

JEREMY WALDRON

**DERECHO
Y
DESACUERDOS**

Traducción de
José Luis Martí y
Águeda Quiroga

Estudio preliminar de
Roberto Gargarella y
José Luis Martí

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2005 BARCELONA

ÍNDICE

	Pág.
ESTUDIO PRELIMINAR. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE JEREMY WALDRON: CONVIVIR ENTRE DESACUERDOS.....	XIII
1. INTRODUCCIÓN.....	XIII
2. DESACUERDOS PROFUNDOS Y DERECHOS.....	XV
3. LA CRÍTICA AL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	XXVII
4. LA DEFENSA DEL PARLAMENTO Y LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DE WALDRON.....	XXXII
5. TEORÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA: EL POSITIVISMO NORMATIVO.....	XLI
BIBLIOGRAFÍA.....	XLIV
AGRADECIMIENTOS	3
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	7
1. DOS TAREAS PARA LA FILOSOFÍA POLÍTICA.....	7
2. TEORÍA ESPECIAL DEL DERECHO.....	10
3. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	13
4. EL «OSCURO SECRETO» DE ROBERTO UNGER.....	15
5. DERECHOS Y CONSTITUCIONALISMO	18

PRIMERA PARTE	
UNA TEORÍA JURÍDICA DE LA LEGISLACIÓN	
CAPÍTULO II. LOS PARLAMENTOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.	29
1. UN CONSEJO PARA LEGISLADORES.....	29
2. TRES CUESTIONES	33
3. ESTRUCTURA Y ESCEPTICISMO.....	37
4. POSITIVISMO JURÍDICO.....	43
5. EL MODELO UNITARIO.....	54
6. LAS PRETENSIONES DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	58
 CAPÍTULO III. LA LEGISLACIÓN DE LA ASAMBLEA	 61
1. NÚMEROS	61
2. «UNA MULTITUD CIEGA»	63
3. DEMOCRACIA.....	66
4. LEGISLACIÓN Y COSTUMBRE	68
5. <i>LEX TERRAE</i> : LA LEY DEL TERRITORIO	69
6. BARTOLO Y « <i>PARIS POTENTIAE</i> »	74
7. LA LEGISLACIÓN, ANTIGUA Y MODERNA.....	81
 CAPÍTULO IV. TEXTO Y POLIFONÍA.....	 85
1. «TERTULIAS».....	85
2. DIVERSIDAD	89
3. REGLAS DE PROCEDIMIENTO	92
4. EL TEXTO RESULTANTE	95
5. PALABRAS Y SIGNIFICADOS.....	100
6. TEXTO Y AUTORIDAD	101
 CAPÍTULO V. LEGISLACIÓN, AUTORIDAD Y VOTO	 107
1. ¿ES ARBITRARIA LA VOTACIÓN?	107
2. «DEMOCRACIA DELIBERATIVA».....	111
3. POSITIVISMO JURÍDICO.....	113
4. EL ARGUMENTO DE RAZ.....	116

	<u>Pág.</u>
5. EL MODELO DE LA ASAMBLEA <i>VERSUS</i> EL MODELO DEL LEGISLADOR ÚNICO.....	117
6. AUTORIDAD Y RESPETO.....	120
7. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA POLÍTICA.....	123
8. CONFLICTO Y COORDINACIÓN.....	124
9. DESACUERDOS	127
10. ¿UN MERO TECNICISMO?.....	129
11. RESPETAR A MILLONES DE PERSONAS	131
12. RESPETAR LOS DESACUERDOS	133
13. UN CÓMPUTO EQUITATIVO	136
14. ¿UNA PRUEBA?.....	138
15. LA RAZONABILIDAD DE LA LEGISLACIÓN	140
CAPÍTULO VI. LAS INTENCIONES DE LOS LEGISLADORES Y LA LEGISLACIÓN SIN INTENCIONES	143
1. LA INTENCIÓN LEGISLATIVA.....	143
2. LEGISLADORES ORDINARIOS Y NO CONSTITUYENTES	147
3. LEGISLACIÓN SIN INTENCIÓN	149
4. AUTORIDAD	155
5. LA AUTORIDAD DEL GRUPO	165
6. PARLAMENTOS	169
SEGUNDA PARTE	
LOS DESACUERDOS SOBRE PRINCIPIOS	
CAPÍTULO VII. <i>EL LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS</i>	177
1. TIPOS DE DESACUERDOS	177
2. ¿PUEDEN EXISTIR DESACUERDOS RAZONABLES SOBRE LA JUSTICIA?.....	179
3. RAZÓN PÚBLICA.....	182
4. RAWLS Y EL DISEÑO CONSTITUCIONAL	184
5. EN EL MUNDO REAL.....	187
6. TEORÍA Y POLÍTICA.....	189
7. CONSENSO POR SUPERPOSICIÓN	191
8. POLÍTICA Y DISENSO	194

	Pág.
CAPÍTULO VIII. LA IRRELEVANCIA DE LA OBJETIVIDAD MORAL	195
1. OBJETIVIDAD Y REALISMO	195
2. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LOS JUICIOS MORALES.....	197
3. CUASIRREALISMO Y LA TESIS DE LA NO-DIFERENCIA	202
4. PÁNICO AL EMOTIVISMO.....	205
5. DESACUERDOS MORALES.....	209
6. DESACUERDOS MORALES Y JURISDICCIÓN	215
7. CONCLUSIÓN.....	221
CAPÍTULO IX. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA INTEGRIDAD.....	223
1. DECISORES DIVERSOS	223
2. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA INTEGRIDAD	224
3. OBJETIVO Y PRACTICABILIDAD.....	227
4. ¿INTEGRIDAD <i>VERSUS</i> JUSTICIA?.....	231
5. EL PUNTO DE VISTA DEL PARTICIPANTE.....	235
6. ESCEPTICISMO Y DUDAS	237
7. FUNCIONARIOS.....	239
8. LAS DEMANDAS DE LA INTEGRIDAD.....	242
 TERCERA PARTE DERECHOS Y CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD 	
CAPÍTULO X. ENTRE LOS DERECHOS Y LAS CARTAS DE DERECHOS.	251
1. REFORMA CONSTITUCIONAL.....	251
2. TEORÍAS BASADAS EN DERECHOS.....	254
3. DE LOS DERECHOS MORALES A LOS DERECHOS JURÍDICOS	258
4. DE LOS DERECHOS JURÍDICOS A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	261
5. RESPETO Y DESCONFIANZA.....	263
6. HACER FILOSOFÍA.....	266
7. FILOSOFÍA Y POLÍTICA.....	270
8. LA LABOR QUE QUEDA PENDIENTE.....	274

	Pág.
CAPÍTULO XI. LA PARTICIPACIÓN: EL DERECHO DE LOS DERECHOS.	277
1. INTRODUCCIÓN.....	277
2. ¿UN DERECHO NEGATIVO O UN DERECHO POSITIVO?	278
3. COMPARTIR EL PODER.....	281
4. ¿TIENE LA PARTICIPACIÓN UNA JUSTIFICACIÓN INSTRUMENTAL?.....	285
5. PRINCIPIO Y AUTORIDAD	290
6. UNA SOLUCIÓN BASADA EN DERECHOS	297
7. EL PROBLEMA CON EL INSTRUMENTALISMO DE LOS DERECHOS.....	300
CAPÍTULO XII. DESACUERDOS Y PRECOMPROMISO	305
1. DEMOCRACIA Y SOBERANÍA POPULAR.....	305
2. PRECOMPROMISO.....	308
3. MECANISMOS CAUSALES <i>VERSUS</i> JUICIOS EXTERNOS	311
4. ¿DESACUERDOS O DEBILIDAD DE LA VOLUNTAD?	317
5. ULISES, EL PUEBLO	322
6. REGLAS CONSTITUTIVAS.....	328
7. PRECOMPROMISO Y SEGURO.....	331
CAPÍTULO XIII. LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA.....	337
1. DERECHOS DEMOCRÁTICOS	337
2. ¿EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD MEJORA LA DEMOCRACIA?	341
3. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y JUSTICIA.....	343
4. MEJORAR EL DEBATE PÚBLICO	345
5. FINES DEMOCRÁTICOS Y MEDIOS DEMOCRÁTICOS	348
6. DESACUERDOS, UNA VEZ MÁS	351
7. LA CAPACIDAD DE PENSAR PROCEDIMENTALMENTE	353
8. ¿SOMOS JUECES EN NUESTRA PROPIA CAUSA?.....	354
9. PETICIÓN DE PRINCIPIO.....	355
10. <i>SUMMA</i> CONTRA DWORKIN	360

	<u>Pág.</u>
11. ¿ESTÁ TODO AL ALCANCE DE NUESTRA MANO?	361
12. DESACUERDOS SOBRE LOS LÍMITES	365
BIBLIOGRAFÍA	373
ÍNDICE ANALÍTICO	387

ESTUDIO PRELIMINAR

**LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE JEREMY
WALDRON: CONVIVIR ENTRE DESACUERDOS**

Roberto GARGARELLA
José Luis MARTÍ

1. INTRODUCCIÓN

Derecho y desacuerdos se ha convertido, desde su publicación en 1999, en uno de los libros más celebrados de Jeremy WALDRON, y el que ha consagrado al filósofo neozelandés como uno de los nombres fundamentales del pensamiento jurídico contemporáneo¹. Si en 1993 WALDRON reunía, en *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, todos sus artículos de la década anterior en torno al liberalismo y la noción de derechos², en 1999 edita dos obras que recogen su producción más reciente sobre la legislación, la autoridad del derecho democrático, la importancia y el papel que juegan los desacuerdos en relación con la política y la determinación del derecho, y la propia noción de los derechos liberales y su protección mediante un control judicial de constitucionalidad de las leyes ante los desafíos de tales desacuerdos. Se

¹ Jeremy WALDRON es actualmente Maurice and Hilda Friedman Professor en la Universidad de Columbia. En la Universidad de Otago de su Nueva Zelanda natal estudió filosofía y derecho, y a lo largo de su carrera ha enseñado en las universidades de Oxford, Edimburgo, California, Princeton y Cornell, entre otras. Sus trabajos más importantes están citados en la bibliografía de esta introducción, así como en la bibliografía general del libro.

² Véase WALDRON, 1993a.

trata de *Law and disagreement (Derecho y desacuerdos)* y *The dignity of legislation*³, dos libros estrechamente vinculados y con una clara vocación de unidad, como advierte el propio autor en el prólogo de cada uno de ellos, cuando los califica de trabajos complementarios, y afirma que, conjuntamente, se suman «al inicio de un proyecto que quiere enriquecer la tarea de la filosofía del derecho gracias a las aportaciones de la teoría política»⁴.

De los dos libros, es *Derecho y desacuerdos* el trabajo más completo y el que más impacto y admiración ha causado en los círculos académicos de la filosofía política y jurídica, especialmente en los anglosajones⁵. Ha sido extensamente reseñado en las mejores publicaciones⁶. Y lo primero que debe destacarse es que los artículos reunidos en este libro, ya desde su publicación por separado, y todavía más desde la aparición del libro, han influido profundamente en los teóricos del derecho y en los constitucionalistas. Sin perjuicio del impacto que esta obra pueda tener o haber tenido en otras disciplinas o ámbitos del derecho y la política, no es exagerado afirmar que estos trabajos han convertido a WALDRON en el defensor principal de una de las posiciones más importantes del debate sobre el control judicial de constitucionalidad y, más ampliamente, sobre el papel del constitucionalismo en nuestras sociedades democráticas, una posición que se identifica primordialmente con la defensa de los valores democráticos y

³ WALDRON, 1999b.

⁴ Véase WALDRON, 1999b: xiii. En los Agradecimientos de *Derecho y desacuerdos*, también se afirma que «los dos libros siguen un mismo programa de trabajo, encaminados a enriquecer la teoría del derecho con los recursos de la teoría política. Ambos libros recuperan y destacan algunas formas de concebir la legislación que la presentan como un modo digno del ejercicio de gobierno y una fuente respetable de derecho» (WALDRON, 1999a: 4). Sin embargo, se produce una cierta «división del trabajo» entre las dos obras, que permite leerlas como complementarias. Si *The dignity of legislation* es un intento de acudir a los autores de la historia del pensamiento jurídico y de «explorar las fuentes» del mismo, el presente libro adopta un enfoque «más analítico» que «se centra más en los argumentos» en sí mismos (WALDRON, 1999a: 4). Véase también 1999b: xiii. *The dignity of legislation*, que reúne básicamente las John Robert Seeley Lectures que Jeremy WALDRON impartió en la Universidad de Cambridge en 1996, y en las que se centra básicamente en el pensamiento de ARISTÓTELES, LOCKE y KANT, para justificar y dignificar el Parlamento y la regla de la mayoría como fuente legítima de autoridad política. Como advierte el autor, podría haberse basado para hacerlo en BENTHAM o en ROUSSEAU, pero eso hubiera sido demasiado fácil. En lugar de eso, prefirió hacerlo en «el teórico de la virtud política» (ARISTÓTELES), en «el filósofo de los derechos naturales como límites sobre los Parlamentos» (LOCKE), y en «el que se supone el más alto predicador del razonamiento moral autónomo e individual» (KANT). Véase WALDRON, 1999b: 162 y 163.

⁵ Al libro o a los argumentos allí defendidos se les han aplicado adjetivos como «deliciosamente excitante, provocativo y profundamente reflexionado» (EISGRUBER, 2002: 35), «sesudo y poderoso» (DOWNS, 2000: 183), «interesante e ingenioso» (SAGER, 2002: 11), «fascinante», una «importante e innovadora contribución a la filosofía política» (CHRISTIANO, 2000: 543 y 513, respectivamente), una «lectura obligatoria» (GOLDSWORTHY, 2001: 86), o una «teoría formidable de la autoridad» (ESTLUND, 2000: 126).

⁶ Por ejemplo, CHRISTIANO, 2000; POSNER, 2000; ESTLUND, 2000; DOWNS, 2000; GOLDSWORTHY, 2000; ESKRIDGE, 2000; SAGER, 2002; EISGRUBER, 2002, y HABERMAS, 2003.

procedimentales como mejor respuesta ante el hecho de los desacuerdos y el pluralismo sociales, y se sitúa en contra de cualquier tipo de dogmatismo constitucional⁷.

El prisma desde el que este trabajo reflexiona sobre diversas cuestiones de teoría política, jurídica y constitucional es, como pone de relieve el propio título del libro, el hecho de los desacuerdos generalizados entre todos los ciudadanos y sobre (casi) todas las cuestiones relevantes, esto es, una suerte de constatación de la existencia de desacuerdos profundos y generales en nuestras sociedades contemporáneas en materia política. Este hecho, del que WALDRON extrae valiosas e importantes consecuencias para la manera en que nos pensamos como comunidad política y pensamos las instituciones que ejercen autoridad política en nuestro proyecto de convivencia, le sirve también como punto de apoyo, o incluso como cimiento, sobre el que construir una teoría de los derechos liberales y articular una concepción del constitucionalismo y del control de constitucionalidad, que se separan firmemente de las posiciones liberales dominantes en la actualidad, como la de John RAWLS o la de Ronald DWORKIN. Y lo hace no sólo con la intención de tomarse en serio el mencionado hecho de los desacuerdos, sino también con una escrupulosa sensibilidad democrática que comienza a plasmarse en una mayor atención hacia la composición, funcionamiento y actividad de los Parlamentos. Esto le lleva a asumir determinados compromisos por lo que respecta a la teoría de la democracia, aunque no siempre quedan articulados de manera explícita, así como a presentar un conjunto de propuestas normativas que, a juicio de WALDRON, no deben verse como extrañas desde el ámbito de la teoría del derecho, sino que encajan armónicamente con su propia concepción de la misma, basada en la idea del positivismo normativo (o ético). En lo que sigue presentaremos y analizaremos brevemente las principales aportaciones de *Derecho y desacuerdos* en cada uno de estos puntos.

2. DESACUERDOS PROFUNDOS Y DERECHOS

Según WALDRON, el rasgo más distintivo de la política, el que la distingue de la justicia, es que su punto de partida (su condición necesaria) es el hecho de los desacuerdos. De este modo, «la vocación del filósofo *político* es examinar filosóficamente no sólo la metafísica, sino también la moral y la política del desacuerdo: las implicaciones

⁷ Para constatar dicha influencia, basta con consultar la literatura en castellano sobre el problema del carácter contra-mayoritario del control judicial de constitucionalidad; véanse, por ejemplo, GARGARELLA, 1996 y 1998; FERRERES, 1997 y 2001; MORESO, 1998a y 1998b, y BAYÓN 1998, 2003 y 2004.

que tiene para la vida social, la organización social y la acción social el hecho de que [...] los desacuerdos siempre persistirán»⁸. La sensibilidad hacia el pluralismo y el hecho de los desacuerdos⁹ es el elemento central de estos trabajos y sitúan a WALDRON en sintonía con las corrientes filosófico-políticas que durante los últimos quince años han cuestionado la tendencia homogeneizadora del liberalismo contemporáneo¹⁰. WALDRON, a diferencia de los principales pensadores liberales de la segunda mitad del siglo XX, niega que el consenso, y la uniformización que éste conlleva, tengan valor en sí mismos¹¹. Al contrario, enfatiza que la existencia de desacuerdos, de profundos desacuerdos sobre casi cualquier aspecto de la organización social, no sólo integra una de las circunstancias de la política, sino también un factor que hace posible y enriquece la deliberación democrática¹². Sin embargo, y a diferencia de la mayoría de los críticos del liberalismo que rescatan el valor del pluralismo, WALDRON no ha renunciado a los fundamentos liberales del Estado y de la sociedad, sino que trata justamente de reforzarlos y reinterpretarlos bajo la perspectiva de los desacuerdos, recuperando lo que, según él, se hallaba inserto en las

⁸ WALDRON, 1999a: 9.

⁹ Es importante aclarar desde el principio que WALDRON no piensa el pluralismo (o no primordialmente) en términos de un conflicto de intereses. Es cierto que probablemente deberíamos incluir también la existencia de un conflicto de intereses entre las circunstancias de la política, como lo es de hecho de la justicia (en el sentido de que existen pretensiones incompatibles sobre un conjunto finito y limitado de recursos). Sobre esta idea, véanse MANSBRIDGE, 1983: especialmente x y xi, y 1990: 7 y 8; y BARBER, 1984: 128 y 129. Esta misma idea se encuentra ya en ROUSSEAU [1762]: nota al pie n. 2, capítulo III, Libro Segundo. WALDRON, sin embargo, no se ocupa de ofrecer un análisis detallado del origen de los desacuerdos, porque de hecho prefiere mantenerse neutral respecto a sus posibles explicaciones (que dependen, muchas de ellas, de diversas posiciones metaéticas que él insiste en considerar irrelevantes), pero los ejemplos que menciona casi en todos los casos se refieren a discrepancias acerca de qué es lo que es correcto hacer políticamente desde un punto de vista supuestamente imparcial. De modo que se aleja conscientemente de los modelos que conceden un lugar central a la cuestión de los intereses. Sólo en una ocasión WALDRON hace referencia a una idea relacionada con el conflicto de intereses, cuando declara que «una empresa común fracasará con frecuencia, aun cuando los potenciales participantes estén de acuerdo sobre el proyecto y compartan las mismas preferencias sobre su éxito», y dedica algunas páginas a analizar algunas cuestiones básicas de los dilemas de acción colectiva. WALDRON 1999a: 123, y también 124-127. Para un buen trabajo sobre las diversas interpretaciones de la noción de «desacuerdos» en WALDRON, véase ESTLUND, 2000.

¹⁰ Corrientes que van desde el comunitarismo (MACINTYRE, 1981; SANDEL, 1982 y 1996; y WALZER, 1989) o el feminismo (MACKINNON, 1989; PHILLIPS, 1995; y YOUNG, 1997) en la teoría de la justicia, hasta los modelos agonistas en la teoría de la democracia y otras propuestas que descenden de la filosofía postmoderna (LACLAU y MOUFFE, 1985; LEFORT, 1988; MOUFFE, 1993 y 2000; TULLY, 1995, y BICKFORD, 1996). Una síntesis de las críticas comunitarista y feminista a RAWLS, en GARGARELLA, 1999, caps. 3 y 5.

¹¹ Sin duda el máximo exponente de este liberalismo contemporáneo, y que ha sido también objetivo de todos los ataques mencionados en la nota anterior, es RAWLS, 1971. También DWORKIN, 1977, 1986 y 1996. Por ello WALDRON destina los capítulos VII y IX respectivamente a criticar abiertamente las propuestas de ambos autores.

¹² WALDRON, 1999a: 112, 113 y 127-129.

propias bases históricas de las que se alimentó el liberalismo en su nacimiento: el pensamiento de la Edad Media y de los primeros pensadores modernos como HOBBS, y que LOCKE y más tarde KANT y John Stuart MILL mantendrían con vida en el seno de la tradición liberal¹³.

Esta rehabilitación de la perspectiva del desacuerdo, o de forma más general, del conflicto, desde bases propiamente liberales, se concide efectivamente con la que parece la influencia más directa y evidente sobre esta obra de WALDRON, la de Thomas HOBBS. No se trata únicamente de que WALDRON haya decidido iniciar el libro con una cita del *Leviathan* de HOBBS, o de que a lo largo de sus páginas haga un uso extenso, variado y hasta reiterado de muchos pasajes de esta obra. Lo verdaderamente crucial es que el significado que WALDRON atribuye a la existencia de desacuerdos generalizados, profundos y persistentes sobre cuestiones políticas pretende perturbar la tranquilidad de las aguas del modelo liberal de legitimidad política, igual que HOBBS pretendía asestar un mazazo sobre los ingenuos modelos políticos medievales. Y pretende hacerlo, también como HOBBS, desde una llamada al realismo y la sensatez que trata de huir de cualquier idealización de nuestros sistemas jurídicos. Una lectura atenta del libro, no obstante, revela que considerar *Derecho y desacuerdos* como una obra de influencia únicamente hobbesiana es en extremo simplista, puesto que la influencia de LOCKE, MILL o KANT no es en ningún caso menor a aquélla¹⁴. Si, por decirlo así, se trata de un libro hobbesiano por lo que respecta a su oposición abierta y sus críticas a buena parte de la doctrina filosófica liberal contemporánea, es también un trabajo de inspiración milliana y kantiana en su parte propositiva, esto es, por lo que respecta al modelo de legitimidad política que se sugiere como alternativa¹⁵, basado fundamentalmente en el valor de la dignidad y la autonomía de las personas, así como en la aceptación de los desacuerdos y la dignificación de la participación y la deliberación políticas por parte de la ciudadanía¹⁶.

¹³ WALDRON no sólo se ha definido siempre como un autor liberal, sino que buena parte de su obra refleja su interés por analizar y comprender la historia del pensamiento liberal desde sus orígenes y sus precedentes inmediatos. Aunque no se concibe a sí mismo como un historiador de la política (ni siquiera como admirador de la «escuela histórica del pensamiento político», WALDRON 1999a: 82), sus trabajos sobre los clásicos liberales le han permitido abordar con mayor solidez y perspectiva los problemas actuales que le han interesado. Algunos de sus trabajos más destacados sobre dichos clásicos son WALDRON, 1984, 1990b, y 1999b. Para sus estudios sobre los fundamentos del liberalismo, véase WALDRON, 1987, 1988, 1990a y 1993a.

¹⁴ Véase, en sintonía con esta lectura de la múltiple influencia, EISGRUBER, 2002: 35 y 36, que afirma: «El truco para interpretar el libro de WALDRON consiste en comprender cómo deriva desde unos planteamientos hobbesianos hacia una conclusión bien diferente».

¹⁵ Que este libro de WALDRON es ante todo y fundamentalmente un estudio sobre las condiciones de la legitimidad política, es sostenido también por ESTLUND, 2000: 111, CHRISTIANO, 2000: 513-517, y HABERMAS, 2003.

¹⁶ WALDRON, 1999a: 133-142.

Una intuición básica que recorre todo el texto es la de que la política se desarrolla en condiciones muy particulares, que son precisamente las que nos permiten comprender el significado del Estado de derecho, o explicar el sentido de virtudes tales como la tolerancia ante el disenso o la civilidad. WALDRON se refiere a dichas condiciones como las *circunstancias de la política*, adaptando así la idea de HOBBS, HUME y modernamente RAWLS acerca de las «circunstancias de la justicia» (es decir, entre otras, la «escasez moderada de recursos» y el «altruismo limitado»)¹⁷. Concretamente WALDRON identifica dos circunstancias básicas de la política: la *existencia de desacuerdos* y la *necesidad percibida por todos de un curso de acción común*¹⁸. Estas dos condiciones, lejos de suponer un obstáculo para el desempeño de la política en general, o para el funcionamiento de nuestras instituciones políticas concretas, las hacen tanto posibles como necesarias. Y aunque no hayan recibido hasta ahora demasiada atención por parte de la filosofía política y del derecho, no es posible una correcta comprensión de las funciones de la política sin entender en qué consisten las dos condiciones que la generan. En dichas circunstancias, asume WALDRON, «es importante que las comunidades tomen sus decisiones en determinados foros, utilizando procedimientos que se muestren respetuosos con los desacuerdos y que permitan que las voces en contienda sean escuchadas en un debate sobre cuál debería ser la solución a un problema común»¹⁹.

La idea de circunstancias de la política viene a extender, por otra parte, la afirmación de RAWLS conforme a la cual cuando intentamos ponernos de acuerdo en cuestiones relativas a nuestras concepciones del bien nos enfrentamos a barreras muy difíciles de superar, que él denomina las cargas del juicio (*the burdens of judgement*), como la imposibilidad de contar con una epistemología neutral y objetiva, el contar con información incompleta y diversa, o el peso de las diferentes experiencias, perspectivas o estilos de vida que producen un sesgo en nuestros puntos de vista²⁰. Para RAWLS, dichos desacuerdos no se extienden, en cambio, a nuestras concepciones sobre la justicia, y en consecuencia podemos aventurar un consenso acerca de los principios de justicia, que deje a un lado nuestras diferencias respecto a cuál es la mejor

¹⁷ HOBBS, 1651: caps. 14 y 15, 132-155; HUME, 1739-1740: Libro Tercero, Parte 2, sección II, 652-673; RAWLS, 1971: epígrafe 22. Véase también, en esta misma línea, HART, 1961: 239-247.

¹⁸ Por ejemplo, en WALDRON, 1999a: 123.

¹⁹ WALDRON, 1999a: 105.

²⁰ Igual que RAWLS, WALDRON considera que «[muchos] de nuestros juicios más importantes [...] versan sobre cuestiones y se formulan en condiciones “de las que no es de esperar que permitan que personas conscientes, en pleno uso de sus facultades de razón, ni siquiera después de una discusión libre, lleguen unánimemente a la misma discusión”» (WALDRON, 1999a: 135). De ahí también sus desacuerdos, como veremos más adelante, con aquellas versiones de la democracia deliberativa que asumen que la deliberación se dirige a obtener, idealmente, un consenso unánime (WALDRON, 1999a: 109-113).

forma de vivir nuestras vidas, y que fundamente la estabilidad social y política²¹. WALDRON discrepa de esta última opinión y sostiene que las mismas incertidumbres que nos hacen muy difícil alcanzar acuerdos sobre nuestras concepciones acerca del bien están presentes cuando tenemos que discutir en torno a la idea de justicia. Dado el hecho profundo y persistente del pluralismo, no hay ningún motivo para esperar un mayor acuerdo en este segundo terreno que en el primero²². De modo que aunque el propio RAWLS diera un paso crucial en favor de reconocer positivamente la existencia de desacuerdos y de un pluralismo razonable, su modelo seguiría siendo demasiado dependiente de un consenso nuclear, y demasiado poco sensible ante el hecho de los desacuerdos²³.

Y es en este punto, como ya hemos advertido anteriormente, en el que *Derecho y desacuerdos* presenta una posición innovadora y original, y nos obliga a repensar algunos de los presupuestos internos del constitucionalismo liberal hasta ahora poco problematizados. En palabras de Thomas CHRISTIANO, este libro «ha hecho un gran servicio a la filosofía política al resaltar la importancia moral de los desacuerdos persistentes sobre la justicia y el bien común para una teoría adecuada de la equidad política. Su tratamiento de estas cuestiones debe ser atentamente estudiado por cualquiera que desee explorar los fundamentos filosóficos de la autoridad política y de la democracia»²⁴. Precisamente su insistencia constante en dar cuenta de la existencia de los desacuerdos desde una óptica liberal y, sobre todo, su estrategia inherentemente procedimentalista a la búsqueda de un modelo de

²¹ RAWLS, 1971, 1993; HABERMAS, 2003.

²² WALDRON, 1999a: 187-194.

²³ WALDRON, 1999a: 186. Véase una crítica similar a RAWLS en MOUFFE, 1993, caps. 3 y 9, y 2000, 22-34. Aunque una de las interpretaciones convencionales del segundo libro de RAWLS (1993) consiste en verlo como una respuesta ante algunos de los desafíos planteados por los críticos mencionados anteriormente y como un intento, como declara el propio RAWLS, de explicar la estabilidad de las estructuras políticas liberales ante el hecho del pluralismo que caracteriza de manera creciente nuestras sociedades contemporáneas (RAWLS, 1993: xviii y ss., especialmente xxxvii-xli), el hecho es que, como afirma WALDRON en el capítulo VII, el «enfoque de *Una teoría de la justicia* es casi idéntico al de *El liberalismo político* [...]. En ambos trabajos se entiende que llegará un punto en el cual los políticos razonables podrán presuponer que se ha alcanzado un acuerdo entre los participantes, por lo menos en un nivel general, sobre los principios de justicia que deben aplicarse» (WALDRON, 1999a: 187). El RAWLS de *El liberalismo político* da un paso adelante para aceptar «el pluralismo de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales comprensivas», pero éste «no es el único pluralismo con el que nos enfrentamos en una sociedad democrática contemporánea, también debemos hacerlo con los desacuerdos sobre la justicia y los derechos» (WALDRON, 1999a: 188), de hecho «éstos siguen siendo la condición más patente de nuestra propia política», y una obra como la de RAWLS, a pesar de haber incluido una cierta perspectiva del pluralismo, es todavía insuficiente para acomodar el hecho de los desacuerdos sociales y políticos en toda su magnitud. Por esta razón, WALDRON se aleja del liberalismo rawlsiano y busca, con voz propia, una interpretación más abierta de los principios liberales.

²⁴ CHRISTIANO, 2000: 543.

organización política que requiera del menor consenso sustantivo posible, acercan a WALDRON a las teorías de la autoridad y de la democracia, más que a la teoría de la justicia; le acercan más a HABERMAS, aunque preste muy poca atención al filósofo alemán, que a RAWLS²⁵. Y de este modo se coloca en una posición bastante heterodoxa por lo que se refiere a la evaluación de la práctica constitucional de las democracias occidentales actuales. WALDRON parte en el libro de una perplejidad descrita por Roberto M. UNGER en un trabajo reciente: la existencia de una «hipertrofia de las prácticas y arreglos contra-mayoritarios; [...] y en fijar de manera simplista el centro de atención en los altos tribunales, viéndolos como el segmento más importante de la política democrática»²⁶. En sus propios términos, los filósofos del derecho están «intoxicados de tribunales y cegados a casi todo lo demás por los encantos de la justicia constitucional»²⁷, del mismo modo que la «teoría general del derecho», aquella que reflexiona «sobre el derecho como tal, sobre la autoridad jurídica, sobre la obligación jurídica, sobre el Estado de derecho, etc.»²⁸ se ha ocupado poco de la composición de los Parlamentos, de la autoridad de la legislación o de cómo debe interpretarse una ley de manera respetuosa con dicha autoridad²⁹.

Frente a una teoría del derecho ciega, o cuanto menos insensible, a la importancia de todas estas cuestiones, y ante una filosofía política liberal complaciente del elitismo constitucional y de visiones demasiado maniqueas y simplistas de la protección de los derechos fundamentales, WALDRON propone tomarse en serio el ideal de *autogobierno*, y plantea su trabajo al servicio del mismo³⁰. Dicho compromiso lo llevará a defender una concepción *mayoritarista* de la política, a juzgar negativamente

²⁵ Así, la idea de razón pública, la misma que tiende puentes entre las teorías de RAWLS y HABERMAS (véanse HABERMAS, 1995 y RAWLS, 1995), se encuentra en la base, aunque en muchas ocasiones sólo de manera implícita, de la teoría procedimentalista de la legitimidad suscrita por WALDRON, y que le conduce, como veremos más adelante, a defender también una concepción deliberativa de la democracia. De hecho, y aunque WALDRON declare estar suscribiendo una concepción procedimentalista pura, en realidad adquiere fuertes compromisos con lo que podríamos denominar un procedimentalismo epistémico, esto es, con identificar la legitimidad de las decisiones con el procedimiento de toma de decisiones que se ha utilizado, eligiendo éste por su valor epistémico, por su mayor probabilidad de producir decisiones correctas. Véase a este respecto la opinión del propio HABERMAS, 2000, y de ESTLUND, 2000. Para la noción de procedimentalismo epistémico aplicado a la democracia deliberativa, véase MARTÍ, 2006. Sobre cómo la razón pública ofrece una respuesta adecuada al reto de los desacuerdos, véase COHEN, 1993; BOHMAN, 1995 y 1996; GUTMANN y THOMPSON, 1990, 1993, 1994, 1996 y 2004. Sobre la diferencia entre modelos procedimentalistas y modelos sustantivistas de la legitimidad política, véase COHEN, 1996; HABERMAS, 2001, y MARTÍ, 2005.

²⁶ WALDRON, 1999a: 16, citando a UNGER, 1996. Para UNGER, éste es el *oscuro secreto* de la teoría contemporánea.

²⁷ WALDRON, 1999a: 17.

²⁸ *Ibid.*: 13 y 14.

²⁹ *Ibid.*: 16-18.

³⁰ *Ibid.*: 17.

la constitucionalización de una *carta de derechos*, y a calificar como insultantes e irrespetuosos hacia la igual dignidad de las personas los intentos de defender un sistema de *control judicial* como el que hoy conocemos, esto es, a afirmar que dicho mecanismo contra-mayoritario vulnera los propios valores que pretendemos proteger mediante el instrumento de los derechos³¹. Si la democracia es valiosa no es sino porque reconocemos la igualdad básica de todos los ciudadanos (su igual valor intrínseco) y su capacidad para tomar decisiones autónomas (para desarrollar, por ejemplo, planes de vida libre y racionalmente trazados) o deliberar con los demás, con los que se encuentran en desacuerdo, acerca de cuál es la mejor solución a un problema común³². WALDRON identifica al Parlamento (democrático) como la institución que de forma casi natural armoniza estos valores, y como un órgano especialmente bien situado para lidiar con las circunstancias de la política. Desde un punto de vista descriptivo, se sitúa en oposición a buena parte de la literatura politológica contemporánea, que considera el Parlamento un órgano poco «digno», sobre todo en comparación con otros órganos como los judiciales³³. Desde un punto de vista normativo, por otra parte, se enfrenta a una mayoría de teóricos jurídicos y filósofos políticos que, preocupados por las «malas decisiones» de la política y los peligros de «la tiranía de la mayoría», concentran sus estudios en la idea de los *derechos individuales*, y fundamentan la adopción de rígidas *cartas (constitucionales) de derechos*, protegidas a través de un *control judicial de constitucionalidad de las leyes*³⁴. Para WALDRON, esta última postura supone una afrenta a la idea de *igual respeto* que nos merecen las personas³⁵, cosa que le llevó a sostener una interesante polémica con Ronald DWORKIN, acerca de si era deseable que Gran Bretaña adoptara un sistema de protección de derechos similar al vigente en los Estados Unidos³⁶.

Esto no implica que WALDRON renuncie, directa o indirectamente, a la idea de derechos. WALDRON acepta, con DWORKIN y buena parte de la academia jurídica contemporánea, que existe una importante conexión entre la idea de derechos y la de democracia, así como que ciertos derechos individuales deben ser considerados como condiciones

³¹ *Ibid.*: 23-25, y 285. Aunque esto le llevará a ser objeto de alguna crítica por haber simplificado en exceso la complejidad institucional del constitucionalismo (EISGRUBER, 2002: 35).

³² WALDRON, 1999a: 129-142. También defiende el «principio de decisión mayoritaria» en WALDRON, 1999b: cap. 6. En contra de la vinculación entre el principio de «igual respeto» y el de «decisión mayoritaria», véase EISGRUBER, 2002: 37.

³³ Véase, en particular, WALDRON, 1999a: cap. 2, y 131-142.

³⁴ WALDRON, 1999a: cap. 10.

³⁵ *Ibid.*: 140.

³⁶ Véanse WALDRON, 1993b y DWORKIN, 1990. En WALDRON, 1999a sus críticas contra DWORKIN aparecen concentradas especialmente en el cap. 13, y resumidas en las páginas 360 y 361.

de una decisión mayoritaria legítima³⁷. Cabría distinguir, entonces, hasta tres tipos diferentes de derechos individuales: *a*) «derechos que de hecho son constitutivos del proceso democrático» (como, por ejemplo, el derecho de participación); *b*) «derechos que, aunque no sean formalmente constitutivos de la democracia, representan en todo caso condiciones necesarias para su legitimidad» (como, por ejemplo, los derechos de libertad de expresión y de asociación), y *c*) derechos totalmente desvinculados de la democracia (como, por ejemplo, los derechos de sucesión patrimonial)³⁸. Al menos los derechos de los dos primeros tipos, aunque por razones diferentes y de modos diversos, son imprescindibles para cualquier modelo democrático de la legitimidad política. Y por ello WALDRON también defiende, por utilizar los términos de DWORKIN, una teoría basada en derechos, y no una teoría basada en deberes o una teoría basada en objetivos³⁹. Sin embargo, no se deriva de ahí que la custodia de los derechos, ni siquiera de los derechos que actúan como condición del procedimiento democrático, requiera de Constituciones e instituciones contra-mayoritarias. Las razones que llevan a WALDRON a esta conclusión se encuentran, en buena medida, sugeridas en los párrafos anteriores, pero conviene examinarlas con más detalle.

Ante todo, si partimos del hecho inevitable del desacuerdo, tendremos que admitir también la existencia de desacuerdos dramáticos acerca del número, contenido o alcance de los derechos. Nos enfrentamos, entonces, a un problema de *autoridad*⁴⁰, es decir, quedamos enfrentados a —urgidos por— la necesidad de encontrar una vía a través de la que resolver nuestras disputas. Debemos recurrir entonces a una teoría de la autoridad, o, en palabras de Juan Carlos BAYÓN, a «un poder hohfeldiano para asignar institucionalmente derechos y deberes, dado que reina el desacuerdo en la comunidad acerca de su contenido y alcance, pero necesitamos a pesar de todo decisiones colectivas al respecto»⁴¹.

³⁷ «La idea de democracia no es incompatible con la idea de derechos individuales. Por el contrario, no puede haber una democracia a menos que los individuos posean y ejerzan regularmente [...] el derecho de participación en la elaboración de las leyes» (WALDRON, 1999a: 337). A este respecto, véase BAYÓN, 2004: 117-127. En otros trabajos WALDRON ha explorado con mayor atención cómo dos de los liberales que mayor atención han prestado a la autonomía individual y a los derechos naturales, John LOCKE e Immanuel KANT, articulaban simultáneamente una defensa firme y contundente del principio democrático. Véase WALDRON, 1999b: caps. 3, 4 y 6.

³⁸ WALDRON se refiere explícitamente a los dos primeros tipos, y presupone el tercero. Véase WALDRON, 1999a: 337 y 338.

³⁹ *Ibid.*: 254-258 y 297-303.

⁴⁰ Al respecto, retoma y convierte en lema de la primera parte del libro la idea de HOBBS según la cual es el desacuerdo radical entre las personas el que hace necesario establecer y reconocer una autoridad (WALDRON, 1999a: 292).

⁴¹ BAYÓN, 2004: 118.