

DISCUSIONES

AÑO 1 - Nº 1

**Derechos
y
Justicia Constitucional**



PRESENTACIÓN

Con cierta frecuencia se afirma que los problemas filosóficos carecen de solución; que no hay progreso en filosofía. Estas afirmaciones se basan normalmente en la decepción que produce constatar que los mismos temas reaparecen una y otra vez en la agenda de discusión. Sin embargo, aún cuando fuese verdad que los problemas filosóficos no pueden ser resueltos de manera definitiva, es indudable que el *modo* en que los problemas son formulados es un aspecto importante de los cambios en las discusiones filosóficas. Esto significa que el debate en filosofía tiene un valor especial ya que es precisamente este intercambio racional de argumentos lo que clarifica los problemas y otorga vitalidad a sus nuevas formulaciones. El reconocimiento de la relevancia del debate filosófico y la necesidad de contribuir al mismo, son las razones que nos impulsan a presentar *DISCUSIONES* como una revista dedicada al análisis de problemas de teoría del derecho, ética, filosofía política y social.

Esta revista no pretende ser el órgano de difusión de ninguna escuela filosófica en particular y, por consiguiente, espera beneficiarse del debate entre diversas corrientes de pensamiento. *DISCUSIONES* intenta ofrecer un marco de intercambio que permita la crítica y la defensa de las ideas presentadas. Cada número de la revista será dedicado a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte de los autores del trabajo principal.

El objetivo de *DISCUSIONES* es integrar ámbitos de debate, conectar grupos de investigación de distintos lugares del mundo, y ofrecer un espacio institucional para tareas comunes. Por esta razón, se intentará que cada volumen sea coordinado por un *editor invitado*, que se encargará de seleccionar el tópico a analizar, y los autores de los diferentes trabajos. Cada volumen incluirá una presentación de la discusión a cargo del editor

del número en cuestión. En este sentido, invitamos a proponer temas de debate o a asumir las tareas de editor. La evaluación de las propuestas, así como también de la calidad de los trabajos centrales de cada discusión, estará a cargo de la dirección de la revista y del Consejo Asesor.

INTRODUCCIÓN

Andrés Bouzat
Luis M. Esandi
Pablo E. Navarro

1. Derechos y diseño institucional

Uno de los rasgos salientes de la filosofía del derecho de las últimas décadas es el esfuerzo teórico por integrar en el análisis del derecho a los aportes de otras disciplinas. En particular, la filosofía moral contemporánea suministra ideas importantes al debate acerca de la identificación y justificación del derecho. Entre algunas de estas ideas pueden señalarse, por ejemplo, a las diferentes propuestas sobre el papel que desempeñan los derechos individuales. Aunque ciertas doctrinas, e.g. el utilitarismo clásico, ofrecen criterios para evaluar la corrección de las acciones e instituciones independientes de la asignación de derechos a los miembros de una comunidad, las doctrinas morales asociadas al liberalismo político asumen la existencia de derechos individuales que sirven para justificar los límites a la autoridad del Estado.

El núcleo de estos derechos individuales ha sido denominado como ‘el coto vedado’, para resaltar su independencia frente a argumentos políticos. En estas teorías que atribuyen derechos morales a los individuos, algunas de sus preocupaciones centrales son las siguientes: ¿qué consecuencias se derivan de esta asignación de derechos para el diseño institucional de una comunidad?; ¿de qué manera se puede proteger jurídicamente a este núcleo de derechos individuales?; ¿es conveniente introducir los derechos recogidos en el coto vedado en principios de rango constitucional?

El presente volumen ofrece un análisis de estos problemas. En particular, se trasluce una constante preocupación por articular intuiciones que no son siempre claramente compatibles: por ejemplo, el valor de la democracia, la relevancia de las decisiones de la mayoría, el respeto a

las minorías, y los límites de las decisiones institucionales. En algunas ocasiones, estos datos centrales ofrecen un aire de paradoja, por ejemplo: la existencia de un coto vedado conformado por derechos reconocidos a los individuos no parece plenamente compatible con el debate democrático, cuando la garantía de ese coto vedado está a cargo de las instituciones judiciales. El conocido ‘argumento contramayoritario’ hace precisamente hincapié en las dificultades de atribuir la última palabra a ciertas personas inamovibles en sus cargos y con menor representatividad en el electorado, en lugar de dejarla librada al debate político de los representantes de mayorías y minorías.

En resumen, dos intuiciones se presentan como importantes en esta discusión. Por una parte, es bien conocido que el temor a leyes que avasallen derechos fundamentales fue el basamento para otorgar al Poder Judicial un contrapeso a las decisiones de otras instituciones políticas. Por otra parte, el temor a que las convicciones morales de un grupo minúsculo de personas, e.g. los jueces, impida el dictado de leyes que cuentan con un consenso generalizado, es el que lleva a entablar el debate acerca de la naturaleza y justificación del control judicial de constitucionalidad de las leyes.

2. Liberalismo, derechos y control judicial de las leyes

La discusión acerca de la naturaleza y justificación del control judicial de constitucionalidad de las leyes es planteada por los autores de los trabajos recogidos en este volumen en el siguiente marco: se presupone que hay derechos morales, por lo tanto la cuestión acerca de su existencia queda fuera de la agenda. En el trabajo central, JOSÉ JUAN MORESO, sostiene que (i) si existen derechos morales y (ii) si éstos deben contar con primacía sobre las decisiones legislativas ordinarias, entonces *“hay poderosas razones para confiar a los órganos jurisdiccionales algunos aspectos de la protección de estos derechos constitucionales.”* Esta afirmación toma partido tanto acerca de la necesidad de incluir el coto vedado entre las normas constitucionales como así también sobre la conveniencia de atribuir al poder judicial el control de constitucionalidad de las leyes. En general, ésta es la solución clásica ofrecida por el

liberalismo político. Sin embargo, en numerosos trabajos contemporáneos, los autores liberales han ofrecido algunos interesantes argumentos para reconsiderar esta solución clásica. De esta manera, la discusión acerca de la naturaleza y justificación del control judicial de constitucionalidad se presenta como el resultado de un debate *interno* al liberalismo político.

El alcance de este debate y su relevancia para el diseño institucional se refleja claramente en, por ejemplo, los trabajos de JUAN CARLOS BAYÓN y ROBERTO GARGARELLA. En general, algunos de los aspectos fundamentales de esta discusión son los siguientes:

- A) Se discute la necesidad o conveniencia de incluir un catálogo de derechos en las constituciones contemporáneas por dos razones. En primer lugar, a menos que contemos con un procedimiento para determinar exhaustivamente el contenido del coto vedado, nuestros catálogos constitucionales serán sólo tentativas de capturar este núcleo moralmente privilegiado. Al igual que otras tentativas de establecer límites normativos taxativos, siempre puede ocurrir que algunos de esos derechos incluidos en estas cartas constitucionales en realidad no tengan un contenido fundamental, o bien que otros derechos básicos no hayan sido consagrados institucionalmente. En segundo lugar, existe un cierto peligro de fragmentación del discurso justificatorio. Al incluirse derechos de especial relevancia moral entre las normas de un ordenamiento jurídico, las discusiones acerca del contenido de estos derechos tienden a abordarse mediante argumentos jurídicos ordinarios, por ejemplo, debates acerca de lo que ‘significa verdaderamente’ la expresión ‘libertad de expresión’. De esta manera, el debate moral puede quedar desplazado por estructuras argumentativas propias de la práctica jurídica.
- B) Se discute la necesidad de revisar el diseño institucional del control de constitucionalidad. Durante bastante tiempo la polémica acerca de la función judicial ha estado latente en el modelo liberal por una visión simplista de la naturaleza de la decisión judicial. Conforme a esta visión, la interpretación del derecho era asociada a uno de los modos de producción de derecho, y por consiguiente, quedaba fuera de las prerrogativas judiciales. De este modo, si la

función de los jueces era únicamente aplicar las normas suministradas por otras instituciones políticas, no era un tema de primer orden en la agenda teórica el análisis de la justificación de las decisiones judiciales. Sin embargo, la interpretación del derecho parece estar indisolublemente unida a la función judicial, al menos en aquellos casos difíciles como suelen ser los casos constitucionales. En este supuesto, la necesidad de justificar el control judicial de constitucionalidad se traduce en la exigencia de abandonar un prejuicio recurrente contra las decisiones mayoritarias. Por cierto, las decisiones tomadas democráticamente por la mayoría pueden estar equivocadas, pero también pueden resultar erróneas las decisiones de los jueces de la Corte Suprema.

3. Procedimiento, justicia y discrecionalidad

El eje central de este debate que presentamos se dirige a evaluar diferentes esquemas institucionales, principalmente en función del modo en que ellos garantizan resultados justos. MORESO afirma que el esquema necesariamente debe resultar de un procedimiento de justicia procesal imperfecta, i.e. reglas procedimentales, que aún si son respetadas fielmente, no conducen necesariamente a un resultado justo según criterios independientes de valoración. Por el contrario, BAYÓN argumenta a favor de un esquema de justicia procesal pura en las decisiones, i.e el seguimiento del procedimiento en sí cuenta con un valor intrínseco que da peso propio al resultado, sea cual fuera éste. En este caso, la regla procedimental es el principio de la mayoría y su seguimiento justifica cualquier resultado, salvo aquel que importe una derogación de la mencionada regla.

El resultado de estas distinciones es relevante ya que, por ejemplo, compromete a MORESO a reconocer que tanto los sistemas continentales europeos como el americano de control judicial de constitucionalidad, resultan aceptables o justificados. BAYÓN, en cambio, es partidario de sistemas en los que la última palabra la tengan los órganos deliberativos eventualmente con una mayoría calificada.

En gran medida, esta discusión está vinculada al problema de la *discrecionalidad* en el ejercicio del poder por los órganos políticos. En general se admitiría que los órganos legislativos no se encuentran obligados a justificar explícitamente las decisiones que adoptan. El mero hecho de haberse dictado respetando el procedimiento —que básicamente gira en torno al principio de la mayoría— es justificación suficiente para la imposición de una regla. El ejercicio del poder judicial, en cambio, se describe como una competencia cuyas resoluciones están claramente delimitadas, porque deben ser adoptadas ajustándose a derecho y, además, explícitamente fundadas en él. Si esta descripción es correcta, la ventaja de un sistema político con un control judicial de constitucionalidad, radicaría en que el control de la actividad discrecional de un poder democrático es asignado a un órgano que si bien no es representativo, tampoco ejerce su competencia de manera discrecional.

Sin embargo, si se admite que a menudo el derecho no impone respuestas unívocas, entonces en esos casos difíciles es el juez, y no el derecho, el que determina la solución al caso. Este reconocimiento del ámbito de discreción de los intérpretes conlleva una modificación de la valoración de las relaciones entre el poder legislativo y judicial. Si la discrecionalidad no sirve para discriminar entre las actividades del poder legislativo y judicial, entonces sólo restaría admitir a la legitimidad de origen como único criterio relevante de valoración. De este modo, la solución sería jerarquizar, en el esquema de poderes, al legislativo por sobre el judicial. Hay que destacar que la propuesta no está dirigida a eliminar *completamente* la facultad de revisión judicial, porque ello implicaría convertir al parlamento en un poder supremo ilimitado. El peligro en este caso sería que este parlamento ilimitado podría desnaturalizar el procedimiento democrático de toma de decisiones, i.e. podría dictar una regla que modifique radicalmente su modo de funcionamiento, o incluso auto-eliminarse delegando todos sus poderes a otro órgano no representativo. La función del poder judicial se encontraría justificada como límite a aquellas decisiones que fueran dictadas sin respetarse el principio de la mayoría, o que dispongan alguna regla que pretenda modificar radicalmente un correcto funcionamiento de ese procedimiento. De este modo, el poder judicial se convertiría en

un árbitro del *procedimiento* seguido para la decisión, pero no juzgará acerca del *contenido* de la decisión.

La respuesta a este argumento es bien conocida y se refiere a la inevitable intervención del poder judicial en cuestiones que exceden a la custodia de aspectos puramente procedimentales. Por ejemplo, aún cuando fuese verdad que, en un sistema democrático, la última palabra sobre el alcance del coto vedado no está necesariamente reservada al poder judicial, todavía es necesaria la actividad judicial para resolver conflictos *individuales* de los derechos expresados en el catálogo constitucional. La función legislativa no es resolver directamente casos individuales sino situaciones abstractas, y no existe garantía de que sus soluciones ofrezcan la precisión suficiente para ordenar de manera exhaustiva los diferentes derechos admitidos en el coto vedado. En otras palabras, al igual que es preciso impedir que los jueces se conviertan en legisladores, también debemos evitar que los legisladores se conviertan en jueces.

4. Cuestiones abiertas

El interés de los trabajos que presentamos en este volumen no se agota en los aspectos señalados anteriormente. Hay importantes reflexiones acerca de, por ejemplo, la naturaleza de los derechos individuales, tipologías constitucionales, estrategias de racionalidad imperfecta, o la función del razonamiento jurídico. En esta *Introducción* hemos dejado deliberadamente de lado a estas cuestiones. Nuestra intención es ofrecer una presentación del núcleo del debate, sólo algunas ideas acerca de la naturaleza y justificación del control judicial de constitucionalidad.

Finalmente, es interesante destacar algunas cuestiones directamente relevantes para el tema central de discusión, que los autores de estos trabajos han dejado pendientes. Por ejemplo, la violación de derechos reconocidos en el coto vedado por *omisión* legislativa, la naturaleza de las *cuestiones políticas no judiciales*, la relevancia de derechos implícitos, i.e. no consagrados expresamente en las disposiciones constitucionales,

la relación entre un control difuso de constitucionalidad y la validez de las leyes.

La enumeración de estas cuestiones pendientes no tiene que entenderse como un reproche a los autores de los trabajos que presentamos. Más bien, es la importancia de sus ideas y la claridad de sus argumentos lo que permite identificar fácilmente la enorme tarea que aún resta emprender en este campo.

DERECHOS Y JUSTICIA PROCESAL IMPERFECTA*

José Juan Moreso
(Universidad Pompeu Fabra)

I. Introducción.

La idea de que un sistema político justo debe respetar los derechos básicos de las personas pertenece a los fundamentos de la mayoría de nuestras concepciones filosóficas de la justicia. No es, sin embargo, una idea indiscutida. Algunas concepciones filosóficas niegan este privilegiado lugar a los derechos. Por razones diversas, Jeremy Bentham, Edmund Burke y Karl Marx plantearon diversos desafíos teóricos conducentes a negar el lugar básico de los derechos en la concepción de la justicia.¹

Los derechos eran, para Bentham, nada más que ‘nonsense upon stilts’²; una crítica que, desde fundamentos filosóficos distintos, permea los escritos de los autores comunitaristas, críticos de las concepciones liberales de la justicia.³ Así, Alasdair MacIntyre ha escrito que, en realidad, los derechos no existen y que creer en ellos es como creer en brujas y unicornios.

Obviamente, las críticas de estos autores no se refieren a los derechos legales, conferidos por normas jurídicas, sino a los derechos naturales o humanos, que los iusnaturalistas racionalistas introdujeron en la discusión en la filosofía moderna. Sin embargo, no es a esta polémica a la que va dedicado mi trabajo. Supondré, de la forma que más adelante especificaré con mayor amplitud, que las proposiciones que adscriben derechos humanos a las personas tienen sentido y pueden ser verdaderas y que dichas proposiciones son verdaderas si determinados principios o reglas forman parte de la teoría de la justicia que tomamos como marco de referencia.

La cuestión a la que me referiré es la siguiente: si se acepta una

teoría de la justicia entre cuyos principios haya algunos que confieren derechos básicos, ¿estamos, entonces, comprometidos a aceptar algunas consecuencias en el diseño de nuestras instituciones políticas? Y, en concreto, (i) ¿debemos diseñar la estructura política de la sociedad de manera que, al menos, algunos de esos derechos básicos, queden atrincherados en un *Bill of Rights* que goce de primacía sobre la actividad legislativa ordinaria? y (ii) ¿qué lugar, si alguno, han de tener los órganos jurisdiccionales en la protección de los derechos básicos fijados en el *Bill of Rights*?

En realidad, la respuesta de los teóricos liberales a estas dos cuestiones suele ser la siguiente: respecto a (i) se afirma que las decisiones mayoritarias y, por lo tanto, la soberanía parlamentaria, deben estar limitadas por los derechos protegidos constitucionalmente (aunque también pueden quedar fuera de la decisión democrática otros aspectos del diseño constitucional) y respecto a (ii) se sostiene que algún tipo de control jurisdiccional de la constitucionalidad ha de establecerse, sea un control difuso en manos de todos los jueces (como en la práctica constitucional norteamericana) sea un control concentrado confiado a un sólo órgano (como en los sistemas de inspiración kelseniana que han adoptado muchas de las democracias de la Europa continental). Ahora bien, dicha respuesta ha sido puesta en cuestión en los últimos años y, por lo que hace a (ii), ha ocupado gran parte de la discusión norteamericana sobre el mecanismo del *judicial review* y la denominada objeción contramayoritaria.⁴ De todas formas también (i) ha sido, recientemente, puesto en cuestión –aunque, como veremos, no siempre con argumentos independientes de la crítica a (ii)–; así, en el contexto de la propuesta de un *Bill of Rights* para el Reino Unido⁵ como parte de una reforma constitucional en profundidad, Jeremy Waldron⁶ ha elaborado una crítica al diseño institucional de la protección constitucional de los derechos desde una concepción liberal y democrática de la justicia, que acepta principios que confieren derechos básicos. Algunos aspectos de esta crítica han sido aceptados también por Juan Carlos Bayón⁷ y por Roberto Gargarella.⁸

Frente a estas críticas, defenderé que, si se acepta una teoría de la

justicia que contiene principios que establezcan derechos básicos, entonces hay poderosas razones para que al menos algunos de estos derechos se conviertan en el diseño institucional justo en derechos constitucionales con cierta primacía sobre las decisiones legislativas ordinarias y, también, que hay poderosas razones para confiar a los órganos jurisdiccionales algunos aspectos de la protección de estos derechos constitucionales.

Mi argumento transcurrirá de la siguiente manera. En (II), trataré de mostrar que las ideas que defiendo son neutrales respecto a la metaética que se adopte, son también neutrales respecto a la ética normativa que soporte la teoría de la justicia con el requisito de que dicha teoría de la justicia comprenda principios que establezcan derechos, y que mi argumento no depende de un concepto concreto de derechos morales o humanos. En (III), presentaré los argumentos de los críticos a la idea de la primacía de los derechos constitucionales, siguiendo básicamente las ideas de Waldron. En (IV), y siguiendo a Rawls, presentaré una vía de transición entre la teoría de la justicia y el diseño de las instituciones políticas básicas. En (V), intentaré mostrar cómo dicho mecanismo de transición justifica la tesis de la primacía de los derechos constitucionales y qué papel mínimo han de jugar los órganos jurisdiccionales para proteger dicha primacía. En (VI), por último, propondré varias líneas de réplica a los críticos de las ideas que sostengo.

II. Cuestiones conceptuales

(a) La tesis de los derechos es metaéticamente neutral

Es cierto que, a menudo, los defensores de los derechos humanos han concebido que dichos derechos tenían algún tipo de existencia objetiva. O bien porque eran concebidos como facultades morales que residen en la naturaleza humana o bien porque eran concebidos como otorgados por principios o normas morales, cuya validez objetiva le venía dada a la razón humana. Pero para las tesis que pienso vindicar no es necesario asumir un compromiso ontológico tan fuerte. Puede argüirse

que los principios que establecen derechos son sólo propuestos o adoptados por determinadas teorías de la moral que tratan de reconstruir nuestras intuiciones y prácticas morales. Así, J.L. Mackie, un conocido no-cognoscitivista en materia moral,⁹ ha escrito:¹⁰

It is true that rights are not plausible candidates for objective existence. But neither are goods or intrinsic goals, conceived as things whose nature itself requires that they should be pursued, or duties taken as intrinsic requirements, as constituting something like commands for which there need be, and is, no commander, which issue from no source. A belief in objective prescriptivity has flourished within the tradition of moral thinking, but it cannot in the end be defended. So we are not looking for objective truth or reality in a moral system. Moral entities -values or standards or whatever they may be- belong within human thinking and practice: they are either explicitly or implicitly posited, adopted, or laid down. And the positing of rights is no more obscure or questionable than the positing of goals or obligations.

Según esta concepción, la verdad de una proposición moral como: ‘Los niños tienen derecho a no ser torturados’ depende de que una norma o principio de una teoría moral establezca que los niños tienen derecho a no ser torturados, como un principio básico o como un principio derivado de la teoría. Los fundamentos de la teoría quedan en esta presentación en la opacidad. Para algunos, las teorías morales podrán ser contrastadas con una determinada realidad moral; para otros, las teorías morales son construidas o proyectadas sobre el mundo. Mis argumentos no necesitan tomar partido en esta polémica metaética (aunque deseo añadir que mi posición es, en este punto, no-cognoscitivista).

Alguien podría argüir que las concepciones no-cognoscitivistas no consiguen capturar un rasgo central de las teorías de los derechos humanos, i.e., la universalidad de los derechos. Esta crítica tiene fuerza si la universalidad supone algún tipo de validez objetiva; ahora bien, que

los derechos humanos son universales será entendido aquí en el sentido de que estos derechos se adscriben en la teoría a *todos* los seres humanos por el mero hecho de serlo.¹¹ En este sentido, y conforme a la teoría, son universales.

(b) La tesis de los derechos es (parcialmente) neutral desde el punto de vista de la ética normativa

Mi argumento tampoco necesita la adscripción a *una* teoría normativa concreta que establezca derechos. De hecho, es compatible con todas las éticas normativas que contengan reglas que establezcan derechos. Sólo quedan excluidas aquellas concepciones de la justicia que no dejen ningún lugar para los derechos. Así, tal vez, algunas formas particularmente extremas de utilitarismo del acto, para las cuales la corrección moral de las acciones depende únicamente de las consecuencias de esa acción individual para algún fin colectivo- e.g., la felicidad colectiva, o la maximización de las preferencias-; o algunas formas de comunitarismo, para las cuales el lenguaje de la moral es el lenguaje de las virtudes que permiten a las personas realizarse en una comunidad determinada, y el lenguaje de los derechos es únicamente una perversión ilustrada del lenguaje moral.

Ahora bien, mi argumento no excluye aquellas teorías de la justicia no fundadas en derechos, sino en deberes o en objetivos; siempre que estas teorías contengan reglas que confieran derechos, aunque estas reglas sean derivadas de otros principios más básicos que establecen deberes u objetivos a alcanzar. Como es sabido, Ronald Dworkin¹² propuso clasificar las teorías políticas en teorías basadas en objetivos, teorías basadas en deberes y teorías basadas en derechos. Las teorías basadas en objetivos tienen como principio fundante la realización de algún objetivo colectivo, como el bienestar general. Las teorías basadas en deberes tienen como principios fundantes algunas normas que establecen aquello que estamos requeridos a hacer. Las teorías basadas en derechos tienen como principios fundantes algunas normas que confieren derechos básicos. El utilitarismo es, por ejemplo, un caso de teoría fundada en objetivos. La moral kantiana es un ejemplo de teoría fundada en deberes. La teoría de la justicia de

Rawls es un buen ejemplo de teoría fundada en derechos. Voy a tratar de mostrar, sin embargo, las razones por las cuales mi argumento no necesita comprometerse con ninguna de estas concepciones.¹³

Aunque las teorías utilitaristas no tienen entre sus fundamentos principios que establezcan derechos, es posible que tales principios sean *derivables* en su teoría. Así, L.W. Sumner considera que el fundamento más adecuado para los derechos se halla en una particular versión del utilitarismo, y escribe:¹⁴

A consequentialist theory of rights tells us that a right is genuine just in case the social policy of recognizing it in the appropriate rule system is the best means of promoting some favoured goal.

Lo mismo ocurre con las teorías fundadas en deberes. Es posible que alguien piense que el derecho a no ser torturado no es fundamental en la teoría, ni siquiera está fundado en otro derecho fundante como el derecho a la integridad física o psíquica, porque el fundamento último de ese derecho no se halla en el interés básico a no ser torturado de las personas que podrían sufrir la tortura, sino que se halla más bien en que la tortura degrada al torturador, elimina su humanidad y socava su integridad como ser racional.¹⁵ La moral kantiana es un caso especialmente claro de teoría fundada en deberes; el cumplimiento del deber es previo y fundante, de forma que derrota siempre consideraciones de objetivos y, tal vez, de derechos. Así sucede en Kant, por ejemplo, con el deber de decir la verdad.¹⁶

Por lo tanto, la cuestión de qué consecuencias tiene para el diseño institucional de las instituciones políticas la aceptación de derechos en nuestra teoría de la justicia, no depende de que dicha teoría sea una teoría basada en derechos. Que los principios que establezcan derechos sean fundantes en la teoría –se comporten como *axiomas*– o sean derivados de otros principios más básicos de la teoría –se comporten como *teoremas*– es una cuestión que no es necesario dilucidar aquí. Lo único relevante es que la teoría de la justicia en cuestión sea capaz de acomodar en su seno principios, fundantes o derivados, que establezcan derechos.

(c) Algunas observaciones sobre el concepto de derechos morales

El argumento que presento de las proposiciones jurídicas que adscriben derechos sólo se compromete con un análisis como el siguiente. Sea la proposición expresada por el enunciado

(1) X tiene derecho moral a hacer A,

(1) ha de ser interpretada como

(1¹) La concepción moral más plausible, CM, atribuye a X el derecho a hacer A.

CM puede ser una teoría construida o proyectada por los seres humanos, no necesita ser una teoría cuyos principios sean verdaderos objetivamente ni nada parecido. Así, las discusiones sobre si A tiene o no un determinado derecho moral son, en realidad, discusiones acerca de la plausibilidad de determinadas teorías morales. De esta forma, si alguien piensa que hay alguna CM que es objetivamente verdadera, entonces para él esta CM es la más plausible. Pero ello no excluye a los no objetivistas en materia ética de la discusión; un no objetivista puede seguir en desacuerdo acerca de que esa sea la concepción moral más plausible. Entonces, el objetivista deberá dar argumentos *morales* para convencer al no-objetivista, que podrá replicar con otros argumentos *morales*. Esto muestra que la moral es una cuestión fundamentalmente de argumentación y, por esta razón, es explicable que la creencia en la objetividad moral no tenga demasiada relevancia en las cuestiones de ética normativa. El debate acerca de si la esclavitud es injusta, por ejemplo, más que un debate sobre si hay algún hecho en el mundo que haga injusta a la esclavitud, es un debate acerca de la razonabilidad de prohibir la esclavitud.

Para esta concepción, la noción de derechos morales no es más controvertible que la noción de derechos legales. Que alguien tiene un derecho legal significa que hay algún sistema jurídico que se lo concede; de forma análoga, que alguien tiene un derecho moral significa que hay

algún sistema moral que se lo concede.

Por estas razones, un aspecto de la conocida crítica de Bentham a la noción de derechos naturales queda sin efecto. Para Bentham, los derechos legales son como los hijos de las normas jurídicas; dado que no existen las normas del Derecho Natural, entonces los derechos naturales son como un hijo que nunca tuvo un padre. A veces, los derechos morales son concebidos metafóricamente como una muralla contra la tiranía, pero Bentham añade que «la sombra de una muralla no es una muralla, y los derechos morales son como una sombra sin muralla». ¹⁷ Ahora bien, dado que la idea de norma moral, tal como aquí ha sido presentada, no parece cuestionable, tampoco la noción de derechos morales lo es. ¹⁸

Cuestión distinta, a la que no me referiré aquí, es que Bentham pensara que la noción de derechos morales fuera normativamente perniciosa, porque estuviera reñida con su interpretación del principio de utilidad. ¹⁹ Abandonada la idea de que los derechos sólo pueden ser establecidos por el derecho positivo, nos queda por determinar qué tipo de reglas y cómo dichas reglas (jurídicas, morales, o de otro tipo) conceden derechos. Un conocido análisis de los derechos legales puede servirnos de ayuda; me refiero al análisis de Wesley N. Hohfeld. ²⁰ Como es sabido, el análisis de Hohfeld pone de manifiesto que los enunciados como 'X tiene derecho a A' son ambigüos y pueden referirse a alguna de las siguientes situaciones (o a alguna combinación de ellas):

(i) Puede ser que 'X tiene derecho a A' signifique 'X no tiene el deber hacia otra persona Y o hacia un conjunto de personas de no hacer A'. Teniendo en cuenta que las proposiciones que adscriben derechos siempre suponen la existencia de algún sistema de reglas, el enunciado 'X tiene derecho a A' puede ser analizado como

(a) No existe ninguna regla en el sistema S que prohíba a X hacer A.

Hohfeld denominó a este sentido de tener un derecho 'privilege', o como también se denomina, 'liberty-right' ²¹.

(ii) Pero también es posible que 'X tiene derecho a A' sea entendido como 'Y (una persona o un conjunto de personas) tienen el deber de facilitar que X consiga A'. A veces, el deber de Y consistirá en omitir ciertas acciones, a veces consistirá en realizar ciertas acciones. Así, decir 'X tiene el derecho de alimentos respecto a sus padres' significa 'Los padres de X tienen el deber de alimentos hacia X'. El análisis comporta

(b) Existe una regla en el sistema S que obliga a Y a hacer que X obtenga A (o a no impedir que X haga A).

Esta posición es denominada por Hohfeld, un 'claim-right'. Los *claim-rights* siempre están correlacionados con deberes de actuar u omitir.

(iii) Otras veces 'X tiene derecho a A' se usa en el sentido del poder, capacidad o competencia que X tiene de producir cambios normativos. Así 'X tiene derecho a otorgar testamento' significa 'X tiene el poder de otorgar testamento', lo que puede resumirse como

(c) Existe una regla que otorga a X competencia para testar.

Este caso es denominado por Hohfeld, 'power-right'.²² Si alguien tiene el poder normativo de hacer A, habrá otros que están *sujetos* a dicho poder.

(iv) Por último, al decir 'X tiene derecho a A' podemos significar también que X es *immune* respecto a Y (puede ser una persona o un conjunto de personas), esto es, que Y no puede alterar la situación normativa de en relación a A. Así son, a menudo, entendidos los derechos constitucionales. Mi derecho a expresarme libremente, no sólo es un *liberty-right* (no hay reglas que me prohíban hacerlo) y un *claim-right* (hay reglas que obligan a otros a no impedírmelo), sino que hay reglas que declaran inválidas las normas que me prohíban hacerlo (así las disposiciones legislativas). El análisis requiere algo como

(d) En el sistema S son inválidas las reglas que prohíban a X hacer A.

Esta posición es denominada por Hohfeld 'immunity-right', cuyo

correlato es una carencia de poder (una *disability*) por parte de otros.

Los derechos, desde el punto de vista jurídico, pueden ser contemplados como una de estas cuatro posiciones hohfeldianas o como una combinación de algunas de ellas.

Los derechos morales, en cambio, parecen tener una relación más estrecha con la categoría de *claim-rights*. Cuando se toma esta línea de análisis, es preciso determinar todavía cuál es la relación entre el *claim* de X y los deberes correlativos de Y. Al respecto, dos concepciones son las predominantes, la denominada 'Choice Theory'²³ -que identifica al portador X del derecho en virtud del control que tiene sobre el deber correlativo de Y- y la 'Benefit o Interest Theory'²⁴ -en este caso el deber correlativo de Y al derecho de X está fundado en algún interés de X, algún aspecto del bienestar de X es una razón para mantener el deber de Y-.

Afortunadamente, no es preciso para mi argumento entrar en esta polémica. Los derechos morales pueden ser alguna posición hohfeldiana como la de *claim-rights* -según la teoría de las decisiones protegidas o según la teoría de los intereses protegidos- o pueden ser los *títulos* que justifican el poseer alguna de estas posiciones²⁵, o bien -algo semejante a lo anterior- la justificación moral del hecho de tener un derecho convencional entendido como una de las posiciones hohfeldianas.²⁶ Para mi argumento es suficiente rescatar dos aspectos que son comunes a todos estos análisis del concepto de derechos morales: (i) por una parte, las proposiciones que adscriben derechos morales presuponen la existencia (descubierta o construida) de algún sistema de reglas morales; y (ii) el hecho de adscribir determinados derechos morales a las personas es una razón que justifica adscribirles determinados derechos institucionales.

III. Derechos morales versus derechos constitucionales

Jeremy Waldron presenta la tesis contraria a la supremacía de los derechos constitucionales y a la introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad con las siguientes palabras:²⁷

... there is no necessary inference from a right-based position in political philosophy to a commitment to a Bill of Rights as a political institution along with an American-style practice of judicial review.

Waldron no sólo intenta defender esta tesis negativa, sino también la tesis positiva de que hay razones morales para no asumir compromiso alguno con el atrincheramiento de los derechos y para rechazar el control jurisdiccional de constitucionalidad.

Sus argumentos pueden ser presentados de la siguiente manera:

(i) En primer lugar, tener un derecho moral a algo no implica que se deba tener un derecho legal a ello. Waldron sugiere la posibilidad de que, e.g., un amigo mío tenga un derecho moral a que le revele una información importante para él y me diga 'tengo derecho a saberlo' sin apelar a ninguna norma jurídica.²⁸ Concedo este punto sin mayor argumentación. Pero de ello sólo se deduce que tener un derecho moral no siempre implica tener un derecho legal. Sólo algunos derechos morales están relacionados con nuestros derechos legales, aquellos que guardan relación con el diseño justo de nuestras instituciones políticas.

Sin embargo, también para este último caso la inferencia le parece cuestionable a Waldron. Así, según Waldron,²⁹

(1) X tiene un derecho moral a A,
no implica necesariamente

(2) X (moralmente) debe tener un derecho legal a A,
sino que, si implica algo acerca del derecho, presumiblemente implica

(3) El derecho debe ser de tal manera que X logre A.³⁰

Ahora bien, si se tiene en cuenta el análisis hohfeldiano, es obvio -como el mismo Waldron reconoce- que (3) supone la existencia de alguna regla que atribuye a X alguna de las posiciones hohfeldianas. Estas

posiciones hohfeldianas van, habitualmente, unidas a la titularidad de una acción procesal de X respecto a A. Es cierto que, en algunos casos de escasez de recursos en políticas de bienestar, el derecho -en lugar de otorgar acciones procesales individuales- concede una discreción limitada a los poderes administrativos para gestionar lo más eficientemente posible esos recursos. Pero ello no representa que X no tenga derecho a A, sino que el derecho de X puede entrar en conflicto con el derecho de Y sobre el mismo recurso, y si se justifica que Y lo necesita más que X, entonces los poderes administrativos pueden asignarlo a Y.

(ii) Sin embargo, el mismo Waldron no concede mucho peso a la primera objeción y se pregunta si es plausible sostener que alguien que adhiera a (2) deba adherir también a

(4) X (moralmente) debe tener un derecho constitucional a A.

Esto es, el diseño de las instituciones políticas debe ser de tal manera que X tenga un *immunity-right* respecto a A, lo que representa que la legislatura carece de competencia para abolir el derecho de X sobre A. Los derechos constitucionales configuran lo que E. Garzón Valdés ha denominado un 'coto vedado' excluido de la negociación y el compromiso parlamentario.³¹ Es la tesis del *coto vedado* lo que Waldron cuestiona, y ello por dos razones: (a) porque si ese coto vedado no está reconocido a nivel constitucional, entonces el defensor de esta tesis debe luchar por una reforma constitucional muy costosa o, si ya existe un Bill of Rights pero un derecho concreto no es reconocido, entonces debe luchar o bien por la reforma o bien porque sea reconocido por vía interpretativa; y (b) todavía más importante, porque la rigidez verbal que surge de encerrar los derechos en determinadas fórmulas canónicas, como sucede en las cláusulas constitucionales que expresan el coto vedado, llevan las discusiones sobre su significado lejos de la discusión moral abierta, las conducen a discusiones escolásticas sobre el significado de determinados textos; así ¿es un tipo de expresión, protegido por la libertad de expresión, la pornografía, o los insultos raciales, o quemar la bandera nacional?³²

Es obvio que lo mismo sucede cuando los derechos son reconocidos a nivel legislativo, pero en este último caso las discusiones jurisprudenciales pueden ser eliminadas con una mera revisión de la legislación.

Querer atrincherar constitucionalmente los derechos, añade Waldron,³³ es una muestra de desconfianza hacia el resto de conciudadanos. Una desconfianza que se compadece mal con el respeto por su autonomía que fundamenta, precisamente, el atribuirles los derechos.

(iii) Este último elemento guarda relación con otro hecho ampliamente conocido acerca de los derechos. El hecho de que cuáles sean los derechos que han de estar en el coto vedado es una cuestión ampliamente controvertida en sociedades plurales. El hecho del pluralismo y del desacuerdo no puede ser ignorado en nuestra teoría de la justicia. La teoría de los derechos ha de ser acompañada por alguna teoría de la autoridad. Una teoría susceptible de determinar quién debe decidir las cuestiones en caso de desacuerdo. De nada sirve afirmar que si las personas están en desacuerdo acerca de alguna cuestión, entonces la cuestión ha de dirimirse usando la regla de la mayoría como instrumento de decisión, *siempre que no sean violados derechos individuales*.³⁴ Puesto que si el desacuerdo es también sobre los derechos, entonces necesitamos algún procedimiento decisorio acerca de este desacuerdo. La regla decisoria no puede ser 'Elige la respuesta justa', precisamente porque no estamos de acuerdo sobre cuál sea la respuesta justa. Entonces, debemos elegir entre un procedimiento en el cual la voz de todos sea escuchada y otro - como el control jurisdiccional de constitucionalidad- en donde prevalezca la voz de los miembros de un Tribunal. Esto nos lleva al próximo punto de crítica.

(iv) Confiar el coto vedado a un Tribunal (en Estados Unidos a todos los tribunales y, en último caso, a la Corte Suprema; en España o en Italia, al Tribunal Constitucional) no es aceptar como regla de decisión en caso de desacuerdo acerca de si X tiene derecho básico a A, la regla siguiente: 'X tiene derecho a A si se deriva de la mejor teoría de la justicia',

sino 'X tiene derecho a A -en el caso español- si se lo concede la mayoría de los magistrados del Tribunal Constitucional'³⁵. Si tomamos esta regla de decisión, ignoramos el derecho de todos a participar en las decisiones que les afectan. La participación de todos en las decisiones públicas es valiosa porque reconoce la dignidad, autonomía y capacidad de autogobernarse de las personas. Precisamente las características que hacen plausible adscribir derechos morales a las personas. Es obvio que la democracia representativa, al confiar las decisiones a la regla de la mayoría de la legislatura, no es un sistema democrático perfecto; pero las voces de todos son más escuchadas que en el caso de confiar la decisión a unos pocos.

Roberto Gargarella subraya esta línea de argumentación al insistir en el origen conservador y elitista de la institución de la *judicial review* en Estados Unidos y demandar un mayor peso para la deliberación de los ciudadanos en todas las cuestiones que les afectan.³⁶

En conclusión, siempre hay algo erróneo en denegar los derechos morales de uno; pero no hay nada específicamente erróneo acerca de la denegación de los derechos morales a manos de la mayoría de sus conciudadanos. Una reflexión que Waldron completa de la siguiente manera:³⁷

In the end, I think, the matter comes down to this. If a process is democratic and comes up with the correct result, it does no injustice to anyone. But if the process is non-democratic, it inherently and necessarily does an injustice, in its operation, to the participatory aspirations of the ordinary citizen. And it does *this* injustice, tyrannizes in *this* way, whether it comes up with the correct result or not.

IV. La democracia constitucional: un caso de justicia procesal imperfecta

John Rawls³⁸ ha distinguido tres tipos de justicia procesal: la justicia procesal pura, la justicia procesal perfecta y la justicia procesal imperfecta.

En el caso de la justicia procesal pura, consideramos justo un resultado por haber seguido un determinado *procedimiento*, y no disponemos en este caso de *criterio* alguno independiente para juzgar la justicia del resultado. El resultado de un juego de azar, e.g. un juego de naipes, es justo si se han seguido las reglas que señalan el procedimiento del juego; no disponemos de ningún criterio independiente de las propias reglas procesales para evaluar la justicia del resultado. Los principios de justicia elegidos en la posición original son también un caso de justicia procesal pura, esos son los principios adecuados porque son los que elegiríamos si siguiéramos las reglas que configuran la posición original. En palabras de Rawls:³⁹

Thus, rational autonomy is modeled by making the original position a case of pure procedural justice. That is, whatever principles the parties select from the list of alternatives presented to them are accepted as just. Put another way, following the idea that citizens themselves (via their representatives) are to specify the fair terms of their cooperation (and putting aside for the present the criterion of reflective equilibrium), the outcome of the original position yields, we conjecture, the appropriate principles of justice for free and equal citizens.

En la justicia procesal perfecta, en cambio, disponemos de un criterio ya previo e independiente de lo que es justo, y el procedimiento es diseñado para asegurar que el resultado satisface el criterio. Rawls pone el ejemplo de la división de una tarta; si aceptamos que el resultado justo es que cada uno tenga una porción igual, entonces el procedimiento que asegura dicho resultado es simple (suponiendo que los destinatarios de la tarta son seres racionales): se estipula que aquel que corta la tarta se queda con la última porción.

En los casos de la justicia procesal imperfecta, por último, también disponemos de un criterio independiente para evaluar la justicia del resultado; ahora bien, como no nos es posible designar un procedimiento que nos asegure el logro de resultados justos en todos los casos. Rawls

ilustra este supuesto mediante los procesos penales. El resultado deseado es que el acusado sea declarado culpable si y sólo si ha cometido el delito por el que es juzgado. Sin embargo, parece imposible diseñar las normas jurídicas de manera que siempre se logre el resultado correcto. Desgraciadamente, los casos de justicia procesal perfecta son raros en cuestiones de gran interés práctico y, a menudo, debemos conformarnos con la justicia procesal imperfecta.

Ahora bien, ¿son los procedimientos que diseñamos para tomar decisiones en el ámbito de nuestras instituciones políticas un caso de justicia procesal pura, o un caso de justicia procesal imperfecta - supongamos que estamos de acuerdo en la imposibilidad en este caso de supuestos de justicia procesal perfecta-?

La democracia, y entenderé ahora por ‘democracia’ un procedimiento de decisión mediante la regla de la mayoría, es un sistema con muchas ventajas sobre cualquiera de las alternativas disponibles. Sea la democracia representativa o directa, reconoce en alto grado la voz de todos a la hora de tomar decisiones públicas. No obstante, la regla de la mayoría no puede ser entendida como un caso de justicia procesal pura para aquellas concepciones de la justicia que reconocen principios que atribuyen derechos. Es siempre posible que una decisión tomada por la mayoría viole algunos de los derechos de las personas que la teoría de la justicia reconoce. De hecho, los procedimientos políticos son siempre, para teorías de la justicia que reconocen derechos, supuestos de justicia procesal imperfecta. Y ello porque, por una parte, tenemos un criterio independiente para evaluar la corrección de los resultados: los principios de justicia establecidos en la teoría y, por otra parte, ningún procedimiento político garantiza el logro de un resultado justo. Rawls lo señala con estas palabras:⁴⁰

In fact, there is no scheme of procedural political rules which guarantees that unjust legislation will be not enacted. In the case of a constitutional regime, or indeed of any political form, the ideal of perfect procedural justice cannot be realized. The best attainable scheme is one of the imperfect procedural justice.

Por lo tanto, el problema que debemos resolver es cómo diseñar procedimientos políticos que aseguren en la mayor medida posible resultados de acuerdo a los principios de justicia.⁴¹

Supongamos que excluimos determinadas formas de democracia directa en estado puro por las razones conocidas; nos quedan entonces, al menos, dos posibilidades: o bien (a) pensamos que algún tipo de democracia representativa con (al menos) una cámara elegida por los ciudadanos y tomando todas las decisiones sobre cualquier cuestión mediante la regla de la mayoría, es la que alcanzará con mayor probabilidad resultados justos -el denominado, a veces, 'modelo de Westminster'-⁴² o bien (b) establecemos algunas restricciones a las decisiones que han de ser alcanzadas mediante la regla de la mayoría, dejando fuera del alcance de dicha regla algunas cuestiones -un esquema denominado 'democracia dualista'-⁴³.

Una de las formas más atractivas de defender el modelo monista de democracia es a través de la tesis del *valor epistémico de la democracia*. Según Carlos S. Nino:⁴⁴

...la democracia, a través de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, tiene un valor epistemológico, es decir, es una vía apta para llegar a soluciones que tienen una mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos. Esto es así, porque la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todos o que una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuáles son sus intereses y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos.

Sin embargo, el mismo Nino añade que de esta misma justificación de la democracia surge una limitación a los órganos mayoritarios: la mayoría no tiene legitimidad para decidir sobre la restricción de las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas.⁴⁵ Ahora bien, este es también un argumento rechazado por Waldron porque, dice, la verdad acerca de la participación y del proceso es tan compleja y discutida como cualquier otra cuestión en política, y añade:⁴⁶

People disagree about how participatory rights should be understood and about how they should be balanced against other values. They have views on constitutional boundaries, proportional representation, the frequency of elections, the funding of parties, the relation between free speech and political advertising, the desirability of referendums, and so on. Respect for their political capacities demands that their voices be heard and their opinions count on these matters, as much as on any matter. Honouring self-government does not stop at the threshold from substance to procedure.

Creo que en este punto Waldron lleva razón. Si no se justifica situar en el coto vedado de los derechos constitucionales los, digamos, derechos substantivos porque al ser controvertidos atrincherarlos ignoraría la importancia central de la deliberación democrática, el mismo argumento vale para los derechos procesales de participación política. Vale la pena, por tanto, analizar la segunda de nuestras alternativas: el modelo de democracia dualista entendido como coto vedado plus regla de la mayoría.

Analizaré ahora cómo podría definirse la secuencia que conduzca a un modelo como el de democracia dualista o, como también es denominado, de *democracia constitucional*.

Rawls⁴⁷ imagina una secuencia en cuatro etapas en el establecimiento de las cuestiones de justicia por parte de seres racionales. La primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los

dos principios de justicia. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia -respetados los derechos atrincherados en la segunda etapa, las decisiones deben adecuarse al principio de la diferencia-. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los órganos de aplicación. Cada una de estas etapas presupone un progresivo levantamiento del velo de la ignorancia que, por una parte, permite articular las normas adecuadas para cada sociedad en concreto y, por otra, permite hacerlo de forma justa, puesto que en todas las etapas deben respetarse los principios de justicia.

Nos interesa ahora el tránsito de la primera a la segunda etapa. Según Rawls, es urgente para los ciudadanos lograr un acuerdo acerca de lo que constituye los elementos esenciales de carácter constitucional. Son de dos tipos:⁴⁸

- a. Fundamental principles that specify the general structure of government and the political process: the powers of the legislature, executive and the judiciary; the scope of majority rule; and
- b. Equal basic rights and liberties of citizenship that legislative majorities are to respect: such as the right to vote and to participate in politics, liberty of conscience, freedom of thought and of association, as well as the protections of the rule of law.

Rawls aclara que el principio que protege los derechos básicos y las libertades, el coto vedado, debe ser distinguido del principio referido a las desigualdades sociales y económicas. Ambos son principios de justicia, pero mientras el primero cubre la libertad de movimiento, la elección libre de trabajo y el derecho a un mínimo social que satisfaga las necesidades básicas de los ciudadanos, no llega a cubrir el principio de igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia. Las razones de Rawls para establecer esta distinción son: a) los dos tipos de principios

especifican diferentes funciones en la estructura básica, b) es más urgente determinar los elementos esenciales que afectan a las libertades básicas, c) es más fácil averiguar si estos elementos esenciales han sido satisfechos y d) es mucho más fácil alcanzar un acuerdo acerca de los derechos básicos y las libertades si se presenta en sus líneas generales y no en detalle.⁴⁹

La conclusión es obvia:⁵⁰

(...) constitutional democracy is dualist: it distinguishes constituent power from ordinary power as well as the higher law of the people from the ordinary law of legislative bodies. Parliamentary supremacy is rejected.

En este modelo, la soberanía no reside en la legislatura -la legislatura no es omnicompetente-, sino que reside en el poder constituyente. La Constitución, elaborada por el poder constituyente, es la expresión de la voluntad de este poder soberano. El poder legislativo (como el ejecutivo y el judicial) son tales porque han sido instituidos por el constituyente y tiene el límite, entre otros, del coto vedado que protege los derechos constitucionales. Habitualmente, este poder constituyente confía en un poder constituyente derivado la reforma de la Constitución (aunque también es posible, como hace la Ley Fundamental en Alemania, atrincherar algunos derechos de una vez para siempre). En este sentido, la democracia no es una forma de gobierno sino más bien una forma de soberanía.⁵¹

En este modelo, la regla de la mayoría es el sistema de decisión en manos de los cuerpos legislativos con las restricciones establecidas por los elementos esenciales de carácter constitucional. En este ámbito y con las restricciones señaladas, la tesis del valor epistémico de la democracia recobra fuerza. Como Rawls sugiere, si las leyes votadas están en el ámbito de aquellas que razonablemente establecen legisladores racionales que intentan seguir los principios de justicia, entonces la decisión de la mayoría está prácticamente dotada de autoridad, aunque no definitivamente. La situación es una de justicia procesal cuasi-pura.⁵²

Rawls, sin embargo, no trata de argüir en favor de que la democracia constitucional sea superior al modelo de democracia monista para una concepción política razonable de la justicia. Sugiere que esta cuestión depende de las condiciones históricas, de la cultura política y de las instituciones políticas concretas de un país particular.⁵³

En el próximo epígrafe trataré de argüir que existen razones para preferir el modelo de democracia constitucional al modelo de democracia monista.

V. Las circunstancias de la primacía de la constitución⁵⁴

Es posible, según creo, ofrecer una explicación de la primacía de la Constitución sobre el resto de la legislación que justifique trazar un coto vedado para proteger los derechos constitucionales de la actividad legislativa ordinaria.

En realidad, la democracia representativa, entendida ahora como un método de decisión mediante el voto de la mayoría, está en contradicción con la idea de primacía de la constitución, entendida como restricción al conjunto de decisiones que pueden tomarse por mayoría. Es lo que ha sido conocido como *paradoja de la democracia*, según la cual: 'each generation wants to be free to bind its successors, while not being bound by its predecessors'.⁵⁵

Jon Elster ha elaborado una analogía entre determinados mecanismos de lo que denomina *racionalidad imperfecta* –de carácter individual– y el caso de la paradoja de la democracia. El ejemplo usado por Elster es el de Ulises y las sirenas. Como es sabido, Ulises, sabiéndose débil para comportarse racionalmente al oír los cantos de las sirenas y queriendo realizar su deseo de oír dichos cantos, diseñó una estrategia consistente en hacer que sus marineros lo ataran al mástil de la nave y se taponaran los oídos con cera. Ulises no era completamente racional, pues un ser racional no habría necesitado este recurso. Tampoco era el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era

capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Ser débil y conocer su debilidad es lo que le llevaba a diseñar recursos de *racionalidad imperfecta* con el objetivo de superar su debilidad de voluntad.⁵⁶

Este mecanismo de Ulises es un mecanismo de precompromiso, de *atarse a sí mismo* y 'atarse a sí mismo es llevar a cabo cierta decisión en el tiempo t_1 para aumentar la probabilidad de llevar a cabo otra decisión en el tiempo t_2 .'

Mecanismos de precompromiso son usados por los seres humanos en múltiples situaciones de debilidad de la voluntad: así, en estrategias para dejar de fumar (e.g. pasar una temporada en un lugar donde no haya cigarrillos al alcance de uno), para adelgazar (e.g. no tener en casa, o en el lugar donde se pase la mayor parte del tiempo, los alimentos que uno más desea), etc. Atarse a sí mismo en estas situaciones consiste en excluir determinadas decisiones del futuro, para preservar una decisión del pasado que se valora positivamente.

La analogía con los mecanismos de decisión colectiva consiste en sugerir que también para las decisiones colectivas vale el precompromiso: excluir la posibilidad de tomar determinadas decisiones en el futuro para preservar contenidos especialmente valiosos. Así puede comprenderse la distinción, habitual en teoría política, entre el poder *constituyente* y el poder *constituido*. De nuevo en palabras de Elster:⁵⁷

Only the constituent assembly is a political actor, in the strong sense of *la politique politisante*; all later generations are restricted to *la politique politisée*, or to the day-to-day enactment [i.e., acting-out or implementation] of the ground rules.

La idea del precompromiso se halla adecuadamente expresada en el ideal de la democracia constitucional. Determinadas materias (los derechos fundamentales, la estructura territorial del Estado, la división de poderes, etc.) quedan fuera de la agenda política cotidiana y, por lo

tanto, del debate público y del debate legislativo -de la regla de la mayoría, que sólo vale para la agenda política del resto de cuestiones-.

El mecanismo del precompromiso puede contemplarse como una explicación *contextual* de la primacía de la Constitución; pertenece a las *circunstancias* en que es posible referirse a la primacía de la constitución, de forma semejante a como, por ejemplo, David Hume pensaba que la escasez moderada pertenece a lo que pueden denominarse circunstancias de la justicia.⁵⁸ Estas circunstancias no forman parte de una explicación conceptual de la noción de justicia, pero constituyen el contexto donde dicha explicación debe ser producida.

Si las decisiones colectivas son susceptibles de ser afectadas por la debilidad de las voluntades concurrentes, entonces es razonable pensar en introducir mecanismos procesales para la toma de decisiones que introduzcan la racionalidad indirectamente. Por otra parte, si nuestra teoría de la justicia establece derechos individuales, entonces es preciso diseñar mecanismos susceptibles de afianzar el respeto de dichos derechos. Por lo tanto, el coto vedado de los derechos constitucionales está justificado como un mecanismo de precompromiso para nuestras decisiones colectivas. Podría argumentarse, todavía, que la cultura de los derechos puede estar vigente en una sociedad y moldear sus decisiones colectivas sin necesidad de atrincherar los derechos en un *Bill of Rights*. Pero, es un hecho que las sociedades humanas en determinadas circunstancias tratan de oprimir a las minorías negando los derechos individuales de sus miembros. Obviamente, la existencia de un *Bill of Rights* no es una muralla suficiente para la tiranía; ahora bien, constituye un instrumento susceptible de dificultar esas decisiones que violan derechos. Los mecanismos de precompromiso están diseñados para que tengamos mayores probabilidades de alcanzar los resultados deseados, por lo que si dichos mecanismos funcionan en las decisiones colectivas tenemos buenas razones para introducirlos en el diseño de nuestras instituciones políticas. La democracia constitucional representa un modelo adecuado de incorporación de dichos mecanismos.

Hasta ahora, sin embargo, nada he dicho del control jurisdiccional

de constitucionalidad. Las razones para disponer de esta institución me parecen separables de las razones que justifican garantizar un coto vedado para los derechos básicos. El coto vedado de los derechos aumenta la probabilidad de que nuestras decisiones democráticas sean justas y, como he tratado de mostrar, no sólo no es incompatible con la idea de democracia sino que se corresponde con el modelo de democracia más adecuado a una teoría de la justicia que garantiza derechos individuales. Ahora bien, si el control jurisdiccional de constitucionalidad es un instrumento adecuado para asegurar el coto vedado de los derechos depende de consideraciones contingentes y estratégicas. En algunas sociedades y en algunos momentos, el mecanismo del control de constitucionalidad puede ser adecuado para aumentar la probabilidad de que las decisiones colectivas sean justas; en otras sociedades o en otros momentos, puede favorecer a minorías elitistas deseosas de mantener el status quo. Por lo tanto, la conveniencia de los mecanismos de control judicial de la constitucionalidad depende de circunstancias históricas y contingentes.

De hecho, existen claros ejemplos de constituciones con declaraciones de derechos, que carecen de control judicial de constitucionalidad.⁵⁹ Del hecho de que no exista control judicial de constitucionalidad no se deriva que la Constitución -y la declaración de derechos en ella contenida- no juegue ningún papel en la política. Según Ronald Dworkin, por ejemplo, ésta hubiera sido una posibilidad de la práctica constitucional norteamericana (una posibilidad que, para Dworkin afortunadamente, truncó el juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*):⁶⁰

It does not follow as a matter of iron logic that the Supreme Court should have the power to decide when these limits have been transgressed. For the Constitution might have been interpreted as laying down directions to Congress, the president, and state officials that these officers had a legal as well as a moral duty to follow, but making them their own judges. The Constitution would then have played a very different and much weaker role in American politics:

it would have served as a background for political arguments among different institutions about the limits of their constitutional jurisdiction rather as a source of the authority of one of these institutions, the courts, to fix those limits for the rest.

Que la última palabra la tenga la legislatura no significa que los argumentos constitucionales no tengan peso. Si los argumentos de la minoría parlamentaria son que un determinado proyecto de ley viola la declaración de derechos, entonces -presumiblemente- dichos argumentos tendrán más fuerza que si no fuera así. Si reformar la declaración de derechos requiere de una mayoría cualificada, el argumento de la minoría puede ir encaminado a mostrar que es exigible alcanzar esa mayoría para lograr ese cambio. Que este mecanismo de control sea insuficiente depende, según creo, de la cultura política en la cual opere.

En este sentido, Joseph Raz ha distinguido entre la cultura política básica de una sociedad, que incluye a la vez la distribución del poder (la división de poderes, el sistema federal) y algunos principios básicos referidos a los derechos y deberes de los individuos y del gobierno, y los arreglos más detallados y contingentes. Por ello, es aconsejable proteger la estabilidad de la cultura política básica mediante algunos instrumentos institucionales que la aislen en alguna medida de las presiones de la política cotidiana. Dicha labor puede ser confiada, según Raz, a otra Cámara legislativa, o a un órgano judicial, o a presunciones para la interpretación de las leyes por parte de los jueces –de esta forma cree Raz que se protegen los derechos básicos en el Reino Unido–, o –añado yo– mediante la posibilidad de que un determinado número de personas pueda accionar los mecanismos para la convocatoria de un referéndum sobre una ley considerada inconstitucional. Sea como fuere, concluye Raz ‘constitutional rights contribute to this process. They are part of the institutional protection of the basic political culture of society’.⁶¹

Sin embargo, creo que hay un aspecto en el cual la función de los jueces será inevitable. Es de sobra conocido que los derechos morales no son derechos absolutos sino derechos *prima facie*, puesto que los

derechos entran a menudo en conflicto entre sí (e.g. el derecho de A a la libertad de expresión entra en conflicto con el derecho de B a la intimidad).⁶² A veces tal vez sea posible establecer algún tipo de orden jerárquico entre derechos capaz de regular casos genéricos, pero a menudo los conflictos surgirán en los casos individuales. Y, si no queremos convertir a las asambleas legislativas en órganos judiciales, habremos de reconocer que estos conflictos deberán dirimirlos los jueces. Si los derechos básicos no están protegidos constitucionalmente, la legislatura podrá cambiar el signo de esa jurisprudencia por mayoría; pero no podrá prever por adelantado todos los casos de conflicto posible. Tal vez esta sea una consideración demasiado obvia, pero si se tiene en cuenta que muchas de las decisiones de los órganos judiciales que controlan la constitucionalidad son de este tipo, no debe ser ignorada cuando nos preguntamos sobre la legitimidad del control de constitucionalidad. No siempre las decisiones de estos órganos son contramayoritarias, algunas veces sólo establecen soluciones a conflictos que la regla de la mayoría no puede resolver.

VI. Conclusiones: el perímetro del coto vedado

Las conclusiones de este trabajo pueden ser sintetizadas en las dos siguientes:

(i) Si se acepta una teoría de la justicia que contiene principios que establecen derechos básicos, entonces estamos comprometidos con un diseño de nuestras instituciones políticas que aumente la probabilidad de obtener decisiones políticas que no violen esos derechos básicos. Dado que la protección constitucional de los derechos básicos es un elemento, a menudo necesario, para tal fin, tenemos buenas razones para establecer un coto vedado de naturaleza constitucional para los derechos morales básicos.

(ii) El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no es un requisito necesario, ni suficiente, para la protección de los derechos básicos. Por lo tanto, no es un requisito necesario de las

instituciones políticas justas. Puede que, incluso, en algunas circunstancias, sea un elemento que dificulta la protección de los derechos básicos y, en estas circunstancias, no habrá razones para mantenerlo. Ahora bien, tampoco hay razones para pensar que es un procedimiento que siempre debe ser rechazado.

Como he mostrado en (III), Waldron rechaza ambas conclusiones. Voy a dedicar el resto de este epígrafe a tratar de contestar a algunas de sus objeciones.

Waldron no distingue, en mi opinión, con claridad entre (i) y (ii). Y, en concreto, usa a menudo argumentos que pueden tener cierta fuerza contra (ii) como si también fueran válidos contra (i). Veamos, sin embargo, cuáles son sus argumentos contra (i) en primer lugar.

Según Waldron, dado que disentimos acerca de cuáles son los derechos básicos que deben estar en el coto vedado, entonces es mejor dejar esta decisión en manos de la mayoría parlamentaria. Si lo hacemos así podemos errar también, pero al menos habremos preservado los derechos de todos a la participación. Ahora bien, el desacuerdo al que Waldron se refiere no es tan grande como él parece pensar. Si los derechos son establecidos en el coto vedado de forma genérica y no detallada, si introducimos en la Constitución *conceptos* y no *concepciones*⁶³ el acuerdo puede ser bastante generalizado. De hecho, el mismo Waldron ha argumentado en favor de disponer en el derecho de conceptos controvertidos⁶⁴ - es decir, conceptos tales que continuos debates acerca de su propio significado se entienden como útiles para algunas funciones importantes asociadas con el uso del término que los expresa- y ha añadido que ello puede ser importante en supuestos de provisiones constitucionales para introducir una amplia deliberación pública al respecto (haciendo referencia precisamente al caso de Nueva Zelanda referido en la nota 59):⁶⁵

We do not agree on many things in our society, but perhaps we can agree on this: that we are better society for continuing to argue about certain issues than we would

be if such arguments were artificially or stipulatively concluded.

Disponer de una constitución de principios, en lugar de una constitución o una legislación detallista, parece una buena manera de alcanzar el objetivo que Waldron nos indica.⁶⁶ Y los conceptos de los derechos morales básicos son buenos candidatos a conceptos esencialmente controvertidos. Aunque la gran mayoría de nosotros acordamos en la importancia de la libertad de expresión, o del derecho a la vida, estamos en desacuerdo en cuáles son las mejores concepciones de los conceptos expresados por 'libertad de expresión' o 'derecho a la vida'. Por cierto, que ello también atenúa la crítica de Waldron referida al peligro de encerrar estos conceptos en rígidas fórmulas verbales. Debemos usar fórmulas canónicas genéricas que nos permitan compartirlas a pesar de nuestros desacuerdos y que nos permitan una deliberación franca y abierta sobre sus implicaciones. Además, esto puede explicar la razón de que el poder constituyente tenga una mayor presunción de lucidez que el poder legislativo ordinario: decide sobre cuestiones más abstractas, cuestiones en las cuales nuestro grado de confianza es más alto. Esto nos lleva al argumento del precompromiso.

Debo referirme a la crítica que Waldron realiza particularmente a la idea de precompromiso trasladada al diseño de nuestras instituciones políticas.⁶⁷ Según Waldron, la analogía entre el agente racional que prevé su debilidad de voluntad futura y el poder constituyente que prevé que la mayoría puede mañana tomar una decisión que viole los derechos básicos, no es totalmente persuasiva. Y no lo es porque no se trata, como en el caso del fumador que quiere abandonar los cigarrillos o del bebedor que entrega la llave de su coche a un amigo para no conducir a media noche, de un yo lúcido protegiendo a un yo menos lúcido (a un yo incompetente, que autoriza una medida de auto-paternalismo), sino de una sociedad cuyos miembros desacuerdan incluso en sus momentos más lúcidos acerca de los derechos que tienen. Una analogía mejor, según Waldron, sería la de una persona que duda acerca de las creencias religiosas. Un día opta por la fe de una religión en particular. Entonces decide no consultar más en el futuro su biblioteca privada de libros teológicos en la que tanto

tiempo había consumido. Para ello, cierra su biblioteca y entrega la llave a un amigo con instrucciones de que nunca se la devuelva, aunque la solicite. Unos pocos meses después le pide la llave. Aunque este es un caso de precompromiso, semejante en este sentido al supuesto del amigo que entrega la llave del coche para no conducir ebrio, hay una importante diferencia: la persona convertida a la fe religiosa no es ahora menos capaz de tomar decisiones racionales que lo era con anterioridad. La democracia se parece más, conforme a Waldron, a este segundo supuesto.

No hay razones para atar las manos de las legislaturas futuras, ellas no son menos racionales que la asamblea constituyente. Sin embargo, las asambleas constituyentes suelen usar una gran cantidad de deliberación para alcanzar un consenso sobre las materias de la cultura política básica. Una deliberación que no siempre está presente en los momentos de política normal (obviamente, sigo aquí las sugerencias de Ackerman anteriormente referidas). Volvamos al caso de la persona que se convierte a una determinada fe religiosa. Si esta conversión ha sido fruto de una deliberación sincera y profunda, que es muy importante para la vida de esta persona, tal vez tendría sentido que las instrucciones al amigo no sean: 'Nunca me entregues las llaves, aunque te las pida'; sino 'Si te pido las llaves, no me las entregues hasta que no haya estudiado otra vez y con profundidad los textos de la religión a la que me he convertido'. Tal vez esta regla podría evitar un abandono inconsciente de la religión abrazada que produciría consecuencias graves en la integridad moral de la persona. Esta es la analogía que creo se adecúa a la idea del coto vedado de derechos constitucionales. La crítica de Waldron podría servir para los casos como el de la Ley Fundamental en Alemania que atrinchera los derechos de una vez para siempre, pero no para los casos en los que está previsto un mecanismo de reforma constitucional. Se requiere, entonces, que en las cuestiones que el poder constituyente consideró especialmente valiosas, el cambio deba realizarse después de una deliberación más amplia que la que se produce en la deliberación legislativa habitual.

Una forma habitual de proteger la supremacía de la constitución es dotarla de un mecanismo de reforma que requiera mayorías reforzadas.

Tiene razón Waldron en que ello produce asimetría respecto a la decisión a tomar, una minoría tiene una especie de derecho de veto sobre la mayoría para mantener el status quo. Ahora bien, si el proceso constitucional se realizó de acuerdo a los principios de justicia, tal vez esté justificado un procedimiento que haga costoso revisar el resultado de dicho proceso. Por otra parte, existen medios de dotar de mayor legitimidad democrática a la reforma constitucional, e.g. exigir la aprobación de la mayoría de los ciudadanos mediante referéndum (así lo hacen los art. 167 y 168 de la Constitución española de 1978).

Me referiré, para terminar, a la crítica dirigida particularmente al control judicial de constitucionalidad. En mi opinión, el control judicial de constitucionalidad es un instrumento que puede ser adecuado para proteger los derechos constitucionales, aunque no es un mecanismo necesario para la existencia de una democracia constitucional. En palabras de Ronald Dworkin:⁶⁸

I do not mean that there is no democracy unless judges have the power to set aside what a majority thinks is right and just. Many institutional arrangements are compatible with the moral reading, including some that do not give judges the power they have in the American structure. But none of these varied arrangements is in principle more democratic than others. Democracy does not insist on judges having the last word, but it does not insist that they must not have it.

Voy a referirme solamente a una cuestión: si no somos partidarios de la tesis de la indeterminación radical, es posible distinguir los casos constitucionales claros de los casos constitucionales difíciles.

En los casos claros, y bajo el supuesto de que los derechos constitucionales reconocen los derechos establecidos por los principios de justicia, puede suceder que el legislador haya violado uno de esos derechos en sus disposiciones legislativas. Si el Tribunal anula esa decisión, entonces consigue un resultado más justo que el que tendríamos si el

control judicial no existiera. Si el Tribunal no anula esa decisión, entonces estamos igual como si el Tribunal no existiera. Por lo tanto, en los casos claros en que el legislador promulga leyes inconstitucionales, el Tribunal aumenta la capacidad de alcanzar resultados justos. Obviamente, también podría suceder que el Tribunal declarara inconstitucional una ley que es claramente constitucional y que va destinada a la protección de un derecho constitucional. Entonces ese derecho quedaría menos protegido (pero no totalmente desprotegido, el Tribunal no puede derogar la Constitución) y además habrían sido dañados los derechos de participación política. Tiendo a pensar, sin embargo, que este segundo supuesto es más bien raro en los casos constitucionales claros.

En los casos difíciles la cuestión es más compleja. Tal vez, en estos casos, un cierto grado de deferencia a las decisiones legislativas sea exigible al Tribunal, con el fin de evitar que unas pocas personas tomen decisiones contrarias a la mayoría democrática sobre cuestiones todavía ampliamente controvertidas en la sociedad. No indagaré aquí sobre cuál haya de ser el grado de deferencia en cuestión.⁶⁹ Ahora bien, deseo terminar señalando que por más que haya un procedimiento de control judicial de la constitucionalidad, esto no representa en ningún caso que la constitución sea lo que el Tribunal dice que es; existen procedimientos -aunque costosos- de reforma de la constitución y existe la voluntad continuada de la mayoría política que, tampoco sin costes, puede cambiar la composición del Tribunal o puede cambiar sus opiniones. En palabras de Rawls:⁷⁰

The constitution is not what the Court says it is. Rather, it is what the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is.

Notas

* Una versión previa de este trabajo fue presentada como ponencia en el *Secondo Incontro di Ragion Pratica: Giustizia e Procedure*, que tuvo lugar en San Remo (Italia) en junio de 1997. Estoy especialmente agradecido por sus observaciones y comentarios a Manuel Atienza, Juan Carlos Bayón, Albert Calsamiglia, Bruno Celano, Paolo Comanducci, Víctor Ferreres, Roberto Gargarella, Ernesto Garzón Valdés, Riccardo Guastini, Francisco Laporta, Pablo Navarro, Cristina Redondo, Carlos Rosenkrantz y Juan Ruiz Manero.

¹ Puede verse Jeremy Waldron (ed.), *Nonsense upon Stilts. Bentham, Burke and Marx of the Rights of Man*, London, Methuen, 1987; que contiene los pasajes más relevantes de Jeremy Bentham, *Anarchical Fallacies*, en *The Works of Jeremy Bentham*, vol. II, (John Bowring ed.), Edinburgh, William Tait, 1838-1843, pp. 489-534; Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*, (Conor C. O'Brien ed.), Penguin, Harmondsworth, 1969 y Karl Marx, 'On the Jewish Question' en *Karl Marx: Selected Writings* (David McLellan ed.), Oxford, Oxford University Press, 1977. El libro de Waldron contiene también interesantes introducciones a los textos seleccionados así como un estudio conclusivo.

² Jeremy Bentham, cit. en nota 1, p. 501.

³ Vd. Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame, 1984; Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; Charles Taylor, *Sources of the Self*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989 y Michael Walzer, *Spheres of Justice*, New York, Basic Books, 1983.

⁴ Como es sabido, el *locus classicus* es Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.

⁵ Vd. Ronald Dworkin, 'Does Britain Needs a Need of Rights?' en *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 352-372.

⁶ Jeremy Waldron, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights' en *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), 18- 51. Vd., en el mismo sentido, James Allan, 'Bill of Rights and Judicial Power- A Liberal's Quandary' en *Oxford Journal of Legal Studies*, 16 (1996), 337-352.

⁷ Juan Carlos Bayón, 'Derechos, democracia y constitución', ponencia inédita presentada en una conferencia el 26 de agosto de 1996 en la Universidad de Palermo, Buenos Aires (Argentina).

⁸ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

⁹ Vd., J.L. Mackie, *Ethics. Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth, Penguin, 1977.

¹⁰ J.L. Mackie, 'Can There Be A Right-Based Moral Theory?' en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 170-171. Eugenio Bulygin, también defensor del no-cognoscitismo en materia moral, ha escrito en este sentido: 'Es claro que si no hay normas morales absolutas, objetivamente válidas, tampoco puede haber derechos humanos universalmente válidos. ¿Significa esto que no hay en absoluto derechos morales ...?... nada impide hablar de derechos morales y de derechos humanos, pero tales derechos no pueden pretender una validez absoluta. Ellos sólo pueden ser interpretados como exigencias que se formulan al orden jurídico desde el punto de vista

de un determinado sistema moral'. Eugenio Bulygin, 'Sobre el status ontológico de los derechos humanos' en *Doxa*, 4 (1987), p. 83.

¹¹ Vd., en este sentido, Francisco J. Laporta, 'Sobre el concepto de derechos humanos' en *Doxa*, 4 (1987), p. 32.

¹² Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978, pp. 169-173.

¹³ Vd., con todo, una interesante defensa de las teorías fundadas en derechos en J.L. Mackie, 'Can there be a Right-Based Moral Theory?', cit. en nota 10, pp. 168-181 y una crítica a estas concepciones, que aboga por un fundamento plural de las teorías de la justicia, en Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, cap. 8 y Joseph Raz, 'Rights and Politics' en *Indiana Law Journal*, 71 (1995), 27-44.

¹⁴ L.W. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 199.

¹⁵ Vd. Jeremy Waldron, 'Introduction' en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, cit. en nota 10, pp. 12-13.

¹⁶ Kant escribió: 'La mentira (en el sentido ético de la palabra), como falsedad deliberada, no precisa *perjudicar* a otros para que se la considere reprobable...Su causa puede ser la ligereza o la bondad, incluso puede perseguirse con ella un fin realmente bueno, pero el modo de perseguirlo es, por la mera forma, un delito del hombre contra su propia persona y una bajeza que tiene que hacerle despreciable a sus propios ojos'. Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina Ors y J. Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1989, p. 292.

¹⁷ Jeremy Bentham, *Supply without Burden; or Escheat vice Taxation* en Jeremy Bentham, *Economic Writings*, vol. I, (William Stark ed.), London, George Allen & Unwin, 1952-1954, p. 134 y Jeremy Bentham, *Pannomial Fragments* en Jeremy Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. III, cit. en nota 1, p. 219.

¹⁸ Que así entendida la noción de derecho moral no es autocontradictoria ha sido también defendido por Riccardo Guastini, 'Diritti' en *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, p. 149. En la filosofía del derecho reciente en lengua española se ha usado un argumento *lingüístico* para mostrar la inadecuación de la expresión española 'derechos morales' (vd., e.g., Gregorio Peces-Barba, 'Sobre el fundamento de los derechos humanos' en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28 (1988) 193-207 y Roberto J. Vernengo, 'Los derechos humanos como razones morales justificatorias' en *Doxa*, 7 (1990), 275-297) porque, se dice, mientras el idioma inglés distingue entre 'derecho objetivo' (*law*) y derecho subjetivo (*right*), lo que lo capacita a su vez para distinguir entre *legal rights* y *moral rights*; el idioma español (como el francés, el alemán o el italiano) sólo disponen de una expresión 'derecho', con lo que 'derecho jurídico' sería redundante y 'derecho moral' paradójico sino absurdo. Esta consideración lexicográfica me parece desconcertante: en primer lugar, de que un sólo término designe dos conceptos nada se infiere respecto a las conexiones entre ambos conceptos y, en segundo lugar, 'derecho' es usado en el sentido de 'derecho subjetivo' en múltiples ocasiones en español, en contextos claramente no jurídicos, así cuando le digo a un amigo 'tengo derecho a que tomes en serio mis observaciones'. Véanse las pertinentes críticas al respecto de Francisco J. Laporta, 'Acotaciones del trampolín: Respuesta a Roberto Vernengo' en *Doxa*, 7 (1990), p. 301 y Carlos S. Nino, 'Sobre los derechos morales' en *Doxa*, 7(1990), pp. 311-313.

¹⁹ Vd. un interesante análisis de este aspecto del pensamiento de Bentham en H.L.A.

Hart, 'Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill' en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982, ca., IV. Valga destacar aquí que John Stuart Mill (*Utilitarianism* en *Collected Works of John Stuart Mill*, vol 10, (J.M Robson ed.), Toronto, University of Toronto Press, 1969, cap. V) consideraba los derechos morales como un importante aspecto de la justicia en su moral utilitarista.

²⁰ Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven: Yale University Press, 1919.

²¹ Un interesante análisis que desarrolla las ideas de Hohfeld puede verse en Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, pp. 158-169. Para algunos análisis de Bentham que prefiguran el análisis hohfeldiano, vd. H.L.A. Hart, 'Legal Rights' en *Essays on Bentham*, cit. en nota 19, pp. 162-193 y José Juan Moreso, *La teoría del Derecho de Bentham*, Barcelona, P.P.U., 1992, pp. 216-225.

²² No se indagará aquí sobre la naturaleza de las reglas que confieren poderes.

²³ Defendida en un momento por H.L.A. Hart, 'Are there Any Natural Rights' en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, cit. en nota 10, pp. 77-90.

²⁴ Vd. David Lyons, 'Rights, Claimants, and Beneficiaries' en *American Philosophical Quarterly*, 6(1969) 173-185; Neil MacCormick, 'Legal Rights' en P.M.S. Hacker y J.Raz (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 189-209, Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, cit. en nota 13, cap. 7 y Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 31-40.

²⁵ Francisco J. Laporta, 'Sobre el concepto de derechos humanos' en *Doxa*, 4 (1987), 23-46.

²⁶ L.W. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, cit. en nota 14, p. 137.

²⁷ Jeremy Waldron, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', cit. en nota 6, p. 19.

²⁸ *Ibidem*, p. 24.

²⁹ *Ibidem*, p. 24.

³⁰ Para que esta derivación sea correcta, hace falta explicitar la premisa (implícita) de carácter moral según la cual el derecho debe adecuarse a la moralidad.

³¹ Ernesto Garzón Valdés, 'Representación y democracia' en Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 644-645.

³² Jeremy Waldron, cit. en nota 6, pp. 25-27. Como puede apreciarse estos ejemplos están tomados de la discusión norteamericana sobre el alcance de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

³³ *Ibidem*, pp. 26-28.

³⁴ *Ibidem*, pp. 32.

³⁵ Jeremy Waldron, 'Freeman's Defense of Judicial Review' en *Law and Philosophy*, 13 (1994), pp. 35-36.

³⁶ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, cit. en nota 8, caps. 1 y 2.

³⁷ Jeremy Waldron, cit. en nota 6, p. 50.

³⁸ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971, pp. 85-87 y *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, pp. 72-73.

³⁹ John Rawls, *Political Liberalism*, cit. en nota 38, p. 72.

⁴⁰ John Rawls, *A Theory of Justice*, cit. en nota 38, p. 198. Vd. también, Samuel Freeman,

'Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review' en *Law and Philosophy*, 9 (1990-1991), p. 336-337 y Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 164-165. Incluso Waldron comparte esta apreciación, vd. Jeremy Waldron, 'Freeman's Defense of Judicial Review', cit. en nota 35, pp. 28-29.

⁴¹ Como tomo la teoría de Rawls en cuenta supondré que los principios de justicia son los dos principios rawlsianos: un derecho igual al sistema de libertades total más extenso de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertades para los demás, y las desigualdades económicas y sociales han de estructurarse de manera que redunden en mayor beneficio para los más desaventajados y los cargos y las funciones han de ser asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades. Vd. John Rawls, *A Theory of Justice*, cit. en nota 38, p. 302. Ahora bien, nada en mi argumento lo hace dependiente de la peculiar concepción rawlsiana de la justicia.

⁴² Robert Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, pp. 156-167.

⁴³ Bruce Ackerman, 'Constitutional Politics/Constitutional Law' en *Yale Law Journal*, 99 (1989), pp. 486-515.

En realidad, Ackerman distingue tres modelos: el modelo monista -el modelo de Westminster-, el modelo dualista -se establecen restricciones al conjunto de decisiones que pueden ser tomadas mediante la regla de la mayoría, pero estas restricciones están sujetas a revisión constitucional- y el modelo fundamentalista - se establecen algunas restricciones de una vez para siempre, no sujetas a revisión alguna, como es el caso de la Ley Fundamental de Bonn, a la que después me referiré-. Vd. También, Bruce Ackerman, Carlos Rosenkrantz, 'Tres concepciones de la democracia constitucional' en *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁴⁴ Carlos S. Nino, 'La filosofía del control judicial de constitucionalidad' en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4 (1989), pp. 86-87, Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos*, cit. en nota 24, pp. 387-400 y Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 203- 209.

⁴⁵ Una posición brillantemente defendida por John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980. De hecho, Nino añade otras razones que justifican en su opinión el control judicial de la constitucionalidad: así la preservación de la autonomía individual y la necesidad de asegurar la continuidad de la práctica constitucional; sin embargo, ahora me interesa subrayar el argumento del control interno del procedimiento democrático, vd. Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, cit. en nota 44, pp. 692-702.

⁴⁶ Jeremy Waldron, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', cit. en nota 6, p. 39.

⁴⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, cit. en nota 38, pp. 195-201.

⁴⁸ John Rawls, *Political Liberalism*, cit. en nota 38, p. 227.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 229-230.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 233.

⁵¹ Vd., Samuel Freeman, 'Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review', cit. en nota 40.

⁵² John Rawls, *A Theory of Justice*, cit. en nota 38, p. 362.

⁵³Vd. John Rawls, *Political Liberalism*, cit. en nota 38, pp. 234-235 y Robert Dahl, *Democracy and Its Critics*, cit. en nota 42, p. 192.

⁵⁴ La primera parte de este epígrafe es una reelaboración de las primeras páginas del cap. IV de José Juan Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

⁵⁵ Jon Elster, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, p. 94. Vd. también Stephen Holmes, 'Precommitment and the Paradox of Democracy' en Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 222.

⁵⁶ Jon Elster, *Ulysses and the Sirens*, cit. en nota 55, p. 36.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 94; vd. también una distinción semejante entre política constitucional y política normal en Bruce Ackerman, 'The Storrs Lectures: Discovering the Constitution' en *Yale Law Journal*, 93 (1984), p. 1029.

⁵⁸ David Hume, *A Treatise of Human Nature*, (L.A. Selby-Bigge ed.), Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 484-502. Vd. también H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 189-195 y John Rawls, *A Theory of Justice*, cit. en nota 38, pp. 126-127. Una analogía semejante en Samuel Freeman, 'Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review', cit. en nota 40, pp. 360-363.

⁵⁹ En 1990, en Nueva Zelanda se estableció un Bill of Rights, sin embargo los jueces tienen expresamente prohibido declarar inválidas las disposiciones legislativas por ser contrarias a dicho Bill of Rights. Vd. James Allan, 'Bill of Rights and Judiciary Power- A Liberal's Quandary', cit. en nota 6, p. 348, nota 49. En Canadá, después de la promulgación en 1982 de la 'Charter of Rights and Freedoms' se estableció un mecanismo (vía la 'notwithstanding clause') por el cual, la última palabra la tiene el poder legislativo. Esto es, aunque un Tribunal considere contraria a alguno de los derechos de la Carta una determinada disposición legislativa, la legislatura tiene la última palabra para mantenerla en vigor. Vd. sobre esta técnica de reenvío, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, cit. en nota 8, pp. 174-177 y Andrew S. Butler, 'The Bill of Rights Debate: Why the New Zealand Bill of Rights Act 1990 is a Bad Model for Britain' en *Oxford Journal of Legal Studies*, 17 (1997), 323-345..

⁶⁰ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, pp. 355-356.

⁶¹ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, cit. en nota 13, pp. 257-260.

⁶² J.L. Mackie escribió: 'This means that the rights we have called fundamental can be no more than *prima facie* rights: the rights that in the end people have, their final rights, must result from compromises between their initially conflicting rights'. J. L. Mackie, 'Can There Be A Right-Based Moral Theory', cit. en nota 10, p. 177.

⁶³ Vd. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit. en nota 12, pp. 134-136.

⁶⁴ En el sentido de W.B. Gallie, 'Essentially Contested Concepts' en *Proceedings of Aristotelian Society*, 56 (1955-1956), 167-198.

⁶⁵ Jeremy Waldron, 'Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues' en *California Law Review*, 82 (1994), pp. 539-540. Esta consideración acerca de la posición de Waldron me fue sugerida por Víctor Ferreres, al que quedo sinceramente agradecido.

⁶⁶ Para la distinción entre una constitución de principios y una constitución de detalle, vd. Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, London, Harper Collins, 1993, cap. 5.

⁶⁷ Jeremy Waldron, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', cit. en nota 6, pp. 46-49 y Jeremy Waldron, 'Freeman's Defense of Judicial Review', cit. en nota 35, pp. 36-39. La primera crítica a la que el mecanismo del precompromiso debe hacer frente es la siguiente: los mecanismos de racionalidad *individual* imperfecta no son trasladables a los mecanismos de racionalidad *colectiva*, porque mientras tenemos criterios de *identidad* para los agentes individuales no los tenemos para los agentes colectivos. Ahora bien, tampoco los criterios de identidad para los agentes individuales es una cuestión clara (vd. e.g. David Hume, *A Treatise of Human Nature*, cit. en nota 58, pp. 251-262, Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 199-350 y Thomas C. Schelling, *Choice and Consequence. Perspectives of an Errant Economist*, Cambridge, Mass.; Harvard University Press, 1984, pp. 57-112) y, aunque no es posible detenerse aquí en esta importante cuestión, todo lo que precisamos es una noción *contextual* de identidad -una noción *política* y no *metafísica* de identidad de una comunidad-, la misma -según creo- que nos permite aceptar que Parlamentos anteriores pueden regularnos mediante *sus* leyes que son, mientras no sean derogadas, también *nuestras* leyes (aunque no hubiéramos ni siquiera nacido cuando fueron promulgadas).

⁶⁸ Ronald Dworkin, 'Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise' en *Freedom's Law*, cit. en nota 5, p. 7.

⁶⁹ Un lúcido análisis de esta cuestión en Víctor Ferreres Comella, *Justificación constitucional y democracia*, cit. en nota 40, especialmente caps. 4, 5 y 6.

⁷⁰ John Rawls, *Political Liberalism*, cit. en nota 38, p. 237.

LOS JUECES FRENTE AL “COTO VEDADO”

Roberto Gargarella
(Universidad Di Tella)

I. Introducción

En *Derechos y justicia procesal imperfecta*, José Juan Moreso nos presenta, con la claridad y agudeza que caracterizan sus trabajos, valiosos argumentos relacionados con un debate que lleva décadas y que parece haberse revitalizado en los últimos años: se trata del debate acerca de cómo proteger los derechos fundamentales, y de cuál debe ser el rol de la justicia en el cumplimiento de esta función.¹ Moreso se pregunta “¿Debemos delinear la estructura política de la sociedad de modo que al menos algunos de estos derechos fundamentales sean protegidos por un *Bill of Rights*?”; y además, “¿Qué rol, si es que alguno, deben tener los órganos jurisdiccionales en la protección de los derechos fundamentales establecidos en el *Bill of Rights*?”

Obviamente, el debate en juego presupone, entre otras cosas, una difícil discusión filosófica acerca de la “existencia” de ciertos derechos fundamentales. En el marco de este escrito, de todos modos, no voy a ocuparme de tal cuestión, a la que tomaré como supuesta. En lo que sigue, por lo tanto, no analizaré la parte introductoria del artículo de Moreso, dedicada específicamente al tratamiento de una diversidad de problemas conceptuales vinculados con la misma idea de derechos.²

Me ocuparé, en cambio, de examinar las respuestas presentadas por el autor frente a preguntas como las arriba citadas. Sucintamente, Moreso sostiene, en primer lugar, que “Si se acepta una teoría de la justicia que contiene principios que establecen derechos fundamentales” luego, tenemos la obligación de diseñar nuestras instituciones políticas de un modo tal que “aumente la probabilidad de obtener decisiones que no

violen tales derechos fundamentales.” El cuadro institucional favorecido en el texto implica la consagración de un “coto vedado” de naturaleza constitucional, destinado a proteger determinados derechos morales. En segundo lugar, Moreso afirma que, aún si el “control judicial de constitucionalidad de las leyes no es un requisito ni necesario ni suficiente para la protección de los derechos fundamentales [...], tampoco hay razones para pensar que sea un procedimiento que deba ser siempre rechazado” (diría más: el autor realiza esfuerzos significativos para demostrar que el control de constitucionalidad puede y merece ser defendido). En las páginas que siguen, me ocuparé de examinar ambas conclusiones, analizándolas separadamente y haciendo referencia a los argumentos presentados por el autor a lo largo de su trabajo.

II. El “precompromiso” y la justificación del “coto vedado”

En relación con la afirmación de Moreso acerca de la importancia de contar con un “coto vedado” de derechos (una idea que, en principio, no me resulta inaceptable), conviene presentar algunas observaciones. Ante todo, la principal justificación aportada por el autor para sostener la idea del “coto vedado,” que es la de considerar al mismo como un racional “precompromiso,” resulta extremadamente débil. Para explicar brevemente el significado de esta estrategia del “precompromiso” conviene apelar (como lo hiciera Jon Elster, quien fue el que se refirió, originalmente, a esta estrategia), a la fábula de Ulises:³ se dice que, alarmado ante el riesgo de perder el control de sí mismo (y así también, de su nave), en un futuro próximo, y a causa del canto de las sirenas, Ulises solicitó a sus compañeros de viaje que lo atasen al mástil de la nave. Ulises aceptó, entonces, perder algo de su libertad presente para, en última instancia, incrementar su libertad futura (la coyuntural atadura al mástil lo ayudaba, así, a mantenerse en el control de su empresa). El ejemplo de Ulises ilustraría la racionalidad de la estrategia de la autolimitación, del autopaternalismo. El mismo ejemplo, además, nos permitiría reconocer la racionalidad de las “autolimitaciones” que puede imponerse una cierta sociedad, con el objeto de sortear (como lo hiciera Ulises) previsible riesgos futuros. Piénsese, por caso, en el riesgo de que una mayoría

pretenda oprimir a los grupos minoritarios; o en el que aparece frente a un gobernante inclinado a excederse en el ejercicio de sus funciones. Frente a tales situaciones, la sociedad podría –racionalmente- optar por alguna estrategia autolimitativa, como lo sería, típicamente, la de consagrar ciertos derechos fundamentales inviolables (libertad de expresión, respeto de la integridad personal, etc.) que, de ese modo, quedarían protegidos a pesar de los coyunturales cambios de humor o impulsos autoritarios de algunas autoridades públicas. Gracias a ese tipo de limitaciones, ningún gobierno tendría la posibilidad institucional de desarrollar aquellos comportamientos opresivos salvo, por supuesto, a través de un muy costoso procedimiento de revisión constitucional.

Ahora bien, existen múltiples razones para rechazar la pertinencia de una metáfora como la de Ulises, para explicar y justificar ciertos comportamientos sociales, vinculados con el desarrollo constitucional. Ante todo, haría referencia a un problema que podríamos llamar de *identidad*. La metáfora de Ulises nos habla de un caso de autopaternalismo, en principio, justificado: En el tiempo t1, Ulises decide limitar el rango de acciones que puede realizar Ulises en el tiempo t2, esto es, Ulises se limita a sí mismo. Sin embargo, esta situación tiene poco que ver con la que se presenta en el caso de una sociedad que decide adoptar un texto constitucional. En tal situación, la sociedad S, en el tiempo t1, decide limitarse a sí misma y a las posteriores, en el tiempo t2: la generación que (5, 10 o 200 años atrás) adoptó la Constitución, establece de este modo severos límites sobre las generaciones futuras que ahora, para bien o mal, se encuentran a merced de tal documento, en cuya elaboración no participaron. Más allá de que tal limitación constitucional pueda ser teóricamente aceptable o no, lo cierto es que la violación de tal requisito de identidad (un requisito que es dejado de lado, a menos que se asuma, implausiblemente, que siempre hablamos de una misma y única sociedad, aunque hayan cambiado la totalidad de sus miembros) distorsiona completamente el sentido del ejemplo de Ulises, y la justificabilidad que, en aquel caso, acompañaba al ejercicio del paternalismo. Aunque tenemos razones para pensar que cada uno de nosotros puede limitar legítimamente sus propias acciones futuras, resulta mucho más difícil sostener que una generación puede limitar a las que la siguen. El caso de una sociedad que

se decide a dictar una Constitución destinada a gobernar a las generaciones futuras no representa un ejemplo de autopaternalismo, como el que aparecía en el caso de Ulises.

Por otra parte, en el caso mencionado, de una sociedad que adopta una Constitución, aparece un problema que podríamos denominar de *pluralidad* de miembros –un problema, nuevamente, ausente en el caso de Ulises, y que agrega nuevas dificultades a la comparación. En efecto, cuando decimos que una cierta sociedad “dicta” su Constitución, apelamos a convenciones lingüísticas y a formalismos jurídicos que nos autorizan a utilizar tal expresión. Sin embargo, lo que realmente queremos decir, en tal caso (y a menos que concibamos a la sociedad como un “cuerpo” único, como un “organismo físico”) es que una cierta parte de la sociedad, por ejemplo, los convencionales constituyentes, adoptaron una Constitución que (al menos, en la mejor de las hipótesis) ha sido ratificada por todos o por una gran mayoría de los ciudadanos. Este hecho determina una nueva y significativa diferencia en relación con la leyenda griega dado que, en el caso de la sociedad que dicta su Constitución, aparece una trágica posibilidad (ausente en el ejemplo de Ulises): la posibilidad de que la minoría que elaboró la Constitución “ate las manos” del resto de la sociedad, dejando libre las propias (una eventualidad que, según creo, se ha concretado en el curso de la historia constitucional “real” de muchos países occidentales, y que el mismo Elster ha comenzado a admitir, en algunos trabajos recientes).

De lo dicho hasta aquí resulta evidente que, a partir de las profundas diferencias que existen entre el caso de Ulises y las sirenas, y el de la sociedad que dicta su Constitución, el principal argumento presentado por Moreso en defensa del “coto vedado” –el argumento del “precompromiso”– pierde toda significación.

III. Otros argumentos en defensa del “coto vedado”

Junto al argumento del “precompromiso,” Moreso apela a otras razones, igualmente destinadas a justificar el “coto vedado.” Ninguna de

ellas, sin embargo, parecen contribuir al logro de tal objetivo (ni aún, agregaría, considerando a todos estos argumentos conjuntamente).

En primer lugar, Moreso afirma que el “coto vedado” se justifica debido a que tiende a incrementar la posibilidad de que las decisiones democráticas sean respetuosas de todos los individuos que componen la sociedad. Moreso presenta tal afirmación sosteniendo que a) “es un hecho que las sociedades humanas, en ciertas circunstancias, buscan oprimir a las minorías, negando los derechos individuales de sus miembros;” y que b) “el Bill of Rights constituye un instrumento capaz de interponer obstáculos a aquellas decisiones que violan los derechos de las minorías.”

Más adelante, y como forma de sostener la misma idea, Moreso sostiene lo siguiente: a) que la consagración de una carta de derechos puede favorecer, indirectamente, “la racionalidad [de nuestro sistema de toma de decisiones],” puesto que nuestras decisiones resultan habitualmente influidas por “la debilidad de las voluntades concurrentes;” y b) que tales declaraciones de derechos, además, incrementan “la probabilidad de que nuestras decisiones democráticas sean justas” (debido a que ciertas opciones legislativas indebidas resultan precluidas). Finalmente, sostiene Moreso, el “coto vedado” puede defenderse como c) un medio para “proteger la estabilidad de la cultura política fundamental” (la idea, en este caso, es que el “coto vedado” puede garantizar que la cultura política –que abarcaría tanto la separación de poderes, y el sistema federal, como algunos principios fundamentales sobre derechos y deberes- permanezca, de algún modo, aislada “de las presiones de la política cotidiana.”

Frente a este cúmulo de argumentos en defensa del “coto vedado,” pueden presentarse una multiplicidad de réplicas y objeciones. En primer lugar, y sólo como un detalle formal, deberíamos invitar al autor a realizar una distinción más clara entre sus argumentos, ya que en muchas ocasiones Moreso parece apelar a los mismos de una forma indistinta, o como si existiese una sinonimia entre ellos, lo cual no es en absoluto claro. Hacemos referencia a cuestiones muy diferentes cuando decimos que el “coto vedado” disminuye la posibilidad de oprimir a las minorías; aumenta la racionalidad de nuestras decisiones democráticas; incrementa

nuestra capacidad de tomar decisiones justas; o favorece la estabilidad de la cultura política. De todos modos, podemos dejar de lado esta cuestión de detalle, y pasar al núcleo de su argumentación.

Las afirmaciones de Moreso suscitan alguna perplejidad no sólo porque se contradicen con la práctica constitucional cotidiana sino además –y lo que es más grave– porque sus argumentos terminan por eludir de un modo sorprendente la cuestión más importante que se proponían resolver (esto es, el problema de la justificación del “coto vedado”). Preguntémonos, por ejemplo ¿es cierto que la adopción de una carta de derechos se encuentra en condiciones de producir la estabilidad? Ello no parece muy obvio. En los Estados Unidos (un país que puede considerarse la “cuna” del Bill of Rights) la institución de los derechos constitucionales fue precedida y seguida de graves conflictos políticos vinculados, en buena medida, con discusiones en torno del Bill of Rights. No resulta un dato menor que el evento tal vez más trágico de la historia norteamericana, la guerra civil, haya tenido que ver con disputas en torno al alcance de los derechos incorporados en la Constitución en donde, implícitamente, se trataba a las personas de color como seres inferiores. Es claro, Moreso podría decirnos que un conflicto como el citado se debió a que los derechos incluidos en la Constitución no eran los correctos. Pero, podríamos replicarle, esto es precisamente lo que sostienen los autores que él critica en su artículo: que no es en absoluto claro cuáles son los derechos que deben ser incluidos en la Constitución. Este es, justamente, el punto que se encuentra en discusión.

¿Y es cierto que la adopción de una declaración de derechos favorece la justicia de las decisiones? Nuevamente, la respuesta positiva o negativa frente a tal pregunta depende de cuestiones coyunturales. Por ejemplo, si, tal como se ha comprobado en la mayor parte de las Constituciones modernas, se parte de (injustificadas) situaciones de profunda desigualdad económica y se inserta una cláusula constitucional de garantía de la propiedad, entonces la declaración de derechos incrementa (en lugar de disminuir) la probabilidad de que se tomen decisiones injustas, opresivas en relación con las minorías (o, directamente, opresivas en relación con las mayorías), e irracionales (en cualquier sentido

del término). Seguimos ignorando, entonces, por qué es que corresponde defender la adopción de un “coto vedado.”

Conviene considerar, además, otras observaciones vinculadas con las afirmaciones de Moreso acerca de la oportunidad de adoptar un “coto vedado.” Por un lado (y suponiendo que las Constituciones tienden a sobrevivir a las generaciones que las adoptan), puede sostenerse que, si se adopta una carta de derechos demasiado “robusta,” se corre el riesgo de transformarla en un instrumento (no sólo de dudosa justificabilidad, sino además peligrosamente) antidemocrático. En dicho caso, es dable esperar que los ciudadanos de “aquí y ahora” resulten imposibilitados de llevar adelante las discusiones que más les interesan, ya que las discusiones más importantes han sido removidas de la agenda pública. Pero si, en cambio, –y como sugiere Moreso– “los derechos son establecidos [...] de un modo genérico y no detallado,” luego se enfrenta el serio riesgo de obtener una Constitución con un contenido aparentemente inobjeto pero que resulte, finalmente, vacío. ¿Cuál es, en definitiva, el sentido de adoptar una lista de derechos tan abstractos si, en definitiva, ignoramos qué es lo que permiten y qué es lo que impiden?

Si la respuesta a la pregunta anterior, y tal como parece sugerirlo Moreso, es que, de este modo, se favorece una discusión permanente sobre el significado de tales derechos, entonces deberemos decir que el sistema institucional que termina proponiéndonos no resulta, justamente, el que más contribuye a la producción de tal debate (volveré sobre este punto más adelante).

Más todavía: la importancia de la discusión pública sobre los derechos parece estar en contradicción con la estrategia sugerida por Moreso de aislar las cuestiones ligadas a los derechos de las “presiones de la política cotidiana.” ¿Es defendible o no, entonces, la posibilidad de que los ciudadanos discutan democráticamente sobre las cuestiones que más les interesan? Moreso parece darnos, al respecto, dos respuestas enfrentadas entre sí.

IV. La justificación del rol de los jueces en el control de constitucionalidad

Quisiera agregar algunas breves consideraciones en torno a la segunda de las cuestiones en juego, vinculada al rol de los órganos jurisdiccionales en la protección de los derechos constitucionales (una cuestión a la que Moreso dedica relativamente poco espacio). En sus referencias al control judicial de constitucionalidad, Moreso hace referencia habitual a los escritos del filósofo John Rawls, con el que comparte una curiosa estrategia. En el modesto espacio que dedican al tema del *judicial review*, ambos se esfuerzan por defender tal opción y criticar posibles alternativas, para concluir sus análisis, sin embargo, con afirmaciones sorprendentemente prudentes (digo “sorprendentemente” porque, en ambos casos, las conclusiones no parecen estar de acuerdo con el tenor de las argumentaciones que las motivaron).⁴

En su breve aproximación al tema, Moreso cita a Dworkin cuando sostiene que “Democracy does not insist on judges having the last word [en las cuestiones de derechos], but it does not insist that they must not have it.”⁵ Esta cita constituye uno de los pocos argumentos a los que recurre Moreso para defender el rol de los jueces en el control de constitucionalidad. Ahora bien, más allá de su fuerza retórica y del apoyo que suscita por provenir de un teórico tan lúcido como Dworkin, la cita expuesta nos ofrece un argumento, en verdad, poco interesante, además de muy discutible. De hecho ¿qué es lo que significa que la democracia no requiere que los jueces tengan la última palabra institucional? Si se trata de un juicio descriptivo, según el cual la ciudadanía no realiza movilizaciones públicas en contra del control judicial, ni se moviliza masivamente y con pancartas reclamando que los jueces no tengan la “última palabra” en temas constitucionales, la observación es correcta pero banal. La cuestión que nos interesa es si, en base a una concepción plausible de la democracia, puede denegársele al poder judicial el derecho de decir la última palabra en temas constitucionales.

Personalmente, considero que tenemos todos los motivos para sostener que los jueces no deben tener la última palabra institucional. De todos modos, no voy a ocuparme extensamente del tema, del que me he ocupado ya, con mayor detalle, en otro trabajo.⁶ Simplemente quisiera

sostener que, si justificamos la democracia, por ejemplo, como un sistema que promueve (o ayuda a promover, mejor que otros sistemas alternativos) la discusión pública, entonces contamos con buenas razones para limitar, aunque no anular, el rol de los jueces en el control de constitucionalidad. Los jueces, sin dudas, pueden contribuir enormemente a la discusión colectiva, por ejemplo, señalándonos hechos y razones que hemos dejado de lado en nuestros debates. Sin embargo, cualquiera que quiera decirnos que, en una democracia, son los jueces y no los ciudadanos o sus representantes los que deben decirnos si, en definitiva, tenemos o no el derecho al aborto, a leer pornografía, a establecer límites sobre la propiedad privada, o a incrementar los impuestos sobre los más ricos, tiene la carga de decirnos por qué: en una democracia, la carga de la prueba la lleva el que intenta ponerle límites a la discusión pública, y no el que defiende su más amplia extensión.

Para concluir, dos breves consideraciones en relación con dos argumentos menos centrales dentro de la estrategia elaborada por Moreso en su (moderada) defensa del control judicial. Por una parte, el autor sostiene que las decisiones judiciales (por así decirlo) “pueden aportarnos más de lo que nos quitan” a nuestra calidad de ciudadanos democráticos. En efecto –agrega– pensemos en qué es lo que puede ocurrir con una ley opresiva: si los jueces anulan dicha norma se consigue, entonces, “un resultado más justo del que se hubiera alcanzado sin la existencia del control judicial” y si, en cambio, los jueces no anulan dicha ley, entonces, “nos encontramos con la misma situación con la que nos encontraríamos sin la existencia del control judicial.” Nuevamente, sin embargo, la afirmación de Moreso no nos resulta de gran ayuda. De hecho, podríamos obtener el mismo resultado al que se refiere nuestro autor si, por ejemplo, encargáramos el control constitucional a un buen profesor de filosofía o a un abogado dotado de buenas intenciones. Lo que necesitamos es que Moreso, u otros defensores de la revisión judicial, nos aclaren cuáles son las razones que tenemos para reconocer la validez del particular instrumento escogido (el control judicial), organizado del modo en que hoy lo conocemos.

Finalmente, Moreso nos dice que el procedimiento de control

judicial no implica que “la constitución sea lo que los jueces dicen que es [dado que] existen procedimientos, aunque costosos, de revisión de la constitución,” como existe la posibilidad de “cambiar la composición de la corte, o sus opiniones.” Para dar apoyo a tales dichos Moreso agrega, citando a Rawls, que “The constitution is not what the Court says it is. Rather, it is what the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is.”⁷ Nuevamente, nos enfrentamos a una serie de consideraciones más relevantes por su fuerza retórica y por la notable fuente de la que provienen, que por el valor de su contenido. Por más que filósofos de la talla de Rawls (o, sin dudas, el propio Moreso), nos digan que la Constitución es aquello que nosotros le autorizamos a la Corte que diga, lo cierto es que (al menos, en sistemas judiciales como el nuestro) el significado último de la Constitución sigue dependiendo del criterio de los jueces, aunque ello no nos guste, o nos obstinemos a decir lo contrario, u organicemos manifestaciones para inducir a los jueces a que adopten tal o cual decisión. Los españoles tienen o no el derecho al aborto, en última instancia, de acuerdo con lo que digan sus jueces. Los norteamericanos tienen o no el derecho a penalizar la homosexualidad, en última instancia, conforme a cuál es la opinión de los jueces. Hechos tales como que, por ejemplo, el presidente Roosevelt haya amenazado con modificar la composición de la Corte, luego de una serie de fallos adversos a sus políticas; o que el presidente Menem en la Argentina haya aumentado el número de jueces del máximo tribunal para obtener una mayoría favorable, no nos hablan de la bondad de nuestro sistema institucional, sino de su tremenda rigidez; no nos habla del modo en que el “pueblo” influye en las decisiones de los tribunales, sino de las enormes dificultades que el “pueblo” encuentra para ejercitar su influencia.

Con este tipo de afirmaciones, obviamente, no quiero sostener que la ciudadanía deba disponer de una ilimitada facultad para llevar adelante su propia voluntad. Me interesa decir, simplemente, que si se establecen límites sobre dicha voluntad (como debe hacerse), entonces corresponde que justifiquemos el tipo de controles que adoptamos, y que demos razones de por qué le permitimos a tales personas y no a otras el realizar tales tareas de supervisión. En este sentido, el modo en que actualmente

se ejerce el control de las leyes (y que Moreso, en principio, defiende) merece recibir razonables y radicales críticas por parte del ciudadano animado por una vocación democrática. Llegados a este punto, de todos modos, no corresponde otra cosa que el agradecer la lucidez de Moreso, y agradecer también el estímulo que recibimos a partir de sus trabajos, para continuar con nuestras discusiones sobre la Constitución.

Notas

¹ En parte, la “resurrección” de la que hablo se vincula con la reciente publicación de dos trabajos relevantes dentro de la discusión citada. En primer lugar, el escrito de Ronald Dworkin, ‘Does Britain Needs a Bill of Rights?’ en Ronald Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constituion*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 352-372; y la respuesta de J. Waldron, ‘A Right Based Critique of Constitutional Rights’, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), pp. 18-51.

² En esta primera parte (que, según entiendo, no era estrictamente necesaria para la argumentación que desarrolla a continuación), Moreso se ocupa de tres cuestiones principales: a) demostrar que la idea de derechos que toma en consideración es “metaéticamente neutral;” b) demostrar que “la tesis de los derechos es (parcialmente) neutral desde el punto de vista de la ética normativa;” y c) establecer algunas precisiones en torno al concepto de derechos morales.

³ Ver, Jon Elster, *Ulysses and the Syrens*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

⁴ Rawls concluye afirmando: “no he tratado de defender [la revisión judicial de las leyes], aunque podría defenderse [tal práctica] dadas ciertas circunstancias históricas y ciertas condiciones de la cultura política.” John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, cap. 6.6. Según Moreso: “que el control judicial de constitucionalidad sea un instrumento adecuado para defender el “coto vedado” de los derechos depende de consideraciones contingentes y estratégicas,” y además: “la conveniencia de los mecanismos de control judicial de la constitucionalidad depende [...] de circunstancias históricas y contingentes.”

⁵ Ronald Dworkin, ‘Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise’, en Ronald Dworkin, *Freedom’s Law*, op.cit., p. 7.

⁶ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁷ John Rawls, *Political Liberalism*, op. cit., p. 237.

DERECHOS, DEMOCRACIA Y CONSTITUCION

Juan Carlos Bayón
(Universidad Autónoma de Madrid)

I. Coto vedado y constitucionalismo

En la filosofía moral y política contemporánea la idea de derechos básicos o fundamentales suele definirse a partir de la concurrencia de dos rasgos. Se entiende, en primer lugar, que los derechos básicos son límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio, lo que es tanto como decir que esos derechos atrincheran ciertos bienes que se considera que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo, poniéndolos a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones agregativas. En segundo lugar, suele entenderse que los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el perímetro de lo que las mayorías no deben decidir, sirviendo por tanto frente a éstas –utilizando la ya célebre expresión de Dworkin– como vetos o cartas de triunfo¹. Ciertamente las concepciones de la justicia que asignan un papel central a la idea de derechos básicos pueden invocar fundamentos muy diversos y postular contenidos dispares; pero todas ellas tendrían en común la específica configuración estructural resultante de los rasgos mencionados, que suele resumirse diciendo que los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en esa esfera intangible a la que Ernesto Garzón ha llamado «el coto vedado»².

En esa peculiaridad estructural hay por supuesto una genuina tesis moral sustantiva, específica de un grupo o familia de concepciones de la justicia y rechazada como es notorio por relevantes concepciones rivales de diversa prole. Pero en este trabajo no es eso lo que me interesa. En lo que deseo concentrar mi atención es en el paso que media entre la

adhesión a ese ideal moral sustantivo que es la tesis del coto vedado y la elección de un diseño institucional específico para una comunidad política. Porque en ese paso, me temo, se agazapan más dificultades de lo que parece.

Normalmente se da por sentado que quien haga suya la tesis del coto vedado queda comprometido con esa específica estructura institucional que es el constitucionalismo. Hay, por supuesto, muchas formas diferentes de «constitucionalismo», dependiendo de como queden configuradas ciertas variables fundamentales. Pero por lo general suele pensarse que el diseño institucional requerido por la tesis del coto vedado es el que resulta de la combinación de dos piezas maestras: la primacía de una constitución que incluya un catálogo de derechos básicos y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria. En cuanto a la primera, la idea aparentemente obvia consiste en que la traducción en términos de técnica jurídica del ideal del coto vedado no podría ser sino el emplazamiento de los derechos básicos en una constitución rígida, ya que es la previsión de un procedimiento de reforma de la constitución más exigente que el procedimiento legislativo ordinario la que determina su superioridad jerárquica respecto a la ley y por tanto la indisponibilidad de los derechos básicos para el legislador. En cuanto al segundo de los ingredientes mencionados, aunque la primacía de la constitución es conceptualmente independiente de la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria³, suele darse por sentado que éste es, en la práctica, el instrumento necesario sin el cual aquélla carecería de garantías efectivas.

La combinación de estos dos ingredientes esenciales, no obstante, puede aún dar como resultado diseños institucionales muy diversos. La variable esencial reside en que las constituciones no flexibles pueden ser más o menos rígidas: pueden contener o no cláusulas de inmodificabilidad; y, en cuanto a lo que consideren modificable, el procedimiento de reforma puede ir desde lo sólo ligeramente más exigente que el procedimiento legislativo ordinario, hasta una acumulación de requisitos tan gravosos que pueda llegar a decirse, sin exageración, que la reforma de la

constitución queda en la práctica fuera del margen de maniobra real de la comunidad política (como creo que sucede en el caso del art. 168 de la Constitución española vigente).

Por ello puede decirse que existen constitucionalismos más o menos fuertes. Y aquí surge ya, por lo pronto, un primer problema en torno a la cuestión de qué diseño institucional requeriría el ideal moral sustantivo del coto vedado. Si se toma en sentido estricto la idea de que el contenido del coto vedado ha de ser intangible, ¿no requeriría esto el constitucionalismo más fuerte posible, es decir, el que –al estilo del art. 79.3 de la Ley Fundamental alemana de 1949– dispusiera la pura y simple inmodificabilidad del catálogo de derechos básicos? Y si no es así, ¿por qué razones no requiere tanto? Y en definitiva, ¿cómo habría de ser de fuerte el constitucionalismo requerido por el ideal del coto vedado? Todo ello nos sugiere que la afirmación usual de que el ideal moral del coto vedado exigiría el constitucionalismo como diseño institucional específico resulta, como mínimo, incompleta. Pero eso no es todo. Aunque se conceda que queda por determinar cuál habría de ser el grado de rigidez de la constitución, lo que sí suele darse por supuesto es que existe una conexión enormemente sólida entre el ideal del coto vedado y el diseño institucional resultante de combinar primacía constitucional y control jurisdiccional de constitucionalidad, hasta el punto de presuponer que la impugnación de ese diseño sólo podría ser debida al rechazo previo de la tesis de los derechos como ideal moral sustantivo⁴. Pero incluso esto, sin embargo, dista a mi juicio de ser obvio.

Creo que para ir asentando esa duda basta con recordar que el constitucionalismo tiene una espinosa cuenta pendiente en relación con lo que, por lo menos desde Bickel⁵, es usual denominar «objeción contramayoritaria». Es sabido que esa objeción adopta dos formas fundamentales. La primera apunta a la idea misma de primacía constitucional, ya que si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir. Y la segunda, que afecta al control jurisdiccional de constitucionalidad, consiste en preguntar qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para

invalidar decisiones de un legislador democrático. En suma: si como ideales morales se parte no sólo del de los derechos, sino también del valor de la democracia, entonces el camino hacia el constitucionalismo es quizá menos llano de lo que parece.

En las últimas décadas, la historia de la teoría constitucional es en buena medida la de la reiteración de estas objeciones y la de las muchas formas en que se ha intentado contestarlas. Con todo, las réplicas más usuales vendrían a coincidir en que la tensión entre democracia y constitucionalismo es sólo aparente. En cuanto a la primera vertiente de la objeción contramayoritaria, suele replicarse que todo depende de lo que entendamos por «democracia». Si se entiende meramente regla de decisión por mayoría, entonces es trivialmente cierto que hay un conflicto entre ella y la primacía de la constitución. Pero lo que se alega es que ese conflicto no debe preocuparnos particularmente, por cuanto no habría nada especialmente valioso en el mero mayoritarismo *irrestricto*: esto es, lo que se nos dice es que una comunidad política *haría mal* en adoptar una regla de decisión colectiva tan simple como «lo que decida la mayoría», en vez de otras más complejas, del tipo «lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere derechos básicos» (o quizá, para ciertas cuestiones esenciales, «lo que decida, no la mayoría simple, sino una cualificada o reforzada»). Alternativamente, si se maneja un concepto más rico y matizado de democracia –de manera que ésta incluya o presuponga ya derechos básicos–, no sólo no habría un conflicto esencial entre ella y el constitucionalismo, sino que éste sería la forma institucional de la genuina democracia⁶. Y por lo que se refiere, en segundo lugar, a la justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad, una respuesta verdaderamente clásica –tanto, que se remonta a lo escrito por Hamilton en *El Federalista* y por el juez Marshall en *Marbury v. Madison*– es la que alega que cuando los jueces constitucionales invalidan decisiones de un legislador democrático no ponen de ninguna manera su propio criterio por encima del de éste, sino que se limitan a hacer valer frente a aquellas decisiones la más fundamental voluntad democrática del constituyente.

A mí me parece, sin embargo, que estas réplicas usuales a la objeción contramayoritaria resultan poco convincentes. Comenzando por la

segunda, me parece claro que se basa en una concepción objetivista de la interpretación constitucional difícilmente sostenible. La idea de que los jueces constitucionales tan sólo hacen valer frente al legislador límites claramente preestablecidos pasa por alto la «brecha interpretativa»⁷ que existe entre el texto constitucional y las decisiones que lo aplican. No pretendo decir que *todos* los casos constitucionales concebibles sean casos difíciles: pero sí me parece sustancialmente correcto asumir –como hace Dworkin⁸– dado que los preceptos constitucionales que declaran derechos básicos están ordinariamente formulados en términos considerablemente vagos y abstractos, su aplicación hace estrictamente *inevitable* una «lectura moral» de los mismos. Y si esto se admite, creo que hay razones para tomar en serio las dudas sobre la justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad planteadas por la objeción contramayoritaria. Y más aún cuanto mayor sea la rigidez de la constitución: porque si el procedimiento de reforma constitucional es tan exigente que, en la práctica, su puesta en marcha es inviable, entonces los jueces constitucionales tienen *de facto* la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos básicos.

Todo ello, además, muestra la escasa solidez de la réplica usual a la objeción contramayoritaria en lo que se refiere a la justificación de la primacía de la constitución. Porque nos hace ver que la verdadera regla de decisión colectiva con la que se compromete quien acepta la primacía de una constitución considerablemente rígida, combinada con un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad, no es en realidad «lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere derechos básicos», sino –en la práctica– «lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos»; y aunque quizá a muchos les parezca obvia la justificabilidad de la primera de esas cláusulas de limitación al criterio de decisión por mayoría, espero que se me conceda que resulta menos obvia la justificabilidad de la segunda.

Pero aún hay más. Es que ni siquiera es evidente por qué quien haga suyo el ideal moral del coto vedado debería considerar una mala regla de decisión colectiva el puro y simple criterio de la mayoría. Esto

puede parecer contraintuitivo, pero en torno a esta idea se han articulado algunas de las críticas recientes al constitucionalismo que me parecen más interesantes. Entre ellas, creo que la de Jeremy Waldron es la más lúcida y potente⁹. Y también, ciertamente, la de consecuencias más radicales. En este trabajo centraré mi atención en esa crítica y en sus consecuencias. Y en relación con ellas intentaré argumentar en favor de dos conclusiones. En primer lugar, que un enfoque como el de Waldron saca a la luz las debilidades más serias en los modos usuales de justificar el constitucionalismo; y que con ello ha aportado argumentos muy sólidos en contra de lo que propondré denominar «constitucionalismo fuerte» (que justamente resulta ser el tipo de constitucionalismo existente hoy en países como España, Alemania, Estados Unidos o -en menor medida, puesto que su constitución es comparativamente menos rígida- Italia). En segundo lugar, no obstante, que en una argumentación como la de Waldron -que conduce en realidad al rechazo de cualquier forma de constitucionalismo- hay también algunas fisuras significativas, a través de las cuales puede introducirse la idea de que quien haga suyo el ideal moral del coto vedado debería propugnar un tipo peculiar de constitucionalismo, diferente del fuerte en aspectos sustanciales, al que llamaré «constitucionalismo débil».

II. Desacuerdo y reglas de decisión colectiva: la crítica de Waldron al constitucionalismo

Si la regla de la mayoría opera como procedimiento de decisión no sujeto a restricciones sustantivas, a través de él será posible adoptar decisiones con *cualquier* contenido. Y eso, se supone, es precisamente lo que la haría peligrosa, puesto que obviamente la mayoría puede decidir oprimir a la minoría. A partir de ahí parece natural concebir el constitucionalismo precisamente como el remedio necesario para conjurar ese peligro, puesto que, como mecanismo de decisión, consistiría en la imposición a un procedimiento (la regla de la mayoría) de límites sustantivos últimos (los derechos básicos). Esta es, en pocas palabras, la intuición esencial en la que se apoyan las justificaciones convencionales del constitucionalismo.

Pero lo que sostiene Waldron es que esa intuición, por arraigada que pueda estar, es engañosa. O dicho de otro modo, que afirmar que el constitucionalismo establece que hay cosas que las mayorías no pueden decidir es contar una historia incompleta: porque *antes*, en ausencia más que previsible de unanimidad al respecto, ha habido que tomar de algún modo la decisión sobre qué es lo que las mayorías no podrán decidir¹⁰; y *después*, por cierto, habrá que seguir tomando decisiones sobre la delimitación exacta de los confines sólo genéricamente establecidos a lo que pueden decidir. En suma, la idea de Waldron es que cuando se trata de organizar la vida política de una comunidad en la que reina el desacuerdo acerca de qué es lo justo, antes de la sustancia y después de ella son ineludibles los procedimientos.

Vistas las cosas desde esa perspectiva, el constitucionalismo no consistiría –como suele decirse– en un procedimiento de decisión con restricciones sustantivas, sino en una *combinación de procedimientos*, ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros. En los momentos de política constituyente –ya sean originarios o de reforma constitucional– la pregunta acerca de qué es lo que no se permitirá en el futuro decidir a la mayoría no la responde un listado de criterios sustantivos, sino el resultado –*cualquiera* que sea– que arroje un procedimiento (el de aprobación –o revisión– de la constitución). Y en los momentos de política constituida, el límite real al funcionamiento del procedimiento mayoritario no viene dado tampoco por un conjunto de criterios sustantivos, sino por los resultados que arroje otro procedimiento más, el de control jurisdiccional de constitucionalidad, *cualesquiera* que éstos sean. El límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad –o incluso meramente *la mayoría* de sus miembros– establezca que es el contenido de esos derechos: porque, por discutibles o infundadas que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material¹¹.

Y es que además, según Waldron, no podría ser de otra manera. Porque la forma más usual de concebir el constitucionalismo habría

olvidado que toda regla de decisión colectiva última, so pena de incurrir en regreso al infinito, tiene que ser *estrictamente procedimental*¹². Si no lo fuese –es decir, si incluyera restricciones sustantivas respecto a lo que puede ser decidido, como ocurriría con la regla «se ha de hacer lo que decida la mayoría, siempre y cuando no vulnere derechos básicos»– reproduciría en su interior el desacuerdo mismo que hizo necesario recurrir a ella y reclamaría inevitablemente un *procedimiento suplementario* para tomar decisiones en lo concerniente a dicho desacuerdo. Y si toda regla última de decisión colectiva ha de ser estrictamente procedimental, entonces a través de cualquiera de ellas es posible tomar válidamente decisiones con cualquier contenido, lo que equivale a decir que todas son *falibles* (o lo que es lo mismo: que *ninguna* excluye por principio la posibilidad de la opresión, ya sea la de alguna minoría o la de la propia mayoría)¹³.

Según Waldron, por tanto, no se trata de elegir entre un procedimiento sin restricciones sustantivas y otro que sí las tiene, sino entre *dos reglas de decisión colectiva* que –aun con diferentes grados de complejidad– son por igual estrictamente procedimentales y, como tales, falibles. Ahora la pregunta decisiva es cuál de las dos debería preferir quien acepte el ideal moral del coto vedado. Y su respuesta es tajante: debe preferir la mera regla de la mayoría. Porque el ideal profundo de los derechos es el de una comunidad de individuos que se reconocen entre sí como agentes morales de *igual* dignidad: y la regla de la mayoría –nos dice Waldron– es la única que reconoce y toma en serio la *igual* capacidad de autogobierno de las personas, el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente, y cuente *en pie de igualdad* con la de cualquier otro, en el proceso público de toma de decisiones¹⁴. Y esto conferiría a la regla de la mayoría un valor intrínseco, una *calidad moral*, de la que carecería –o al menos no poseería en el mismo grado– cualquier otro procedimiento de decisión colectiva.

El constitucionalismo, en cambio, constriñe y limita el funcionamiento de este procedimiento básico colocando en cada uno de sus costados otros procedimientos –el de reforma constitucional y el de control jurisdiccional de constitucionalidad– que implican por definición

la negación de ese valor esencial. Así, en primer lugar, no parece fácil justificar la primacía constitucional, al menos mientras se entienda que la genuina rigidez –y no hay primacía sin rigidez– implica exigencia de mayorías reforzadas para la reforma de la constitución. Porque, como se ha señalado con frecuencia¹⁵, existe una poderosa objeción de principio en contra de la exigencia de mayorías reforzadas: que cualquier regla de decisión de ese tipo está intrínsecamente sesgada en favor del *statu quo*, es decir, de lo que seguirá contando como decisión pública en vigor si la propuesta que se somete a votación no reúne la mayoría requerida. Vista en negativo, la exigencia de mayoría reforzada equivale al poder de veto de la minoría: atribuye *desigual valor* al voto de partidarios y oponentes de la propuesta que se vota, lo que es tanto como decir que constituye un procedimiento que *no les trata como iguales*. Y ni siquiera es cierto que –como pensaba Kelsen¹⁶– la exigencia de mayorías reforzadas se justifique como «medio eficaz de protección de la minoría contra los abusos de la mayoría», en la medida en que implicaría «que algunas cuestiones fundamentales no pueden resolverse más que de acuerdo con la minoría». En primer lugar, porque es obvio que cualquier regla de mayoría reforzada, mientras no llegue a la exigencia de unanimidad, extiende su virtualidad protectora sólo para las minorías lo bastante grandes como para poder bloquear con éxito las decisiones que promueve la mayoría. Y en segundo lugar porque, contra Kelsen, no siempre es bueno que algunas cuestiones fundamentales no puedan resolverse más que de acuerdo con *ciertas* minorías: porque el poder de veto del que goza entonces la minoría puede ser empleado no sólo para bloquear amenazas de la mayoría a los derechos de la minoría, sino también en contra de los derechos de la mayoría o de alguna otra minoría¹⁷. En suma: la regla de decisión por mayoría reforzada es tan falible como cualquier otra regla de decisión colectiva y carece además de la calidad moral como procedimiento justo que posee la regla de decisión por mayoría no cualificada. Así que no parece fácil justificar por qué el funcionamiento de ésta debería estar sujeto a límites sólo modificables –y quizá también originalmente fijados– a través de aquélla.

Y tampoco parece fácil de justificar –por las mismas razones– el segundo de los procedimientos con los que el constitucionalismo flanquea a la regla de decisión por mayoría. Porque el control jurisdiccional de

constitucionalidad, como mecanismo estrictamente procedimental –y, como tal, falible– destinado a precisar el contenido de los límites a la regla de la mayoría sólo genéricamente fijados mediante los procedimientos de aprobación y reforma de la constitución, se aparta también –como éstos– del ideal de la *participación en términos de igualdad* en la elaboración de las decisiones públicas. Se aparta ya, en primer lugar, si el procedimiento de reforma constitucional no es tan exigente como para que su puesta en marcha resulte inviable (de manera que, frente a una decisión de los jueces constitucionales que la mayoría considere inapropiada, quepa reaccionar enmendando la constitución): porque en ese caso, y supuesto siempre que la reforma de la constitución exija una mayoría reforzada, a la desigualdad ya inherente a esta exigencia habría que añadir que sería en realidad la decisión de los jueces constitucionales, y no una decisión democrática previa abierta a todos, la que vendría a determinar sobre qué ciudadanos recae la desigual carga de tener que reunir una mayoría cualificada para conseguir que prevalezca su posición¹⁸. Y más se apartará aún de aquel ideal si los jueces constitucionales tienen *de facto* la última palabra sobre el contenido preciso de los límites al funcionamiento de la regla de la mayoría. Porque ello implica, como dice Waldron¹⁹, advertir a los ciudadanos ordinarios que en cuestiones relativas a derechos, y por serio que haya sido su esfuerzo para formar un juicio meditado e imparcial, en caso de discrepancia entre la opinión al respecto de la mayoría de ellos y la de la mayoría de los jueces constitucionales, será la de éstos la que prevalezca; algo –añade– que difícilmente concuerda «with the respect and honour normally accorded to ordinary men and women in the context of a theory of rights»²⁰.

Todas estas consideraciones bastan, según creo, para sembrar serias dudas acerca de algunas intuiciones comunes. Para justificar el constitucionalismo como diseño institucional se dice usualmente que la mayoría puede decidir oprimir a la minoría, que para conjurar ese peligro su poder debe estar limitado y que, para que esos límites no carezcan de valor, no puede ser ella misma quien los trace. Pero entonces la cuestión es *quién* y *cómo* se supone que debe trazarlos. Vistas así las cosas, el abanico de respuestas disponibles no parece ir más allá de la célebre

enumeración de Lincoln²¹ :

“Unanimity is impossible; the rule of a minority [...] is wholly inadmissible; so that rejecting the majority principle, anarchy or despotism in some form is all that is left.”

Y si, como sostiene Waldron, uno de esos mecanismos de decisión colectiva posee *como procedimiento* una respetabilidad moral de la que los demás carecen –o no tienen en el mismo grado–, encarnada en la idea del derecho al igual valor de la participación de cada uno en la toma de decisiones básicas que afectan a todos, entonces el desdén ante el “mero mayoritarismo irrestricto” resultaría quizá demasiado apresurado. O lo que es lo mismo: la idea de que la adhesión al ideal de los derechos exige la postulación del constitucionalismo como diseño institucional tendría una base menos firme de lo que parece.

III. Las réplicas del constitucionalismo

Una argumentación como la de Waldron conduce desde el punto de vista institucional a la adopción de lo que, desde Lijphart²², es usual denominar “modelo de Westminster”, es decir, de supremacía parlamentaria. Ese es un diseño institucional que a muchos les parece sencillamente peligroso. Frente a ello podría alegarse que la variable decisiva que determina el nivel de respeto efectivo del que gozan en una comunidad los derechos individuales no es tanto su sistema institucional cuanto su *cultura política*²³, de manera que, como alternativa al modelo de Westminster, el constitucionalismo –además, si Waldron tiene razón, de injustificable *como procedimiento*– sería en algunas sociedades *innecesario* y clamorosamente *insuficiente* en otras. Creo que hay mucho de cierto en esa observación: pero, aunque sólo sea porque entre cultura política y sistema institucional hay relaciones de influencia *recíproca*, antes de dar la cuestión por zanjada es necesario considerar de qué estrategias de réplica dispondría el constitucionalismo frente a una argumentación como la de Waldron. Hay tres, en primer lugar, que creo que merecen ser examinadas con algún detenimiento.

III.1. La dinámica de la regla de la mayoría y el principio de Blackstone

Quien –como Waldron– sugiere que nos enfrentamos a una elección última entre dos reglas de decisión colectiva, como son la regla de la mayoría y el constitucionalismo, habría olvidado una posibilidad: que una de las cosas que cabría decidir usando la primera es la adopción de la segunda, de manera que, aun concediendo como hipótesis la justificación última de la regla de la mayoría, justificado quedaría igualmente lo que trajese causa de ella. Tendríamos entonces un sistema político en el que los derechos no serían concebidos como un límite externo y previo al procedimiento mayoritario, sino como un *producto* generado por su propio funcionamiento. ¿No podría decirse, en ese caso, que la objeción democrática al constitucionalismo se habría autorrefutado?²⁴.

La cuestión, sin embargo, no es tan simple. Todo depende de cuál entendamos que es el funcionamiento *dinámico* de la regla de mayoría como regla de decisión colectiva. Aceptar la regla de la mayoría como auto-comprensiva [*self-embracing*] o abierta al cambio es aceptar que una de las decisiones que puede tomarse usándola es la de dejar de usarla y adoptar en su lugar otra regla de decisión distinta (esto es, que las decisiones colectivas han de adoptarse por mayoría o por cualquier otro procedimiento que se decida por mayoría que lo reemplace); en cambio, aceptarla como regla de decisión continua o cerrada al cambio es entender que esa clase de decisión está excluida del conjunto de las que cabe adoptar válidamente al usarla (lo que equivale a aceptar que *toda* decisión futura ha de adoptarse por mayoría)²⁵.

A mi entender, quien comparta las razones de fondo que llevan a Waldron a decantarse por la regla de la mayoría como procedimiento de decisión justo debería defender su versión continua o cerrada al cambio: porque si la regla de la mayoría encarna un ideal que se reputa valioso –el de la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas– una comunidad no debería poder decidir por mayoría dejar de decidir por mayoría, pues en un acto semejante aquel ideal se autoanularía. Y parece que optar por la versión continua o cerrada al cambio de la

regla de mayoría no es sino propugnar la idea de supremacía parlamentaria expresada en el viejo principio de Blackstone²⁶, que implica que no puede haber en ningún momento materias acerca de las cuales el parlamento sea incompetente para decidir por mayoría, con la única excepción de la sustitución de ese procedimiento de decisión por otro; y ello cancela el intento de justificación del constitucionalismo basado simplemente en que su instauración se haya producido en virtud de una decisión democrática originaria.

III.2. Dualismo democrático y precompromiso

Hay no obstante una línea argumental que pretende convencernos de que es posible sortear el principio de Blackstone sin que para ello sea imprescindible rechazar las premisas que nos han conducido hasta él (que la regla de la mayoría posee una calidad moral de la que carecen otros procedimientos de decisión y que las razones que la justifican avalan su versión continua o cerrada al cambio). La idea consiste en que el principio de Blackstone sólo se seguiría de esas premisas si se cierra los ojos al *diferente valor de las circunstancias* en que se adopta cada decisión. Cuando, por el contrario, éste se toma en cuenta, lo que nos sugiere esta forma de argumentación es que es racional que una comunidad, en los momentos en que reflexiona colectivamente con mayor seriedad y altura de miras, decida incapacitarse para tomar ciertas decisiones que sabe que pueden tentarla en sus momentos menos brillantes y que, a la larga, lamentaría haber tomado. En suma, ver la vida política de una comunidad como una sucesión de decisiones de calidades diferentes nos proporcionaría una razón para sostener que las de calidad superior (constituyentes) sí pueden trazar límites no removibles por decisiones posteriores de calidad inferior (de política ordinaria); y ese dualismo bastaría –se supone– para reconciliar la primacía constitucional con el ideal democrático²⁷.

En sus versiones más refinadas, ese argumento está construido proyectando hacia el plano de la comunidad política un modelo teórico bien conocido entre los estudiosos de la racionalidad individual, el de las

llamadas “estrategias Ulises”²⁸. Ulises se hizo atar al mástil de su barco, porque sabía de la irresistible atracción del canto de las sirenas y quería cerrarse de antemano la posibilidad de llegar a tomar bajo su influencia decisiones que le acarrearían fatales consecuencias. Las estrategias Ulises son por tanto formas de asegurar la racionalidad de manera *indirecta*: mecanismos de “precompromiso” [*precommitment*] o auto-incapacitación preventiva que adopta un individuo en un momento lúcido, consistentes en cerrarse de antemano ciertas opciones para protegerse de su tendencia previsible a adoptar, en momentos de debilidad de la voluntad o racionalidad distorsionada, decisiones “miopes” que sabe que frustrarían sus verdaderos intereses básicos duraderos. Y lo que se nos sugiere es que la comunidad necesitaría una constitución por las mismas razones que Ulises necesitaba sus ligaduras²⁹.

Hay sin embargo tres razones por las que el argumento no me parece convincente. En primer lugar, se basa en una analogía entre el plano individual y el plano colectivo profundamente engañosa. La sociedad *no es la misma* a lo largo del tiempo, con lo que hablar de “*autolimitación*” no pasa de ser un abuso del lenguaje. Y nunca tiene “la” sociedad “una” opinión, sino que en cada momento lo que hay es un desacuerdo básico entre sus miembros acerca de las restricciones que habrían de regir sobre el proceso de toma de decisiones. ¿Por qué tratar entonces como debilidad de la voluntad o racionalidad distorsionada de un sujeto permanente lo que no son sino desacuerdos de signo cambiante dentro de conjuntos de individuos cuya composición está sujeta a variación continua?

Es cierto, en segundo lugar, que las decisiones colectivas pueden ser el resultado de procesos de muy desigual calidad deliberativa. Pero el dualismo presupone de modo arbitrario que los momentos en que se aprueban o reforman las constituciones son siempre de mayor calidad que los de legislación ordinaria. Por el contrario, la relación entre el carácter constituyente o meramente legislativo de una decisión y su mayor o menor calidad deliberativa es enteramente *contingente*. Puede que en el primer caso las decisiones hayan sido adoptadas por una mayoría reforzada que en el segundo caso no se ha conseguido alcanzar: pero la idea de que sólo con eso queda demostrado que se trata de decisiones

“más lúcidas” presupone, sin especial fundamento, justamente lo que habría que probar.

Por último, aunque el argumento del precompromiso sólo está encaminado a justificar la primacía de la constitución, y como tal no implica necesariamente la justificación adicional del control jurisdiccional de constitucionalidad, la habitual garantía de la primacía mediante esta clase de control genera un tercer problema para la estrategia dualista. Lo que en el plano individual hace que las estrategias Ulises sean verdaderos medios indirectos de preservar la racionalidad y la autonomía es que sea el propio agente que decide “atarse las manos” el que controle el propósito y alcance de la ligadura que se impone. Pero la autolimitación colectiva mediante la instauración de una constitución rígida no funciona así. Al menos, no mientras la constitución contenga principios extraordinariamente abiertos cuyo alcance va a ser fijado por las interpretaciones del órgano de control: porque entonces la comunidad no se fuerza a hacer en t_2 exactamente aquello que en t_1 quería hacer en t_2 , sino aquello que en t_2 decida (por mayoría) el órgano de control que es el sentido más defendible de aquellos límites fijados en abstracto en t_1 . Esto no es disponer *ex ante* del control de limitaciones autoimpuestas: es simplemente ponerse en manos del juicio de otro. La diferencia es demasiado grande como para pretender que se trata de mecanismos análogos que preservan por igual la autonomía a largo plazo de los que ponen límites a sus acciones futuras. En suma: el dualismo democrático busca a través de la idea de precompromiso una reconciliación profunda entre primacía constitucional y regla de decisión por mayorías; pero a la vista de las objeciones que se acumulan en su contra, no parece que tenga éxito en su empeño.

III.3. Procedimentalismo: la constitucionalización de la democracia

Hay, en tercer lugar, una estrategia encaminada a mostrar que si se acepta que la regla de decisión por mayoría posee una calidad moral especial y que las razones que la justifican avalan su versión continua o cerrada al cambio, en esas dos premisas *está contenida ya* una justificación

satisfactoria del constitucionalismo (aunque de un constitucionalismo, eso sí, de alcance y pretensiones diferentes de las de aquél al que estamos acostumbrados). Lo que se alega es que si la democracia es valiosa, es valioso protegerla de sí misma; y que el ideal que hace valioso el procedimiento democrático -la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones- quedaría desfigurado sin la satisfacción previa de ciertas condiciones (un proceso de deliberación y conformación de las voluntades auténticamente abierto a todos sobre bases equitativas). Y de ello se seguiría que el valor de la democracia justifica su constitucionalización, lo que implicaría el atrincheramiento constitucional no sólo de un mecanismo procedimental, sino también de aquellos derechos que cabe considerar como *presupuestos* de una *genuina* decisión democrática³⁰.

Hay que resaltar que el procedimentalismo nos brinda una defensa condicionada del constitucionalismo que, si se diera por buena, exigiría modificaciones esenciales de nuestra práctica constitucional. En primer lugar, desde una posición procedimentalista todos los derechos deberían ser el resultado de decisiones ordinarias del legislador democrático *con la única excepción* de aquellos que tienen un carácter constitutivo o definitorio del procedimiento democrático mismo: y es obvio que, medidos por ese rasero, los sistemas constitucionales que nos son más familiares pecan decididamente *por exceso*. Pero además, para no acabar siendo una mera variante (con contenidos más reducidos) del dualismo democrático, ni desembocar en la versión auto-comprensiva o abierta al cambio del procedimiento democrático -todo lo cual estaría en contradicción con sus premisas-, el procedimentalismo exigiría a mi juicio no sólo que se constitucionalizarán el procedimiento democrático y sus presupuestos, sino además que se proclamaran *irreformables* (y desde ese punto de vista las formas más usuales del constitucionalismo pecarían ahora *por defecto*).

Pero incluso en esa defensa condicionada no ha dejado de señalarse un problema de fondo³¹. La toma de decisiones por mayoría en una democracia representativa exige, como condición de posibilidad, un conjunto de reglas que establezcan quiénes pueden ser electores y

elegibles, con qué periodicidad y en qué circunscripciones se vota, qué mecanismos de agregación traducirán votos individuales a resultados electorales, etc. Todas esas reglas son, como dice Hart³², «constitutivas del soberano»: son el trasfondo de decisiones ya tomadas sin el que no es posible la toma de decisiones por mayoría. Ahora bien, hay no una, sino muchas concepciones diferentes acerca de cómo deberían quedar articuladas cada una de estas «reglas constitutivas» del procedimiento democrático. Lo mismo sucede con el contenido y límites precisos de los derechos que constituyen sus presupuestos, que obviamente son objeto de controversia. En realidad, todos esos desacuerdos tienen su raíz en diferentes concepciones del ideal de la igualdad política. En ese caso, ¿no habrían de valer respecto a las decisiones relativas a la configuración del procedimiento democrático exactamente los mismos argumentos que presidían la elección de un procedimiento para la toma de todas las demás?; ¿no debería ser la comunidad la que democráticamente tome y revise sus decisiones acerca de cómo quiere configurar su democracia?³³.

Con esta clase de réplica, sin embargo, creo que queda uno atrapado entre los cuernos de un dilema. Es cierto que «procedimiento democrático» no es el nombre de *un* mecanismo de toma de decisiones, sino de una familia de ellos; y quizá hay buenas razones para que la decisión acerca de cuál de los miembros de ese conjunto es el procedimiento que se ha de seguir se tome, en cada momento, precisamente a través de aquél que *entre ellos* se haya adoptado como regla de decisión en el pasado. Pero sean cuales fueren sus diferencias específicas, todas esas variantes han de compartir un núcleo mínimo común (so pena de convertir «procedimiento democrático» en una denominación vacía). Entonces, o bien ese núcleo mínimo es un límite a lo que las mayorías pueden decidir válidamente, o no lo es. Si no lo es, lo que se está propugnando es la versión del procedimiento democrático auto-comprensiva o abierta al cambio: y en ese caso el constitucionalismo quedaría justificado sólo con que su implantación se acordase mediante una decisión democrática. Por el contrario, si aquel núcleo mínimo es un límite intangible sustraído a la decisión de la mayoría, la estrategia procedimentalista sí fundamenta el atrincheramiento constitucional de *algunos* contenidos. Por cualquiera de los dos caminos, en definitiva, la tesis de Waldron sale malparada.

Pero si se acepta que es preferible la versión continua o cerrada al cambio del procedimiento democrático, interesa sobre todo el segundo. Por él, hemos llegado a una regla de decisión colectiva que incorpora restricciones sustantivas y que por tanto no es, como Waldron subrayaba que necesariamente tendría que ser, «estrictamente procedimental». Cabría preguntarse entonces si esto es realmente posible; y si lo es, si no lo serían también *otras* restricciones sustantivas diferentes de las que emanan del argumento procedimentalista. Esto, unido al problema –que Waldron no aborda explícitamente– de la adopción *originaria* de una regla de decisión, justifica según creo una reconsideración global de sus planteamientos.

IV. De nuevo sobre la elección de reglas de decisión colectiva

La argumentación de Waldron contenía dos ideas básicas. La primera, que toda regla de decisión colectiva última ha de ser estrictamente procedimental -y por tanto falible-, de manera que el constitucionalismo no es un procedimiento con restricciones sustantivas: es una combinación de procedimientos y no podría ser otra cosa. La segunda, que puestos a elegir entre reglas de decisión estrictamente procedimentales, la de la mayoría posee un valor intrínseco del que carece cualquier otro procedimiento alternativo. Conviene reconsiderar por separado hasta qué punto es aceptable cada una de ellas.

IV.1. Procedimiento y sustancia: del desacuerdo a la indeterminación

Según Waldron, la imposición a un procedimiento-base de restricciones sustantivas a lo que puede ser decidido a través de él requiere inevitablemente otros procedimientos suplementarios. *Antes*, como no habrá acuerdo sobre cuáles habrán de ser esas restricciones, haría falta alcanzar una decisión al respecto mediante lo que llamaré un «procedimiento *de incorporación*». *Después*, como seguirá sin haberlo respecto a su contenido y límites precisos, sería necesario un «procedimiento *de determinación*». El primero de ellos, además, podría

subdividirse en un procedimiento de incorporación *originaria* y otro de *revisión* o modificación de las restricciones sustantivas ya incorporadas.

Pero Waldron no tiene razón. La adición de restricciones sustantivas a una regla de decisión no hace inevitable *ninguno* de esos tres procedimientos suplementarios. Para entender, en primer lugar, por qué no lo es el «procedimiento de incorporación originaria», basta con reparar en que en una comunidad política real no sólo no hay acuerdo respecto a qué restricciones sustantivas –si es que alguna– habría que incorporar al procedimiento-base, sino que tampoco lo hay respecto a *cuál debería ser éste*. A pesar de ello, algún procedimiento-base *rige* o *está en vigor* (si no, la comunidad política simplemente no existe); pero, so pena de regreso al infinito, no siempre puede ser el caso que esté en vigor porque su adopción haya sido decidida en virtud de un procedimiento anteriormente en vigor. No es cierto, por tanto, que *antes* de la sustancia sea ineludible el procedimiento. La adopción *originaria* de una regla de decisión –incluso si es estrictamente procedimental– sólo puede hacerse por y desde razones sustantivas³⁴, y en ausencia de acuerdo al respecto, la implantación de una de ellas obedecerá a una compleja mezcla de motivos morales y prudenciales entre los miembros de la comunidad. Nada impide entonces la adopción originaria de una regla de decisión ya con restricciones sustantivas. Por descontado, no habrá acuerdo acerca de ella: pero si el desacuerdo abarca incluso a las reglas estrictamente procedimentales y ello no impide la implantación de alguna, no veo por qué habría de impedir fatalmente la de una que incorpore restricciones sustantivas.

Más fácil es entender por qué tampoco es inevitable un procedimiento de revisión de las restricciones sustantivas ya incorporadas: sencillamente, esas restricciones sustantivas pueden declararse *inmodificables* (y lo mismo, por cierto, puede hacerse con el procedimiento-base o con alguna parte de él: es lo que sucede cuando se acepta como continuo o cerrado al cambio). En el fondo, ¿no es ridículo suponer que cuando alguien como Dworkin define los derechos como «triumfos frente a la mayoría» lo que quiere decir es que son triunfos respecto a la mayoría de la mitad más uno, pero no frente a la mayoría de los tres quintos o los dos tercios? Parece mucho más sensato entender

que lo que se dice es que son triunfos frente a cualquier regla de decisión estrictamente procedimental; y eso, creo, equivale a decir que han de incorporarse a una regla de decisión como restricciones sustantivas *inmodificables*.

El verdadero problema viene de la mano de lo que he llamado «procedimiento de determinación». Que este tercer tipo de procedimiento suplementario sea o no inevitable depende de *qué forma* adopten las restricciones sustantivas que incorpora el procedimiento-base. No es lo mismo prohibirle al legislador el establecimiento de la pena de muerte que el de penas «inhumanas o degradantes». Me parece que en el segundo caso es verdaderamente inevitable un «procedimiento de determinación» (ya corresponda ésta al propio parlamento, a jueces constitucionales o a cualquier otro mecanismo de decisión); en el primero, sin embargo, entiendo que no lo es. Usando los términos de manera conscientemente poco cuidadosa, diré que el procedimiento de determinación es inevitable cuando las restricciones sustantivas se formulan en forma de *principios*; pero es innecesario si se formulan en forma de *reglas* suficientemente precisas. Esto requiere una advertencia inmediata: muy pocos límites sustantivos pueden ser formulados del segundo modo. El problema no es sólo el desacuerdo con otros, sino la *indeterminación* de nuestras propias concepciones acerca del contenido y límites de las restricciones sustantivas que querríamos ver respetadas por cualquier regla de decisión: las formulamos en forma de principios no sólo porque a mayor vaguedad mayor posibilidad de aceptación general, sino también porque *no sabemos ser más precisos* sin correr el riesgo de comprometernos con reglas ante cuya aplicación estricta nosotros mismos retrocederíamos en circunstancias que, sin embargo, no somos capaces de establecer exhaustivamente de antemano. En suma: teóricamente, también el procedimiento de determinación es evitable; en la práctica, sin embargo, es muy reducido el conjunto de supuestos en que puede ser evitado.

Pero en lo que concierne a ese núcleo mínimo -y si además se declara inmodificable-, es posible un constitucionalismo que consista verdaderamente en la imposición de límites sustantivos a la regla de la mayoría, y no en la limitación de ésta por cualesquiera decisiones

colectivas que arroje el funcionamiento de otros procedimientos suplementarios (también falibles y carentes además de la calidad moral que ella poseería). Y entre un constitucionalismo de esa clase y el puro y simple modelo de Westminster, me parece que quien haga suyo el ideal moral del coto vedado debería preferir lo primero: porque quien entienda que ciertas decisiones no deben ser tomadas debe preferir un procedimiento que las excluya, es decir, uno que respecto a esas decisiones *no sea falible*.

Ese constitucionalismo, sin embargo, es muy débil: es sólo una pequeña parte del contenido del coto vedado la que consigue primacía sobre la legislación ordinaria –aunque, eso sí, resulte inmodificable– y en él no hay lugar para el control jurisdiccional de constitucionalidad³⁵. Respecto al resto del contenido del coto vedado –la que no se deja formular sino a través de principios– Waldron tiene razón en que se trata de elegir entre una regla estrictamente procedimental simple (la de la mayoría) y otra más compleja que resulta de constreñir el funcionamiento de ésta con límites determinables a través de otras reglas estrictamente procedimentales suplementarias. Falta por ver si son convincentes las razones que ofrece para considerar preferible la primera.

IV.2. La elección de un procedimiento: valor intrínseco y valor instrumental

La justicia de un procedimiento (del *cómo* se decide) es distinguible de la justicia de sus productos (del *qué* se decide). Desde el primer punto de vista, un procedimiento posee un mayor o menor valor *intrínseco*; desde el segundo, un mayor o menor valor *instrumental*, que dependerá de la mayor o menor probabilidad de que los productos que arroje su funcionamiento sean justos. En la argumentación de Waldron, la elección de un procedimiento está gobernada *sólo* por la comparación de sus valores intrínsecos. La de sus valores instrumentales, en cambio, queda cerrada con la afirmación –correcta– de que todos son falibles. Pero que todos lo sean no implica que lo sean *en el mismo grado*, es decir, que la probabilidad de generar productos injustos sea la misma para todos los

procedimientos. Y por tanto al elegir un procedimiento no deberíamos comparar sólo sus valores intrínsecos, sino también sus valores instrumentales.

A partir de aquí, se abren dos posibles líneas de impugnación del argumento que lleva a Waldron a considerar preferible la regla de la mayoría. La primera –más radical– niega que ésta posea el valor intrínseco que Waldron le atribuye, afirmando entonces que para la elección sólo es relevante la comparación de los valores instrumentales³⁶. La segunda no niega el valor intrínseco de la regla de la mayoría, pero sostiene que la elección de un procedimiento debe resultar de un balance entre valores intrínsecos e instrumentales³⁷.

IV.2.1 La pretensión de Waldron es que cuando las decisiones se toman de cualquier modo que no sea por mayoría (no reforzada) se violenta el derecho de los ciudadanos a la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones. Desde luego, como demostró hace tiempo Kenneth May³⁸, la regla de decisión por mayoría posee un atractivo moral difícil de discutir cuando opera *bajo ciertas condiciones*: cuando se vota de manera directa acerca de una única cuestión respecto de la cual no hay más que dos opciones. Es obvio, sin embargo, que el funcionamiento real de una democracia representativa no encaja en ese molde tan simplificado. Los cultivadores de la teoría de la elección social han analizado con detalle qué es lo que ocurre cuando se trata de decidir por mayoría acerca de cuestiones que pueden estar conectadas entre sí (en el sentido de que nuestra preferencia respecto a una está condicionada a la decisión que se adopte respecto a otra) y cada una de las cuales tiene más de dos opciones³⁹: puede no resultar vencedora la opción que, comparadas de una en una, derrotaría a cualquier otra (es decir, la llamada «ganadora de Condorcet»); o incluso puede no haber «ganadora de Condorcet», que es lo que ocurre cuando de la agregación de preferencias resultan mayorías cíclicas. Y en tales casos la decisión colectiva es «caótica», en el sentido de que lo que la determina no es el conjunto de preferencias de los votantes, la regla de decisión colectiva que las procesa y *nada más que eso*, sino la formación de coaliciones y el control de la agenda (i.e., el orden y el modo en que se someten los temas a votación).

¿Puede decirse entonces, bajo esas condiciones reales, que el procedimiento democrático posee el singular mérito moral que Waldron le atribuye?

En mi opinión, sí. El valor moral del gobierno representativo no deriva de que en la toma de *cada decisión* la opinión de cada ciudadano tenga exactamente el mismo peso que la de cualquier otro. A mi juicio deriva más bien de otros dos tipos de consideraciones: de que el representante ocupa esa posición no por su calidad, sino por la cantidad de ciudadanos ordinarios que le respaldan (y no parece haber otro sistema de selección de quienes toman de modo directo las decisiones que respete en el mismo grado el ideal del valor igual de todos)⁴⁰; y de que, con todas las limitaciones que se quiera –y que es justo reconocer–, ningún otro procedimiento asegura la misma capacidad de reacción a la mayoría de los ciudadanos frente a decisiones que desaprueba (y en ese sentido ninguno se acerca tanto como él al ideal de que sea el conjunto de los ciudadanos comunes, sobre una base igualitaria, el que tenga la última palabra). Creo, en suma, que el procedimiento democrático sí posee un valor intrínseco del que carecen –o que no poseen en el mismo grado– los demás procedimientos. Resta por ver si la consideración de sus respectivos valores instrumentales puede a pesar de todo inclinar la balanza en favor de algún otro procedimiento.

IV. 2.2. Constitucionalizar el contenido del coto vedado en forma de principios hace necesario un procedimiento de determinación. Si la determinación corresponde al propio legislador, obtenemos un modelo de constitución flexible. Si la constitución es rígida –exigiendo para su reforma mayorías reforzadas– y la determinación corresponde a jueces constitucionales, obtenemos un modelo de «constitucionalismo fuerte». Si se reconoce que éste posee menos valor intrínseco que el procedimiento democrático, para defenderlo hay que demostrar no sólo que es mayor su valor instrumental, sino también que su ventaja en este campo es lo bastante grande como para compensar su desventaja en términos de valor intrínseco.

Los defensores del constitucionalismo fuerte tienden a dar por

sentados ambos extremos. Para ello, suelen considerar suficiente la mención de algunas ideas muy comunes: que los legisladores están sometidos a importantes presiones –entre las cuales la búsqueda de la reelección no es la menor– que les hacen poco proclives a la defensa de los derechos de minorías impopulares; y que en cambio los jueces constitucionales ocupan una posición institucional que en buena medida les hace inmunes ante esa clase de presiones. Pero una ojeada a la historia del constitucionalismo comparado muestra, según creo, que las cosas no son tan simples: en ella es fácil encontrar abundantes ejemplos no sólo de encomiables frenos a leyes encaminadas a erosionar los derechos básicos, sino también de intentos de legisladores de promoverlos que resultaron abortados por decisiones retrógradas de jueces constitucionales. Ello confirma, por otra parte, lo que desde hace tiempo han advertido los politólogos: que la clase de resultados que cabe esperar que arroje una determinada regla de decisión colectiva depende de *factores contextuales*; y que por lo tanto, si se toma en cuenta sólo su valor instrumental, para diferentes condiciones sociales resultan apropiadas diferentes reglas de decisión⁴¹. Me parece, en suma, que poco puede decirse *en general* respecto al mayor o menor valor instrumental del constitucionalismo fuerte en relación con un modelo de constitución flexible: lo único que es *seguro* es su menor valor intrínseco.

V. Hacia un constitucionalismo débil

Cabría entonces preguntarse si no será posible algún diseño institucional que, a la vez que respeta el mayor valor intrínseco del procedimiento democrático –lo que implica que no sean los jueces constitucionales los que, en la práctica, tengan la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos–, aproveche las posibles ventajas instrumentales del control jurisdiccional de constitucionalidad. Y la respuesta es que ese diseño no sólo es posible, sino que, bajo fórmulas diferentes –pero creo que funcionalmente equivalentes–, existe de hecho en países como Canadá o Suecia. En Canadá el parlamento puede decidir, por la misma mayoría requerida para el procedimiento legislativo ordinario –y excepto en lo relativo a algunos derechos–, que una ley considerada

inconstitucional por el Tribunal Supremo continúa no obstante en vigor por un plazo de cinco años (susceptible de sucesivas renovaciones por el mismo procedimiento). En Suecia se consigue un resultado similar por una vía distinta: para enmendar el catálogo de derechos que goza de la protección constitucional más fuerte basta la misma mayoría necesaria para aprobar cualquier ley, aunque ha de alcanzarse en dos votaciones distintas entre las cuáles han de mediar elecciones generales y un mínimo de nueve meses.

Con los dos sistemas se alcanzan a mi juicio resultados parecidos. Los jueces constitucionales tienden a adoptar una actitud de deferencia ante el legislativo siempre que la cuestión parezca dudosa. Y cuando entienden que los argumentos en contra de la constitucionalidad de una ley son difícilmente contestables, su pronunciamiento altera significativamente los términos del debate político: porque un legislador que disienta de aquél, pero que para ejercer su derecho a decir la última palabra ha de pasar por unas elecciones –en las que, inevitablemente, la cuestión debatida se convierte en centro de atención–, asume la carga no desdeñable de contrarrestar aquellos argumentos con una justificación alternativa capaz de obtener un respaldo suficiente entre el electorado (lo que, como enseña la práctica constitucional de aquellos dos estados, se traduce habitualmente en la simple aceptación por parte del legislador de la declaración de inconstitucionalidad).

En suma: si como partidarios del ideal moral del coto vedado entendemos que *uno* de nuestros derechos es el de participar en términos igualitarios en la toma de decisiones colectivas, entonces un balance adecuado entre valores procedimentales y sustantivos recomienda a mi juicio la adopción de la clase de diseño institucional que podemos denominar «constitucionalismo débil»⁴². Ese diseño admite un núcleo –formulable en forma de reglas– irreformable; reconoce que puede haber ventajas –de tipo instrumental– en que el resto del contenido del coto vedado (sólo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional; y respecto al control jurisdiccional de constitucionalidad, puede considerarlo deseable –como mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación previa a la toma de decisiones– dependiendo

de cuál sea su ensamblaje con el resto de los componentes del sistema: porque en lo que insiste de manera decidida es en evitar que la combinación de aquél con mecanismos de reforma constitucional que exigen gravosas mayorías reforzadas prive a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa de la última palabra. Un diseño, en definitiva, lo bastante diferente de la clase de constitucionalismos a que estamos acostumbrados como para que reconsideremos seriamente si nuestras instituciones básicas son verdaderamente justificables.

Notas

¹ Vid., entre otras muchas referencias posibles, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, pp. xi, 91 y 199; Carlos Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación* (2ª edición revisada), Barcelona, Ariel, 1989, pp. 35 ss.; Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (2ª edición revisada), Roma/Bari, Laterza, 1990, pp. 899-900; John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, pp. 151, nota 16.

² Ernesto Garzón Valdés, «Representación y democracia», en E. Garzón, *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, [1989] 1993), pp. 631-650

³ No está de más recordar, incluso dejando al margen casos como el holandés o el neozelandés (en los que no hay control jurisdiccional de constitucionalidad, pero puede alegarse que tampoco supremacía en sentido estricto, sino flexibilidad constitucional), la existencia de constitucionalismos con genuina supremacía constitucional pero con controles de constitucionalidad no estrictamente jurisdiccionales, sino -como poco- semi-políticos (como el del Consejo Constitucional francés) o abiertamente políticos, ya sean internos al propio Parlamento (como el del Comité Constitucional finlandés) o externos a él (como el del Consejo de la Revolución en la Constitución portuguesa de 1976). Todo ello por no mencionar un sistema peculiar como el canadiense, al que me referiré más adelante con algún detenimiento.

⁴ Esto es efectivamente lo que ocurre en alguna crítica reciente al constitucionalismo como la de Allan Hutchinson, *Waiting for CORAF. A Critique of Law and Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1995.

⁵ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, pp. 16 ss.

⁶ Dos buenos ejemplos de esta forma de argumentación pueden encontrarse en Samuel Freeman, «Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review» en *Law and Philosophy*, 9 (1990), 327-370; y en Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996, especialmente pp. 17-18.

⁷ Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel 1996, pp. 59

⁸ Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, op. cit., pp. 2-4.

⁹ Vid. Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights» en *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), 18-51; «Freeman's Defense of Judicial Review» en *Law and Philosophy*, 13 (1994), 27-41; y «Legislation, Authority and Voting» en *Georgetown Law Journal*, 84 (1996), 2185-2214. También, en una línea muy similar, James Allan, «Bill of Rights and Judicial Power - A Liberal's Quandary» en *Oxford Journal of Legal Studies*, 16 (1996), 337-352.

¹⁰ Vid. Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», op. cit., p. 33. En el mismo sentido, Robert Dahl, *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, p. 173; y Bruce Ackerman, *We The People. Vol. I: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, p. 12.

¹¹ Jeremy Waldron, «Freeman's Defense of Judicial Review», op. cit., p. 36

¹² Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», op. cit., p. 32-33; «Freeman's Defense of Judicial Review», op. cit., pp. 32-34.

¹³ Algo que ya había sido señalado por James Fishkin «Tyranny and Democratic Theory», en Peter Laslett y James Fishkin, *Philosophy, Politics and Society. 5th series*, Oxford, Blackwell 1979, 197-226, pp. 212 ss.

¹⁴ Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», op. cit., pp. 36-38; y «Legislation, Authority and Voting», op. cit., p. 2210.

¹⁵ William Nelson, *On Justifying Democracy*, London, Routledge & Kegan Paul, 1980, p. 19; Robert Dahl, *Democracy and its Critics*, op. cit., p. 153

¹⁶ Hans Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación a cargo de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155, p. 152 [ed. Original en 1928 «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'étranger*, XXXV].

¹⁷ Douglas Rae, «Decision Rules and Individual Values in Constitutional Choice», *American Political Science Review*, 63 (1969), 40-56, p. 54; Robert Dahl, *Democracy and its Critics*, op. cit., p. 156

¹⁸ Jeremy Waldron, «Freeman's Defense of Judicial Review», op. cit., pp. 39-41.

¹⁹ Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», op. cit., pp. 50-51.

²⁰ En contra de esta conclusión suelen esgrimirse algunos argumentos típicos. Quizá el más usual es el que nos recuerda, por un lado, que la opinión de la mayoría de los ciudadanos no se refleja sin distorsiones en la de la mayoría de sus representantes; y por otro que, si de credenciales representativas se trata, en la mayoría de los sistemas los jueces constitucionales no están totalmente desprovistos de ellas (puesto que suelen ser elegidos por órganos que ostentan a su vez una representatividad de primer o de segundo grado). Pero para sostener que la última palabra sobre el contenido de los derechos no ha de corresponder al legislador no basta con alegar que las credenciales democráticas de los parlamentos son imperfectas y que las de los jueces constitucionales no son nulas: lo que habría que mostrar es que las de éstos *son mejores* o más fuertes que las de aquéllos, algo que difícilmente puede ser aceptado

Una segunda réplica relativamente usual en contra de la conclusión de Waldron es la que subraya que en la práctica nunca es cierto que los jueces constitucionales tengan la última palabra frente a la mayoría de los ciudadanos *por mucho tiempo*: porque la mayoría, incluso si es verdad que queda fuera de su alcance la reforma de la constitución, siempre puede reaccionar frente a decisiones que desapruueba controlando los nombramientos de futuros jueces constitucionales. Pero creo que hay un argumento de principio en contra de esta forma de réplica: porque no importa sólo *qué* decisión prevalece: importa también que no se demore sin justificación *el momento* en que prevalece.

²¹ Abraham Lincoln, "First Inaugural Address (March 4, 1861)" en Don E. Fehrenbacher (ed.), *Abraham Lincoln: Speeches and Writings, 1859-1865*, New York, The Library of America, 1989, p. 220.

²² Arend Lijphart, *Democracies*, New Haven, Yale University Press, 1984, p. 16 ss.

²³ Insiste en ello Robert Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956, p. 83.

²⁴ Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain*, London, Chatto & Windus, 1990, p. 36

²⁵ La distinción está inspirada en la que establece H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd. ed., P.A. Bulloch and J. Raz, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 149 entre dos sentidos en que cabe concebir la omnipotencia del parlamento.

²⁶ "Acts of parliament derogatory from the power of subsequent parliaments bind not" William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 3 vol., Londres, Dawsons of Pall Mall, [1765-1769] 1966, vol. I, p. 90.

²⁷ Bruce Ackerman, *We The People. Vol. I: Foundations*, op. cit., pp. 6-7; Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 155-157.

²⁸ Jon Elster, *Ulysses and the Sirens: Studies In Rationality and Irrationality*, Cambridge/New York, Cambridge University Press 1979; Thomas Schelling, "Ethics, Law and the Exercise of Self-Command", en S. McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values: vol. IV*, Salt Lake City, University Of Utah Press/Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 43-79 1983.

²⁹ Stephen Holmes, *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 1995, p. 135; Samuel Freeman, "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", op. cit., pp. 352-354; José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 165-167.

³⁰ El mejor exponente de esta estrategia es John Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980. Vid. también Richard Parker, «Here, the People Rule». *A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge, Mass./London, Harvard University Press, 1994, p. 106; y Gerald Gaus, *Justificatory Liberalism. An Essay on Epistemology and Political Theory*, New York, Oxford University Press, 1996, p. 284.

³¹ Vid. Lawrence Tribe, «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories», *Yale Law Journal*, 89 (1980), 1063-1080; Bruce Ackerman, «Beyond Carolene Products», *Harvard Law Review*, 98 (1985) 713-746; Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, pp. 59 ss.; Cass Sunstein, *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass./London, Harvard University Press, 1993, pp. 143-145; y sobre todo Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», op. cit., pp. 39-41, y Ferderick Schauer, «Judicial Review of the Devices of Democracy», *Columbia Law Review*, 94 (1994) 1326-1347, pp. 1335-1336 y 1343-1344.

³² H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 76

³³ Jeremy Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», op. cit., pp. 39-41

³⁴ Amy Gutmann y Dennis Thompson, «Moral Disagreement in a Democracy» en *Social Philosophy and Policy*, 12 (1995) 87-110, p. 97.

³⁵ No lo hay, como ya he explicado, como «procedimiento de determinación». Quizá cabría pensar que debería haberlo, sin embargo, como mecanismo *de garantía* (esto es, no como medio para determinar el contenido y límites de los derechos constitucionalizados -lo que por hipótesis no es necesario-, sino para hacerlos valer frente al legislador cuando éste los transgrediera). Me parece, no obstante, que hay dos razones para descartar esa

idea. La primera, que ese mecanismo sería ineficaz: cuando el límite es tan claro que resulta incontestable que se está transgrediendo, cuando el legislador lanza por tanto un desafío consciente contra el marco constitucional, es francamente improbable que vaya a frenarle un pronunciamiento jurisdiccional de inconstitucionalidad. La segunda, que además sería peligroso: porque los jueces constitucionales pueden convertir en la práctica el mero mecanismo de garantía en subrepticio «procedimiento de determinación», decidiendo que los límites claros encierran *principios implícitos* cuyo contenido les correspondería a ellos precisar (p. ej.: que la inmodificabilidad de la «forma republicana» de gobierno -art. 139 de la constitución italiana vigente- no implica sólo la imposibilidad de restaurar la monarquía, sino además la de modificar la «forma democrática de gobierno», entendiéndolo por tal algo que implica ya un núcleo de derechos básicos).

³⁶ Vid. Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, op. cit., pp. 17, 27-28 y 34.

³⁷ Vid. Robert Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, op. cit., p. 51; John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971, pp. 229-230; Robert Dahl, *Democracy and its Critics*, op. cit., pp. 191-192; Charles Beitz, *Political Equality. An Essay in Democratic Theory*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1989, pp. 99, 117; James Allan «Bill of Rights and Judicial Power - A Liberal's Quandary», op. cit., p. 351.

³⁸ Kenneth May, «A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision», *Econometrica*, 20 (1952) 680-684.

³⁹ La literatura al respecto es abundantísima. Dos buenos resúmenes pueden encontrarse en Jan-Erik Lane, *Constitutions and Political Theory*, Manchester/New York, Manchester University Press Lane, 1996, cap. 11; y Nicholas Miller, «Majority Rule and Minority Interests», en I. Shapiro y R. Hardin (eds.), *Political Order. Nomos XXXVIII*, New York/London, New York University Press, 1996.

⁴⁰ Vid. un desarrollo de esta idea en Brian Barry, «Is Democracy Special?», en Peter Laslett y James Fishkin, *Philosophy, Politics and Society. 5th series*, op. cit., 193.

⁴¹ Cfr. Brian Barry, «Is Democracy Special?», en Peter Laslett y James Fishkin, *Philosophy, Politics and Society. 5th series*, op. cit., pp. 176-185; Robert Dahl, *Democracy and its Critics*, op. cit., pp. 162, 191-192; Charles Beitz, *Political Equality. An Essay in Democratic Theory*, op. cit., p.118.

⁴² La expresión -aunque con un sentido que no es exactamente idéntico- ha sido empleada por Jan-Erik Lane, *Constitutions and Political Theory*, op. cit., pp. 261-263; y el diseño institucional que designa coincide en aspectos sustanciales con la posición defendida recientemente por Roberto Gargarella (vid. Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, op. cit.).

SOBRE EL ALCANCE DEL PRECOMPROMISO

José Juan Moreso
(Universidad Pompeu Fabra)

I. Introducción

En mi trabajo ‘Derechos y justicia procesal imperfecta’¹ presentaba una defensa de la idea con arreglo a la cual, si aceptamos una teoría de la justicia que contiene principios que establecen derechos básicos para las personas, entonces estamos comprometidos con un diseño institucional que de alguna manera atrinchere en un *coto vedado* esos derechos básicos. Esta idea era presentada de manera que pudiera enfrentar algunas críticas recientes: me referí no sólo, aunque fundamentalmente, a la posición de Jeremy Waldron², sino también a la de Juan Carlos Bayón y Roberto Gargarella. Por fortuna, Gargarella ha escrito una crítica dirigida directamente a mi trabajo y Bayón ha puesto por escrito sus ideas al respecto, ideas que hasta ahora conocíamos sólo en su versión oral.³ Juan Carlos y Roberto disponen de una agudeza mental y de una preparación filosófica admirables, pero como también son mis amigos confío en que serán condescendientes y comprenderán que en estas pocas páginas no trate de presentar una concepción totalmente articulada capaz de salir al paso de sus poderosas críticas. Mi propósito es más modesto: trataré solamente de aclarar aquellos aspectos relacionados con la idea de precompromiso, una idea que a ellos no les parece valiosa para fundamentar la protección institucional del *coto vedado* y que yo, en cambio, considero todavía útil para este propósito. Terminaré con unas reflexiones más generales acerca de la idea de primacía de la Constitución y de la justificación del control de constitucionalidad.

II. Acerca del precompromiso

Las críticas que Bayón y Gargarella dirigen al mecanismo del precompromiso entendido como una explicación y como una justificación

de aquellos diseños institucionales que atrincheran determinados aspectos para situarlos más allá de la decisión mayoritaria pueden, tal vez, ser agrupadas en las dos siguientes:

1) El problema de la *identidad*: El problema surge de una analogía entre el plano individual y el plano colectivo que, se arguye, es engañosa. La sociedad no es la misma a lo largo del tiempo y la sociedad no tiene una opinión sino muchas opiniones. Obviamente que yo no creo que la sociedad sea ninguna entidad *orgánica* ni nada parecido. Ahora bien, existe en esta crítica el presupuesto de que la identidad de los agentes individuales no es problemática y que un agente individual tiene en cada momento una sola opinión acerca de cómo debe comportarse. Es paradójico que los autores que se han ocupado del problema de la identidad individual pongan en duda precisamente este presupuesto y sostengan que el concepto de identidad individual ha de construirse mediante una analogía con el concepto de identidad de una sociedad. Hume, por ejemplo, afirmaba:⁴

I cannot compare the soul more properly to any thing than to a republic or commonwealth, in which the several members are united by the reciprocal ties of government and subordination, and give rise to other persons, which propagate the same republic in the incessant changes of its parts.

Es más, de hecho se ha sugerido que una mejor comprensión de los mecanismos de decisión racional individual se alcanzará si vemos las decisiones individuales como decisiones colectivas. T.C. Schelling⁵ por ejemplo, convencido por trabajos como el de K. Arrow⁶ de que es inútil moldear la decisión colectiva sobre nuestra teoría de la racionalidad individual, puesto que –como se sabe– las decisiones mayoritarias (dado que la unanimidad no suele estar a nuestro alcance) no reflejan siempre preferencias colectivas racionales⁷; ha sostenido que debemos aceptar la sugerencia de que los seres humanos no somos individuos racionales individuales, sino que nos parecemos más a pequeñas colectividades con sus propios conflictos. Así, por ejemplo, Susan Hurley ha desarrollado

una sugestiva teoría de la deliberación racional con el supuesto de que las formas de resolver los conflictos entre varias personas pueden servir como una vía para explorar la solución a los problemas de conflicto en la deliberación individual.⁸

En conclusión, sin entrar en el espinoso problema filosófico de la identidad, puede argumentarse que la deliberación y los mecanismos de decisión individual guardan mucha semejanza con la deliberación y los mecanismos de decisión colectiva. Dado que la pluralidad y el conflicto no sólo son un problema para las decisiones colectivas, sino también para las decisiones individuales; entonces el mecanismo del precompromiso no puede impugnarse en el caso de las primeras y justificarse en el caso de las segundas. La fortuna del mecanismo del precompromiso como un instrumento de alcanzar decisiones racionales depende de su capacidad, tanto en las decisiones individuales como en las colectivas, de mediar de manera consistente y razonable con la pluralidad y el conflicto.

2) Tanto Bayón como Gargarella señalan acertadamente que, en los casos como el de Ulises, el precompromiso está justificado porque se supone que el yo que ata a su yo sucesivo es un agente con mayor lucidez, con mayor calidad deliberativa, una especie de Ulises sobrio atando las manos a los posibles Ulises ebrios. Y añaden que, en los casos de decisiones colectivas, no puede presuponerse que en los momentos constitucionales se tomen decisiones más lúcidas que en los momentos de política ordinaria (diciéndolo con la terminología de Ackerman)⁹.

Quiero aclarar de entrada que el mecanismo del precompromiso es sólo un instrumento. El precompromiso tiende a asegurar decisiones acertadas en la medida en que lo que el mecanismo protege es algo digno de protegerse. Ello ocurre tanto en las decisiones individuales como en las decisiones colectivas. Así, la persona que ordenara a su banco que retiren cada mes de sus ingresos una cantidad determinada y la entreguen a un comercio de bebidas alcohólicas para que éste le suministre una botella de whisky al día con el fin de consumirla él sólo por la noche, estaría atándose las manos por un objetivo que, la mayoría de nosotros,

consideramos disvalioso. De la misma forma, si una Constitución contuviera una disposición conforme a la cual determinados delitos deben ser castigados siempre con la pena de muerte, este mecanismo de precompromiso atrincheraría una decisión que, muchos de nosotros, consideramos inmoral. La calidad de una decisión constitucional no depende de que esté atrincherada sino de su acuerdo con los principios de justicia.

Por otra parte, pueden distinguirse dos sentidos en que el mecanismo de precompromiso puede ser útil y que requieren distintas justificaciones:

a) El precompromiso como mecanismo para alcanzar resultados adecuados: La teoría de la racionalidad aplicada a los agentes individuales contempla, a menudo, el precompromiso como un mecanismo que trata de evitar que un yo futuro, ante problemas como el producido por la debilidad de voluntad u otros, frustré los deseos de alcanzar determinados resultados del yo actual. En este supuesto se precisa ciertamente que la decisión del yo actual vaya precedida de mayor calidad deliberativa que la del yo futuro al que se pretende controlar. Así nos parece que ocurre en el supuesto de la persona que prevé una velada en la que beberá una cantidad de vino que dificultará su conducción y entrega las llaves de su coche a un amigo abstemio. Entonces, es necesario que, en los casos de decisiones colectivas, mostremos que las decisiones constitucionales van precedidas de mayor calidad deliberativa que las decisiones de política normal. Obviamente que los procesos constituyentes son distintos en cada país y cada época y su calidad deliberativa es una cuestión contingente. Pero, tal vez, la mayor calidad deliberativa no haya que buscarla en cómo se toma la decisión, sino en sobre qué se toma la decisión. Habitualmente, las decisiones constitucionales reflejan acuerdos sobre cuestiones genéricas, sobre *conceptos* y no sobre *concepciones*. Es plausible pensar que, al menos, sobre algunas de estas cuestiones haya un acuerdo muy amplio. Así, en sociedades como la española, hay un acuerdo amplio sobre la adecuación de preservar la libertad religiosa. Este acuerdo puede verse sustantivamente reducido, si preguntamos sobre la adecuación de prohibir las actividades de una determinada confesión religiosa que induce

con su doctrina y predicación al suicidio a sus miembros. Con todo, atrincherar la libertad religiosa puede servir como muralla para evitar que una mayoría (debilitada su lucidez por lo que ocurre con las actividades de dicha confesión) legisle prohibiendo las actividades no sólo de la confesión que induce al suicidio a sus miembros (lo que, en determinadas condiciones, me parece razonable), sino de todas aquellas confesiones semejantes a la primera en algunos aspectos (aunque no induzcan al suicidio).

Lo que me lleva a otra cuestión conectada con la anterior, a menudo Bayón y Gargarella (y también Waldron) argumentan como si todas las cuestiones acerca de los derechos básicos fueran igualmente controvertidas en nuestras sociedades. Si ello fuera así, es obvio que no habría forma de articular una teoría de la justicia que sirviera como fundamento de nuestro diseño institucional. Al no haber acuerdo sobre nada, la regla de la mayoría sería el único instrumento para preservar los derechos de participación de todos. Sin embargo, si no hubiera acuerdo sobre nada, no sé porque debería haber acuerdo sobre que todos deben tener derecho a participar. Y si, en cambio, se reconoce que hay acuerdo en el derecho de todos a participar (un acuerdo genérico, tampoco hay acuerdo en los detalles) no veo porqué no se reconoce que también hay acuerdo en otras cuestiones.¹⁰

b) El precompromiso como mecanismo de evitación: Algunas veces el mecanismo del precompromiso puede usarse no con la intención de alcanzar resultados adecuados, sino con la intención de evitar los peligros de un exceso de deliberación o de una deliberación muy conflictiva. Mientras el precompromiso como mecanismo para alcanzar resultados adecuados parte de la idea que se prefiere que suceda A a que suceda no-A y se trata de evitar que un yo futuro elija no-A, el precompromiso como mecanismo de evitación puede ser indiferente entre varias alternativas, pero se intenta que una de ellas prevalezca sobre las otras para evitar un exceso de deliberación y de conflicto. Así, por ejemplo, ante la necesidad de lavar la ropa en la lavadora una vez a la semana, un agente puede elegir entre muchas alternativas, pero puede ser razonable hacer que una de ellas se convierta en un curso de acción sobresaliente:

tal vez destinar a ello los sábados por la mañana. Una vez tomada esta decisión, el agente puede precomprometerse –e.g. reservando todos los sábados por la mañana de su agenda o de cualquier otra manera– con el fin de evitarse los *costes* de deliberación semanales acerca de cuándo sería mejor lavar su ropa.

Me parece que en las decisiones colectivas pueden darse situaciones semejantes. Por ejemplo, la Constitución española (en el art. 68.1) establece que el Congreso de los Diputados estará compuesto por un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, no hay –creo– un número de Diputados que podamos considerar más adecuado; pero apartar esta cuestión de la agenda política normal puede justificarse en el deseo de impedir que la confrontación legislativa se extienda en luchas estériles para los intereses de los ciudadanos. Tal vez, así pueda también justificarse la constitucionalización de un sistema electoral determinado (mayoritario o proporcional) y algunos otros aspectos de la estructura institucional.¹¹

En resumen, tanto el precompromiso como mecanismo para alcanzar resultados adecuados (en el caso de las decisiones colectivas, para alcanzar resultados de acuerdo con los principios de justicia), como el precompromiso como mecanismo de evitación consiguen apartar determinadas cuestiones de la agenda política cotidiana, pero es importante distinguir entre ellos porque las razones que los justifican son diferentes.¹²

III. Primacía de la Constitución, Control de Constitucionalidad y deferencia al legislador

Terminaré planteando tres cuestiones (lexicográficamente ordenadas, en el sentido siguiente: sólo una respuesta afirmativa a la anterior otorga sentido a la siguiente), con la esperanza de que esta forma de presentar la cuestión esclarezca la zona tanto de acuerdo como de desacuerdo entre las posiciones de Bayón y Gargarella y la mía propia:

1) ¿Está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?

2) ¿Está justificado establecer un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes ordinarias?

3) ¿Qué grado de deferencia han de tener estos órganos jurisdiccionales ante las decisiones legislativas?

1) Como resultará obvio mi respuesta a la primera cuestión es afirmativa. Sin embargo, creo que –a diferencia de una defensa absoluta del modelo de Westminster como la de Waldron–, también Bayón y Gargarella responderían afirmativamente a esta cuestión. Bayón arguye ahora en defensa de lo que denomina ‘constitucionalismo débil’. Se trata de un modelo que reconoce a los procedimientos democráticos (de regla de la mayoría) mayor valor intrínseco que a cualesquiera otros, pero que argumenta que este valor intrínseco debe hacerse compatible con su valor instrumental: la mayor o menor probabilidad de alcanzar resultados justos. Un modelo como el existente en países como Canadá y Suecia, modelos constitucionales de rigidez muy leve; pero, al fin y al cabo, modelos que reconocen la primacía de la Constitución. Algo semejante ocurre con Gargarella, en su opinión el ideal de democracia deliberativa por el que se inclina no es incompatible con técnicas constitucionales como la canadiense.¹³

2) A lo que Bayón y Gargarella se oponen claramente es al establecimiento de un control jurisdiccional de constitucionalidad. Ambos argumentan que confiar en los jueces el control de cuándo se ha violado el coto vedado constitucionalmente protegido, es contrario a nuestros ideales democráticos. Básicamente creen que es así porque dado que las declaraciones de derechos son establecidas por principios extraordinariamente abiertos, entonces queda expedita lo que Gargarella ha denominado ‘la brecha interpretativa’,¹⁴ son los jueces los que acaban

determinando cuál es el alcance de los derechos y no los ciudadanos o sus representantes. Bayón añade, en este punto, otra crítica a la idea de precompromiso: esto no es atarse las manos uno mismo, sino ponerse en manos del juicio de otros. Antes de nada quiero reconocer los límites del precompromiso también en el ámbito de la racionalidad individual: puede que una persona, previendo que va a beber en exceso, entregue las llaves a su amigo abstemio, puede ser que esta persona acabe bebiendo muy poco esa noche y que su amigo abandone esa noche su ancestral sobriedad y se resista a devolverle las llaves del coche, si esto ocurre el mecanismo fracasa estrepitosamente (tal vez, algunos ejemplos de control de constitucionalidad por los Tribunales ejemplifiquen casos de este tipo en el nivel de la racionalidad colectiva: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Lochner vs. New York*, por ejemplo). Casi nunca el mecanismo del precompromiso es un mecanismo causal totalmente independiente de la voluntad (tampoco en la racionalidad individual: un ejemplo clásico como es el de situar el despertador en la habitación contigua, siempre puede hallar una persona que se levante lo desconecte y vuelva a la cama para seguir durmiendo), es sólo un mecanismo que, *normalmente*, tiene éxito, que aumenta las probabilidades de alcanzar el éxito en circunstancias normales. Por eso, yo sostendría que la segunda pregunta debe tener una respuesta más matizada que la primera: la adecuación del control de constitucionalidad depende de circunstancias contingentes, de la cultura política a la que ese mecanismo se incorpora, por ejemplo.

Un último comentario, antes de pasar a la tercera cuestión, referido a lo que Bayón denomina ‘procedimiento de determinación’. Es cierto que, habitualmente, los derechos son establecidos en forma de principios y que sus límites son imprecisos. Como Bayón nos recuerda, no es igual prohibirle al legislador que establezca la pena de muerte que prohibirle que establezca penas que comporten tratos inhumanos y degradantes. Por esta razón, como es sabido, Kelsen defendía una Constitución de detalle (no de principios), que evitara la excesiva discrecionalidad del órgano de control.¹⁵ Creo, sin embargo, que la incuestionable naturaleza abierta de los principios no conlleva que, en todos los casos, el proceso de determinación sea controvertido. Ello significaría que los conceptos contenidos en los principios no tienen casos claros de aplicación. Por el

contrario, creo que incluso los denominados ‘conceptos esencialmente controvertidos’ disponen de casos de aplicación clara, disponen de paradigmas que ejemplifican su uso (aunque los criterios de uso sean controvertidos). *Excelente jugador de fútbol, soneto profundo o pintura metafísica* son, seguramente, buenos candidatos a conceptos esencialmente controvertidos y los criterios de uso de estos conceptos son múltiples y disputados. Sin embargo, las concepciones que no atribuyan la cualidad de buen jugador de fútbol a Pelé, o de soneto profundo a alguno de los sonetos de Shakespeare, o de pintura metafísica a alguno de los cuadros de Giorgio de Chirico, pueden ser tildadas de concepciones equivocadas. Por lo tanto, el necesario procedimiento de determinación no conlleva que todos los casos queden en manos de la discrecionalidad de los jueces (aunque, es obvio, los jueces pueden equivocarse). Parafraseando a Frege, podemos decir que un concepto esencialmente controvertido sin casos claros de aplicación no es un concepto.¹⁶

3) Si suponemos que en algunas culturas políticas, el mecanismo de control de constitucionalidad puede expresar adecuadamente el compromiso entre el valor intrínseco de los procedimientos y el valor instrumental de los procedimientos, todavía queda por resolver la cuestión de cuál debe ser el grado de deferencia del órgano encargado del control hacia el legislador, dicho de otro modo cuál debe ser el grado de presunción de constitucionalidad de las decisiones legislativas.¹⁷ Insistiría en este punto en distinguir entre *casos claros* y *casos difíciles* -aunque acepto que la distinción puede ser gradual-. Lo diré con una especie de fórmula susceptible de relacionar la claridad de un caso con la deferencia: *la deferencia del órgano jurisdiccional de control de la constitucionalidad debe ir en relación inversa a la claridad del caso enjuiciado.*

Acabaré con una reflexión que ya se halla en mi texto, pero sobre la que deseo insistir: a menudo los órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad no deciden contramayoritariamente, sino que tratan de determinar cuál debe ser el derecho vencedor en un caso de conflicto de derechos constitucionales (así ocurre muy a menudo con el recurso de amparo en sistemas constitucionales como el español). Esta es una

función claramente jurisdiccional y sea el caso fácil o difícil no tienen ninguna decisión a la que mostrar deferencia (como no fuere a las suyas anteriores). Tomar conciencia de la importancia de esta cuestión y, por lo tanto, de la importancia de este aspecto del control de constitucionalidad –subrayado por muchos–¹⁸ me parece una cuestión muy relevante. Sin embargo, mi propia posición al respecto deberá aguardar a otra ocasión.

Notas

¹En este mismo volumen.

²Jeremy Waldron, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights' en *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), 18-51.

³Ambas contribuciones aparecen también en este número. Aunque en un contexto de discusión diferente a éste, Bayón había presentado algunas de sus ideas en Juan Carlos Bayón, 'Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional' en *Jueces para la democracia*, 27 (noviembre/1996),41-49.

⁴David Hume, *A Treatise of Human Nature*, [1739-1740], ed. L.A. Selby -Bigge, Oxford: Oxford University Press, 19782, Book I, Part IV, Section VI, p. 261. También Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 209-217 con especial referencia a la analogía de Hume.

⁵Thomas C. Schelling, 'Ethics, Law and the Exercise of Self-Command' en *Choice and Consequence. Perspectives of An Errant Economist*, Cambridge, Mass.; Harvard University Press, p. 93.

⁶Kenneth J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, New Haven: Yale University Press, 1963.

⁷Por cierto, aunque no puedo detenerme en ello aquí, frente a problemas como el teorema de imposibilidad de Arrow o la paradoja liberal de Sen (Amartya Sen, 'The Impossibility of Paretian Liberal' en *Journal of Political Economy*, 78 (1970), 99.152-157 y *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, Holden-Day, 1979, cap. VI y también Harmut Kliemt, 'Acerca de la coherencia de un liberalismo individualista estricto' en Ernesto Garzón Valdés (ed.), *Derecho y filosofía*, Barcelona: Alfa, 1985) el modelo de democracia-regla de la mayoría sin restricciones carece, al parecer, de soluciones. En cambio, la idea de primacía de la Constitución y de atrincheramiento de un coto vedado puede tal vez constituir un inicio de salida al problema. Para esta idea aplicada a la resolución de la paradoja liberal vd. Ricardo Caracciolo, 'Derecho y decisiones colectivas' en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10 (1991), 25-48.

⁸Susan Hurley, *Natural Reasons*, Oxford: Oxford University Press, 1989, pp. 226-231.

⁹Vd. Bruce Ackerman, 'The Storrs Lectures: Discovering the Constitution' en *Yale Law Journal*, 93 (1984), p. 1029.

¹⁰Esta cuestión nos llevaría, en último término, al problema del conocimiento moral. No puedo detenerme aquí en esta importante cuestión filosófica pero deseo añadir que posiciones antirrealistas en materia moral no son necesariamente incompatibles con la admisión de la posibilidad de cierto conocimiento en materia moral. Un conocimiento que pueden proporcionar aquellos juicios morales que contienen conceptos densos (*thick concepts*), conceptos como los expresados por términos como 'cruel', 'degradante', etc. que son los que aparecen en las declaraciones de derechos atrincheradas constitucionalmente y no conceptos ligeros (*thin concepts*), como los expresados por términos como 'bueno' o 'correcto'. Vd. para este punto, el cap. 8 de Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, Fontana Press, 1985.

¹¹Quizás así pueda también justificarse la decisión de que la Constitución deje en manos de un Banco Central determinados aspectos de la política monetaria. Creo que este tipo

de precompromiso es el que tiene en mente Stephen Holmes en 'Gag Rules or the Politics of Omission' en Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 19-58. Sin embargo, este mecanismo tiene límites –no está justificado usarlo cuando las alternativas no son indiferentes, porque entonces no puede elegirse cualquiera de ellas, la política de la omisión no debe transformarse en la política de la injusticia–. Me parece que algunos de los ejemplos de Holmes traspasan este límite (así cuando justifica de este modo determinada autocensura que la Cámara de Representantes de los Estados Unidos se impuso a sí misma en 1836 acerca de la esclavitud). En la discusión que siguió a mi exposición (en San Remo, junio de 1997) de 'Derechos y democracia procesal imperfecta' yo mismo traspasé este límite: puse como ejemplo de mecanismo de evitación (de evitación de una polémica entre Monarquía y República, que había atenuado la política española por más de cien años), la constitucionalización de la Monarquía en el texto constitucional de 1978. Francisco Laporta me hizo dar cuenta de que el ejemplo no era bueno: suponía algo más que discutible, que la Monarquía y la República constituyen alternativas indiferentes.

¹² Curiosamente los dos tipos de precompromiso que se consideran justificados, guardan cierta analogía con los dos argumentos que, según Raz, justifican la autoridad: el argumento de la pericia (*expertise*) y el argumento de la coordinación. Véase Joseph Raz, 'The Justification of Authority' en *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 38-69 y una clara exposición de estos argumentos, una presentación de la discusión que han generado y una evaluación crítica de ellos en Juan Carlos Bayón, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 645-691. Desafortunadamente no puedo aquí perseguir las consecuencias conceptuales de esta analogía.

¹³ Véanse, caps. 6 y 7 de Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996. Deseo añadir, sin embargo, que uno de los argumentos de Gargarella –siguiendo a Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 697-700– acerca de los límites de la legitimidad democrática (y de las decisiones justificadas por la regla de la mayoría) me produce perplejidad: se trata del límite fijado por la moral privada autorreferente. Pues, como el mismo Gargarella reconoce, una de las cuestiones más controvertidas en nuestra cultura política es la de la distinción entre moral privada y moral pública. Gargarella (p. 168) sostiene: 'La idea, en principio, sería que en las cuestiones de moral privada... ni las autoridades políticas ni los jueces deben tener poder de injerencia'. Aquí volvemos a estar como al principio: hay un coto vedado (el de la moral privada), pero ¿quién lo protege?

¹⁴ Roberto Gargarella, cit. En nota 13, p. 59 y ss.

¹⁵ Vd. Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* [1931], trad. de R.J. Brie, Madrid, Tecnos, 1925, pp. 34-37 y nota 11.

¹⁶ La frase de Frege es mucho más estricta de lo que ahora –que todos somos más o menos *wittgenstenianos*– estamos dispuestos a aceptar: 'Un concepto que no está precisamente definido es erróneamente denominado un concepto'. Gottlob Frege, *Selections from the Philosophical Writings of Gottlob Frege*, trad. de P. Geach y M. Black, Oxford, Basil Blackwell, 1970, p. 150.

¹⁷ Este es el tema que aborda Víctor Ferrerres Comella en *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. En el capítulo 6 de este libro el lector encontrará interesantes reflexiones sobre la graduación de la fuerza de la presunción de constitucionalidad de las decisiones legislativas.

¹⁸Vd., e.g., Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, [1986], trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 89-97.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, BRUCE A:

- ↑ 'The Storrs Lectures: Discovering the Constitution' en *Yale Law Journal*, 93 (1984)
- ↑ 'Beyond Carolene Products' en *Harvard Law Review*, 98 (1985), 713-746.
- ↑ 'Constitutional Politics/Constitutional Law' en *Yale Law Journal*, 99 (1989).
- ↑ *We The People. Vol. I: Foundations* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991)

ACKERMAN, BRUCE Y ROSENKRANTZ, CARLOS:

- ↑ 'Tres concepciones de la democracia constitucional' en *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)

ALEXY, ROBERT:

- ↑ *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993)

ALLAN, JAMES:

- ↑ 'Bill of Rights and Judicial Power- A Liberal's Quandary' en *Oxford Journal of Legal Studies*, 16 (1996), 337-352.

ARROW, KENNETH J.:

- ↑ *Social Choice and Individual Values* (New Haven: Yale University Press, 1963)

BARRY, BRIAN:

↑ 'Is Democracy Special?', en Peter Laslett y James Fishkin (1979), 155-196.

BAYÓN, JUAN CARLOS:

↑ *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991)

↑ 'Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional' en *Jueces para la democracia*, 27 (noviembre/ 1996), 41-49.

↑ 'Derechos, democracia y constitución' Manuscrito. Ponencia inédita presentada en una conferencia el 26 de agosto de 1996 en la Universidad de Palermo, Buenos Aires (Argentina)

BEITZ, CHARLES R:

↑ *Political Equality. An Essay in Democratic Theory*, (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1989).

BENTHAM, JEREMY:

↑ 'Anarchical Fallacies', en *The Works of Jeremy Bentham*, vol. II, John Bowring (ed.) (Edinburgo: William Tait, 1838-1843)

↑ 'Pannomial Fragments' en Jeremy Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. III, John Bowring (ed.) (Edinburgo: William Tait, 1838-1843)

↑ 'Supply without Burden; or Escheat vice Taxation' en Jeremy Bentham, *Economic Writings*, vol. I, William Stark (ed.) (Londres: George Allen & Unwin, 1952-1954)

BICKEL, ALEXANDER M.:

↑ *The Least Dangerous Branch* (New Haven: Yale University Press, 1962)

BLACKSTONE, WILLIAM:

↑ *Commentaries on the Laws of England*, 3 vol. (Londres, Dawsons of Pall Mall, ([1765-1769] 1966).

BULYGIN, EUGENIO:

- ↑ 'Sobre el status ontológico de los derechos humanos' en *Doxa*, 4 (1987)

BURKE, EDMUND:

- ↑ *Reflections on the Revolution in France*, Conor C. O'Brien (ed.) (Harmondsworth: Penguin, 1969)

BUTLER, ANDREW S.:

- ↑ 'The Bill of Rights Debate: Why the New Zealand Bill of Rights Act 1990 is a Bad Model for Britain' en *Oxford Journal of Legal Studies*, 17 (1997), 323-345..

CARACCILO, RICARDO:

- ↑ 'Derecho y decisiones colectivas' en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10 (1991)

DAHL, ROBERT A.:

- ↑ *A Preface to Democratic Theory*, (Chicago: University of Chicago Press, 1956).
- ↑ *Democracy and Its Critics* (New Haven: Yale University Press, 1989)

DWORKIN, RONALD:

- ↑ *Taking Rights Seriously* (Londres: Duckworth, 1977).
- ↑ *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985).
- ↑ *Law's Empire* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986)
- ↑ *A Bill of Rights for Britain* (Londres, Chatto & Windus, 1990).
- ↑ *Life's Dominion* (Londres, Harper Collins, 1993)
- ↑ *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996)

ELSTER, JON:

↑ *Ulysses and the Sirens: Studies In Rationality and Irrationality* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979)

ELY, JOHN H.:

↑ *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980)

FERRAJOLI, LUIGI:

↑ *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2ª edición revisada (Roma/Bari: Laterza, 1990)

FERRERES COMELLA, VÍCTOR:

↑ *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997)

FISHKIN, JAMES:

↑ "Tyranny and Democratic Theory", en Peter Laslett y James Fishkin, *Philosophy, Politics and Society. 5th series* (Oxford: Blackwell, 1979)

FREEMAN, SAMUEL:

↑ 'Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review', *Law and Philosophy*, 9 (1990)..

FREGE, GOTTLIB:

↑ *Selections from the Philosophical Writings of Gottlob Frege*, trad. de P. Geach y M. Black, (Oxford: Basil Blackwell, 1970)

GALLIE, W. .B:

↑ 'Essentially Contested Concepts' en *Proceedings of Aristotelian Society*, 56 (1955-1956)

GARGARELLA, ROBERTO:

- ↑ *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, (Barcelona: Ariel, 1996)

GARZON VALDES, ERNESTO:

- ↑ 'Representación y democracia' en Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, Ética y Política*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993)

GAUS, GERALD F.:

- ↑ *Justificatory Liberalism. An Essay on Epistemology and Political Theory* (Oxford/New York:, Oxford University Press, 1996).

GUASTINI, RICARDO:

- ↑ 'Diritti' en *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto* (Torino: Giappichelli, 1996)

GUTMANN, AMY y THOMPSON, DENNIS:

- ↑ 'Moral Disagreement in a Democracy', *Social Philosophy and Policy*, 12 (1995)

HART, HERBERT L. A.:

- ↑ *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1961)
- ↑ 'Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill' en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1982)
- ↑ 'Are there Any Natural Rights' en Jeremy Waldron, *Theories of Rights*, Jeremy Waldron, editor (Oxford: Oxford University Press, 1984)
- ↑ *The Concept of Law*, 2nd. ed., P.A. Bulloch and J. Raz (Oxford: Oxford University Press, 1994)

HOHFELD, WESLEY N:

- ↑ *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (New

Haven: Yale University Press, 1919)

HOLMES, STEPHEN:

- ↑↑ 'Precommitment and the Paradox of Democracy' en Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988)
- ↑↑ *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy* (Chicago: University of Chicago Press, 1995)
- ↑↑ 'Gag Rules or the Politics of Omission' en Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988)

HUME, DAVID:

- ↑↑ *A Treatise of Human Nature*, L.A. Selby-Bigge (ed.) (Oxford: Oxford University Press, 1978)

HUTCHINSON, ALLAN C.:

- ↑↑ *Waiting for CORAF. A Critique of Law and Rights* (Toronto: University of Toronto Press, 1995)

HURLEY, SUSAN:

- ↑↑ *Natural Reasons* (Oxford: Oxford University Press, 1989).

KANT, IMMANUEL:

- ↑↑ *La metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina Ors y J. Conill Sancho (Madrid: Tecnos, 1989)

KELSEN, HANS:

- ↑↑ ([1928] 1988): «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación a cargo de J. Ruiz Manero, Madrid,

Debate, pp. 109-155 [ed. original: «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'étranger*, XXXV].

- ↑ *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* trad. de R.J. Brie (Madrid: Tecnos, 1925)

KLIEMT, HARTMUT:

- ↑ 'Acerca de la coherencia de un liberalismo individualista estricto' en Ernesto Garzón Valdés (ed.), *Derecho y filosofía*, trad. de C. De Santiago (Barcelona: Alfa, 1985)

LANE, JAN-ERIK:

- ↑ *Constitutions and Political Theory* (Manchester/New York: Manchester University Press, 1996)

LAPORTA, FRANCISCO J:

- ↑ 'Sobre el concepto de derechos humanos' en *Doxa*, 4 (1987), 23-46.
- ↑ 'Acotaciones del trampolín: Respuesta a Roberto Vernengo' en *Doxa*, 7 (1990)

LASLETT, PETER y FISHKIN, JAMES:

- ↑ *Philosophy, Politics and Society. 5th series* (Oxford: Blackwell, 1979)

LIJPHART, AREND:

- ↑ *Democracies* (New Haven, Yale University Press, 1984)

LINCOLN, ABRAHAM:

- ↑ "First Inaugural Address (March 4, 1861)", en Don E. Fehrenbacher (ed.), *Abraham Lincoln: Speeches and Writings, 1859-1865* (New York, The Library of America, ([1861] 1989)

LYONS, DAVID:

- ↑↑ 'Rights, Claimants, and Beneficiaries' en *American Philosophical Quarterly*, 6 (1969)

MACCORMICK, NEIL:

- ↑↑ 'Legal Rights' en P.M.S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart* (Oxford: Oxford University Press, 1978)

MACINTYRE, ALASDAIR:

- ↑↑ *After Virtue* (Notre Dame: University of Notre Dame, 1984)

MACKIE, J.L.:

- ↑↑ *Ethics. Inventing Right and Wrong* (Harmondsworth: Penguin, 1977)
↑↑ 'Can There Be A Right-Based Moral Theory?' en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1984)

MARX, KARL:

- ↑↑ 'On the Jewish Question' en *Karl Marx: Selected Writings*, David McLellan (ed.) (Oxford: Oxford University Press, 1977)

MAY, KENNETH:

- ↑↑ "A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision", *Econometrica*, 20 (1952) 680-684.

MILL, JOHN STUART:

- ↑↑ *Utilitarianism* en *Collected Works of John Stuart Mill, vol 10*, J.M Robson (ed.) (Toronto: University of Toronto Press, 1969)

MILLER, NICHOLAS R.:

- ↑↑ 'Majority Rule and Minority Interests', en I. Shapiro y R. Hardin (eds.),

Political Order. Nomos XXXVIII (New York/Londres: New York University Press, 1996)

MORESO, JOSÉ JUAN:

↑ *La teoría del Derecho de Bentham* (Barcelona: P.P.U., 1992)

↑ *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997)

NELSON, WILLIAM N.:

↑ *On Justifying Democracy* (Londres, Routledge & Kegan Paul, 1980)

NINO, CARLOS S.:

↑ *Ética y Derechos Humanos Un ensayo de fundamentación* (Barcelona: Ariel, 1989)

↑ 'La filosofía del control judicial de constitucionalidad' en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4 (1989)

↑ 'Sobre los derechos morales' en *Doxa*, 7(1990)

↑ *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 1992)

PARFIT, DEREK:

↑ *Reasons and Persons* (Oxford: Oxford University Press, 1984)

PARKER, RICHARD D.:

↑ *"Here, the People Rule". A Constitutional Populist Manifesto* (Cambridge, Mass./London, Harvard University Press, 1994)

RAE, DOUGLAS W.:

↑ 'Decision Rules and Individual Values in Constitutional Choice', *American Political Science Review*, 63 (1969) 40-56

RAWLS, JOHN:

- ↑↑ *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971)
- ↑↑ *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993)

RAZ, JOSEPH:

- ↑↑ *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1986)
- ↑↑ 'Rights and Politics' en *Indiana Law Journal*, 71 (1995)

ROSS, ALF:

- ↑↑ *On Law and Justice* (Londres, Stevens & Sons, 1958)

SANDEL, MICHAEL:

- ↑↑ *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 1982)

SCHAUER, FREDERICK:

- ↑↑ 'Judicial Review of the Devices of Democracy', *Columbia Law Review*, 94 (1994) 1326-1347

SCHELLING, THOMAS C:

- ↑↑ 'Ethics, Law and the Exercise of Self-Command', en S. McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values: vol. IV* (Salt Lake City: University Of Utah Press/Cambridge, Cambridge University Press, 1983)
- ↑↑ 'Ethics, Law and the Exercise of Self-Command' en *Choice and Consequence. Perspectives of An Errant Economist* (Cambridge, Mass.; Harvard University Press, 1984)

SEN, AMARTYA:

- ↑↑ 'The Impossibility of Paretian Liberal' en *Journal of Political Economy*, 78 (1970) *Collective Choice and Social Welfare* (San Francisco: Holden-Day, 1979)

SUMNER, L. W.:

↑ *The Moral Foundation of Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1987)

SUNSTEIN, CASS R.:

↑ *The Partial Constitution* (Cambridge, Mass./Londres: Harvard University Press, 1993)

TAYLOR, CHARLES:

↑ *Sources of the Self* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989)

TRIBE, LAURENCE H.:

↑ 'The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories' en *Yale Law Journal*, 89 (1980)

VERNENGO, ROBERTO J:

↑ 'Los derechos humanos como razones morales justificatorias' en *Doxa*, 7 (1990)

WALDRON, JEREMY:

↑ *Theories of Rights*, Jeremy Waldron, editor (Oxford: Oxford University Press, 1984)

↑ *Nonsense upon Stilts. Bentham, Burke and Marx of the Rights of Man*, Jeremy Waldron editor (Londres: Methuen, 1987)

↑ 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993) 18-51.

↑ 'Freeman's Defense of Judicial Review', *Law and Philosophy*, 13 (1994) 27-41.

↑ 'Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues' en *California Law Review*, 82 (1994)

↑ 'Legislation, Authority and Voting', *Georgetown Law Journal*, 84 (1996) 2185-2214.

WALZER, MICHAEL:

↑ *Spheres of Justice* (New York: Basic Books, 1983)

WILLIAMS, BERNARD:

↑ *Ethics and the Limits of Philosophy* (Londres, Fontana Press, 1985)

ZAGREBELSKY, GUSTAVO:

↑ *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia* (Turín: Einaudi, 1992)