienen los titulares del poder político (los poderes públicos) y ya no a la obligación de sus subordinados. Esta es, en un Estado Constitucional de Derecho, la obligación de poner en práctica al contrato social (...) y, en primer lugar, de garantizar las cláusulas del pacto de convivencia que coinciden con los derechos fundamentales de los individuos. Una obligación política entendida, por lo tanto, ya no como la obligación que tienen los gobernados de obedecer al poder político, sino como la obligación de los gobernantes, de los ‘políticos’, con la *polis* y su *politeia*; la obligación, entonces, de *obedecer a la constitución*, que tiene una sanción que también es esencialmente *política* (aunque invoque, para justificarse, la deficiente garantía de derechos jurídicos): la deslegitimación democrática de los gobernantes. A través del voto. ¿O también ejerciendo el derecho de resistencia? ¿A través del ‘apelo al cielo’ de lockeana memoria?...”.⁴⁷

La cita permite evidenciar, por un lado, la estrecha vinculación que, para Bovero, existe, entre el sistema jurídico y el sistema político y, por el otro, su convicción de que la exigencia de incorporar normas a los ordenamientos para ampliar la agenda de los derechos y de sus garantías es de tipo político y no de carácter moral. Por si no bastara nos previene que esa tam-

⁴⁷ Bovero, M., “Derechos, deberes, garantías” en Carbonell, M., Salazar, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., pp. 233-244.

bién es la naturaleza de la obligación que exige *cumplir con la constitución*. Y, en el extremo, nos anuncia que la única puerta para eventuales argumentos morales es la que conduce por la senda del iusnaturalismo, de nueva cuenta político, hacia el liberalismo de lockeana memoria.

XI.

Las distinciones entre el garantismo y el neoconstitucionalismo adquieren especial relevancia cuando miramos hacia el campo de la justicia constitucional. La diferencia de fondo que ha sido identificada y que podría parecer una distinción meramente teórica de alcance metodológico, en este terreno, adquiere una relevancia práctica. Para entender esto conviene señalar que, con los ordenamientos constitucionales contemporáneos, se dejaron de lado las advertencias de Hans Kelsen en el sentido de que los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad podrían “jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”⁴⁸. Para Kelsen “las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios)” podrían interpretarse “como directivas relativas al contenido de las leyes (...) y, en este caso, el poder del tribunal (constitucional) sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”⁴⁹. Por ello, Kelsen, recomendaba “abstenerse de todo este tipo de fraseología”⁵⁰ controvertida en las constituciones.

En los hechos muchas constituciones contemporáneas pasaron por alto el prurito kelseniano y sobrecargaron de normas de principios su apartado dogmático. El peligro que esto conlleva sigue estando presente en la mente de algunos estudiosos del derecho contemporáneos. Por ejemplo, para Francisco Laporta, está latente el riesgo de que “los jueces (obren) sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran aplicando el derecho”⁵¹. Y el problema, para este mismo autor, es que los jueces no están preparados para esta tarea porque “su razonamiento moral no pasa de ser vulgar”⁵². Ante este delicado problema, el garantismo y el neoconstitucionalismo, ofrecen respuestas interesantes.

⁴⁸ Kelsen, H., *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, (cito de la edición contenida en *Escritos sobre Democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988), p. 142.

⁴⁹ Ivi., p. 142-143.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Francisco Laporta, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, en *El cronista*, No. 0, Madrid, octubre 2008, cit., p. 49.

⁵² Ibidem. Tal vez conciente de ello, Ronald Dworkin, se pregunta si los jueces deben o pueden ser filósofos (a lo que adelanta una respuesta positiva). Cfr. Dworkin, R., “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, en *Isonomía*, No. 32, abril de 2010, pp. 7-29.

Ambas aproximaciones asumen como un dato empíricamente verificable la constitucionalización de principios abstractos y, aunque no parecen compartir el temor manifestado por Kelsen y aún vigente en las tesis de Laporta, se inclinan por restringir la discrecionalidad judicial. Sin embargo, solamente el garantismo logra ser consistente con este objetivo. Y ello se explica, en última instancia, por la diferencia de posiciones que ambas aproximaciones teóricas adoptan frente al tema del positivismo metodológico.

XII.

En el modelo garantista se rechaza frontalmente el decisionismo en derecho. Para esta teoría, la función judicial debe ceñirse, rigurosamente, al principio de legalidad. El juez, para decirlo con Marina Gascón, “para poder ser una garantía de los derechos contra la arbitrariedad, no debe, a su vez, actuar arbitrariamente”⁵³. El uso de un lenguaje normativo riguroso y factual, que garantice un apego al principio de legalidad mediante una aproximación cognitiva y no normativa al Derecho, es un requisito para reducir la indeseable discrecionalidad y, sobre todo, la arbitrariedad en el quehacer del juzgador. En esta dirección, según Ricardo Guastini, Ferrajoli, por ejemplo, hace suya la tesis ilustrada al sostener que el poder judicial sólo puede funcionar como garantía frente al poder ejecutivo si se desempeña como un poder prácticamente nulo⁵⁴. De nueva cuenta, se subraya la pretensión cognoscitiva y no creativa del intérprete que se fundamenta en el carácter positivista de la teoría garantista. De hecho, para esta teoría, resulta posible hablar de una verdad jurídica que depende de la labor del intérprete como descubridor del derecho. Para Perfecto Andrés Ibáñez aquí reside un “significativo factor de novedad” del garantismo que consiste en que:

“...del mismo se sigue un imperativo de cambio radical en la forma de relación entre los dos polos del par, conocimiento y decisión. Ahora se trata de hacer que prevalezca el primero como condición de legitimidad del segundo. (...) Así lo que late en el modelo propuesto no es el desconocimiento de la inevitable discrecionalidad que connota la tarea del juez (...), sino el propósito de contribuir con eficacia a su reducción⁵⁵.”

⁵³ Gascón, M., “La teoría general del garantismo. Rasgos principales” en Carbonell, M., P. Salazar (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 27. He desarrollado algunos de estos argumentos en *Garantismo espurio*, op. cit. Estas tesis son claramente desarrolladas por el propio Ferrajoli en su trabajo sobre “constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”.

⁵⁴ Cfr., Guastini, R., “I fondamenti teorici e filosofici del garantismo” en Gianformaggio, L. (editora), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 53.

⁵⁵ Cfr., Ibáñez, P. A., “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, op. cit., pp. 65-66.

Lo que está en vilo, como parte de las garantías que protegen a los derechos fundamentales, son la certeza y la seguridad jurídicas. La vinculación del juez a la ley constituye una obligación que es, a la vez, jurídica, política y moral⁵⁶. Si el juez abandona su compromiso con el principio de legalidad —abjura de su obligación de actuar *sub lege*—, es decir, traiciona su delicada función al interior del modelo constitucional. Sobre este punto, Ferrajoli, es claro:

Para garantizar los derechos el juez puede incurrir a una cierta ‘inventiva judicial’, “pero si no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva (...) es imposible y no cabe otra solución que la denegación de la justicia”. La protección de los derechos “en la medida en que no tiene a sus espaldas una legislación suficientemente precisa y unívoca, contradice en el mejor de los casos su sujeción a la ley (...) Y se revela en el peor de los casos del todo imposible⁵⁷.”

Al juez le corresponde asumir una actitud crítica frente al derecho que se traduce en advertir, denunciar y promover la expulsión del ordenamiento de aquellas leyes inconstitucionales (es decir, para usar el lenguaje ferrajoliano, que son vigentes pero inválidas) pero, al realizar esa delicada función, el juez, debe ajustar su actuación invariablemente al principio de legalidad que lo obliga, ante todo, a observar el contenido constitucional. La frontera de sus potestades y el marco de su función de garantía están normativamente establecidos tanto en la constitución como en las leyes. Con las palabras de Ferrajoli al reflexionar sobre la actuación de los jueces (en particular de los penales): “éstos no son libres de orientarse en las decisiones según sus personales convicciones morales, sino que, por el contrario, deben someterse a las leyes aun cuando pudieran hallarse en contraste con tales convicciones.”⁵⁸ Y lo mismo vale —sobre todo— para los casos en los que estén en juego sus intereses o cálculos políticos. De hecho, sin reparos y con claridad, el propio Ferrajoli advierte que “en el modelo del constitucionalismo iuspositivista (garantista), la reparación de las lagunas y antinomias (...) no se confían al activismo interpretativo de los jueces, sino sólo a la legislación y, por ello, a la política...”⁵⁹.

Como puede observarse, es errado sostener que la teoría garantista promueve una actitud decisionista por parte de los jueces y mucho menos

⁵⁶ Gascón, M., “La teoría general del garantismo. Rasgos principales”, op. cit., p. 27.

⁵⁷ Derecho y Razón, pp. 919-920. Ambas citas se encuentran en Gascón, op. cit., p. 29.

⁵⁸ Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2000 (4ª Ed.), p. 925.

⁵⁹ Retomo esta última tesis de su texto sobre “constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, p. 29 del manuscrito.

suponer que acepta algún grado de arbitrariedad judicial. Cuando éstos actúan sobre la base de un razonamiento moral abierto o a partir de cálculos políticos (estrategias sustantivamente distintas pero que lesionan igual a la certeza y la seguridad jurídicas) distorsionan y falsean la teoría. En el garantismo vale más bien lo contrario: la actividad judicial debe ceñirse a conocer los hechos y el derecho y a constatar las consecuencias de la aplicación del segundo sobre los primeros. De ello depende, ni más ni menos, que el respeto al principio de imparcialidad. Y este pende, como ya lo sabía MacIlwain⁶⁰ y nos recuerda el propio Ferrajoli, del principio básico de la separación de los poderes.

XIII.

El neoconstitucionalismo, en cambio, resulta más flexible ante el tema de la discrecionalidad judicial. Dworkin, por ejemplo, reconoce que en algunos casos –si bien atendiendo a principios como la ‘supremacía legislativa’ o la doctrina del precedente– los jueces pueden estar autorizados, directamente, para “cambiar una regla legal existente”⁶¹. Y, aunque este autor no se inclina por la discrecionalidad judicial en sentido fuerte, promueve una noción de activismo judicial que se encuentra estrechamente vinculada con la noción de “derechos morales”: el activismo judicial, sostiene, “presupone cierta objetividad de principios morales; en particular presupone que los ciudadanos tienen algunos derechos morales frente al Estado (...) sólo de esta manera el activismo judicial se justifica sobre la base de algo más que las preferencias personales del juez”⁶². Por su parte, Robert Alexy ha sostenido lo siguiente:

“La principal particularidad de la interpretación constitucional deriva de sus tres extremos arriba señalados: máximo rango, máxima fuerza jurídica y máxima importancia de su contenido. Quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales –esto es, en la práctica, quien logre que sea adoptada por el Tribunal Constitucional Federal–, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política (...) En este sentido cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales. El

⁶⁰ Cfr., el texto clásico de Ch. MacIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca, Nueva York, 1947.

⁶¹ Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 37-38.

⁶² Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit., p 138.

árbitro de esta lucha no es sin embargo el pueblo, sino el Tribunal Constitucional Federal”⁶³.

Como puede observarse, la clave que abre la puerta al activismo y a la vez pretende restringir la discrecionalidad, no es solamente el rango normativo de los derechos fundamentales sino, sobre todo, el reconocimiento de la existencia de ciertos derechos morales que dotan de contenido a dichas normas. Es decir, el abandono del positivismo metodológico propio del garantismo. Los jueces de Dworkin y Alexy juegan un papel político muy relevante y deben ser capaces de ofrecer respuestas morales a los problemas de política constitucional –y pueden hacerlo- porque las cláusulas del *Bill of Rights* hacen referencia a conceptos morales que exigen interpretación y que se encuentran en las constituciones⁶⁴. Los principios constitucionales, en efecto, son el punto de partida de dichas interpretaciones y, en los hechos, permiten al juez constitucional integrar el derecho. En este caso, la labor judicial no es primordialmente cognitiva sino también creativa con lo que el juez, como abiertamente sostiene Alexy, puede llegar a suplantar al legislador⁶⁵. Y, si bien es cierto que las técnicas de interpretación propias de esta estrategia (típicamente la ponderación propuesta por el propio Alexy), están orientadas a restringir técnicamente el ámbito de creatividad judicial, al sustentarse en la tesis de la incorporación de la moral al derecho, el neoconstitucionalismo, deja la puerta abierta para que el juez, *en extremis*, recurra a sus propias convicciones morales y/o políticas a la hora de decidir⁶⁶.

⁶³ Alexy, R., “Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho” en Carbonell, M., Salazar, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., pp. 36-37.

⁶⁴ Cfr., Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit., p 147.

⁶⁵ Desde la perspectiva de Ferrajoli, con la estrategia neoconstitucionalista, “...al tiempo que se debilita el carácter vinculante de las normas constitucionales a pesar de su rigidez, se avala a través de la contraposición de la ponderación a la subsunción, el debilitamiento del carácter tendencialmente cognoscitivo de la jurisdicción, en el que reside su fuente de legitimación, y se promueven y alientan tanto el activismo de los jueces como la discrecionalidad de la actividad judicial”. Ferrajoli, L., “constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, p. 46 del manuscrito.

⁶⁶ Juan Antonio García Amado, en un debate con Prieto Sanchís del que Carlos Bernal Pulido da cuenta en el libro editado por Carbonell dedicado a la *teoría del Neoconstitucionalismo*, por ejemplo, critica radicalmente la técnica interpretativa de la ponderación por ser un “procedimiento irracional” que utilizan los tribunales constitucionales para evadir la carga de la fundamentación. Cfr. Bernal Pulido, C., “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo” en Carbonell, M., *Teoría del Neoconstitucionalismo*, op. cit., pp. 299-300. Críticas similares, más o menos radicales, han sido planteadas por muchos otros teóricos del derecho que tienen en común la defensa del positivismo metodológico. El propio Pietro Sanchís sostiene lo siguiente: “...el neoconstitucionalismo implica también una apertura al judicialismo, al menos desde la perspectiva europea, de modo que si lo que gana el estado de Derecho por un lado

XIII.

En el fondo de la diferencia entre estas posiciones frente a la labor jurisdiccional, como acabo de advertir, descansa el diferendo metodológico que ocupó nuestra atención en el apartado medular de este ensayo. Juan Antonio García Amado, pensando en el ámbito de los derechos sociales y sus garantías, nos ofrece la siguiente reflexión que parecería rematar la diferencia:

“...tenemos un buen banco de pruebas para las diferencias entre neoconstitucionalistas y positivistas. Los primeros confían en una judicatura activista y comprometida en la imposición de óptimos o, al menos, en la compensación y elevación de las realizaciones contempladas por el legislador. En cambio, el positivista estima que el grado de satisfacción de cada uno de estos derechos (sociales) y el tipo de preferencia entre ellos es materia propia de una actividad legislativa que refleje el programa político respaldado por la mayoría de los votantes”⁶⁷.

Sin embargo, identificar al garantismo con el positivismo referido en esta cita sería un error. En realidad, Ferrajoli, desde su perspectiva garantista, en este punto se encontraría más cerca del neoconstitucionalismo porque también él se inclina por una labor judicial activista cuando se trata de ofrecer garantías a los derechos constitucionales. La teoría de Ferrajoli, además, tiene como uno de sus ejes principales la desconfianza a las mayorías políticas y la defensa de los derechos fundamentales como ‘derechos del más débil’ ante cualquier poder (incluyendo al legislador democrático).

Pero, en realidad, las razones que mueven al neoconstitucionalismo en la dirección identificada por García Amado son distintas a las que impulsan al garantismo. El primero, promueve una actuación judicial activista en virtud de la presunta existencia de principios morales extrajurídicos y juridificados que *deben orientar* la decisión de los jueces; el segundo, en cambio, promueve el activismo *desde fuera del derecho* y, si es jurídicamente posible, *en el derecho* como parte de un programa político que, *debería orientar*, el quehacer de los juzgadores. La diferencia no es baladí: el juez del neoconstitucionalismo está autorizado a suplantar al legislador en aras de una justicia con asidero moral objetivo; el juez del garantismo está obligado a provocar que

no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales; y, a mi juicio, la ponderación rectamente entendida tiene ese sentido”. Prieto Sanchos, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en Carbonell, M., Salazar P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 157.

⁶⁷ García Amado, J. A., “Derechos y pretextos” en Carbonell, M., *Teoría del Neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 263.

el legislador haga su tarea en aras de una agenda política liberal y democrática.

Si, al arropar sus decisiones en alguna de estas aproximaciones teóricas, los jueces de las jóvenes democracias constitucionales tomaran en cuenta las distinciones que propongo (suponiendo, por supuesto, que éstas tengan sustento teórico), probablemente, asumirían con mayor franqueza las consecuencias de su actuar neoconstitucionalista o, en su defecto, harían suyas las limitaciones y rigores que impone a su actuación la teoría garantista. En este terreno, en el que las decisiones tienen consecuencias jurídicas y políticas fundamentales, la diferencia es todo menos irrelevante.