

RICHARD BELLAMY

CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

**Una defensa republicana de la constitucionalidad
de la democracia**

Traducción de
Jorge Urdánuz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	Pág.
PREFACIO Y AGRADECIMIENTOS	13
INTRODUCCIÓN: CONSTITUCIONALISMO LEGAL Y CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO	17

PRIMERA PARTE CONSTITUCIONALISMO LEGAL

CAPÍTULO I. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL	31
1. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y «LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA JUSTICIA».....	33
2. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y «LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA POLÍTICA».....	37
3. LA TIRANÍA DE LA MINORÍA: POR QUÉ LA REVISIÓN JUDICIAL NO PUEDE TOMARSE EN SERIO LOS DERECHOS	43
4. LA CULTURA DE LOS DERECHOS	65
5. CONCLUSIÓN	67
CAPÍTULO II. EL ESTADO DE DERECHO Y EL GOBIERNO DE LAS PERSONAS	69
1. LA IDEA DEL ESTADO DE DERECHO Y SU VALOR.....	71

	Pág.
1.1. El Estado de derecho y las circunstancias de lo político.....	71
1.2. El gobierno arbitrario y el Estado de derecho	75
2. LA PRIMACÍA DE LO LEGAL	83
2.1. HAYEK: siguiendo el reglamento.....	84
2.2. Juzgar en base a principios: DWORKIN.....	91
3. LA PRIMACÍA DE LO POLÍTICO	96
3.1. La política del Estado de derecho.....	97
3.2. Democratizar el poder judicial	100
4. CONCLUSIÓN	105
CAPÍTULO III. EL CONSTITUCIONALISMO Y LA DEMOCRACIA.	107
1. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: PERSPECTIVAS SUSTANTIVAS.....	109
1.1. DWORKIN y los derechos sustantivos de la ciudadanía	110
1.2. RAWLS y el contrato de los ciudadanos.....	118
2. DEMOCRACIA CONSTITUYENTE: PERSPECTIVAS PROCEDIMENTALES	125
2.1. Controlar el proceso democrático: J. H. ELY.....	125
2.2. <i>Nemo iudex in sua causa</i> : acabar con el monopolio de los vencedores de la democracia con respecto a los métodos de su éxito.	135
3. DEMOCRACIA CONSTITUCIONALISTA: ¿UN TÉRMINO MEDIO ENTRE SUSTANCIA Y PROCEDIMIENTOS?.....	138
3.1. La sustancia de los procedimientos: el enfoque de BURT-GINSBURG	138
3.2. Procedimientos sustantivos: HABERMAS y las precondiciones del discurso democrático.....	144
4. DEMOCRACIA CONSTITUTIVA: EL CONSTITUCIONALISMO POPULISTA.....	146
4.1. La política constitucional: <i>Nosotros, el pueblo</i> , de Bruce ACKERMAN.....	147
4.2. Constitucionalismo popular.....	153
5. CONCLUSIÓN	158

SEGUNDA PARTE
CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

CAPÍTULO IV. LAS NORMAS DEL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO: IGUALDAD POLÍTICA Y NO DOMINACIÓN	161
1. LA DESPOLITIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN, FUENTE DE DOMINACIÓN	163
2. REPOLITIZAR LA CONSTITUCIÓN: DE LA NO-DOMINACIÓN A LA DEMOCRACIA	170
2.1. Republicanismo, liberalismo y constitucionalismo	170
2.2. Libertad negativa	172
2.2.1. Libertad como no-interferencia	172
2.2.2. Libertad como no-dominación	175
2.3. Igual consideración y respeto	78
2.3.1. El republicanismo y el constitucionalismo legal sustantivo	79
2.3.2. El republicanismo y el constitucionalismo legal procedimental	187
3. CONCLUSIÓN	190
CAPÍTULO V. LAS FORMAS DEL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO: USO PÚBLICO DE LA RAZÓN Y EQUILIBRIO DE PODERES	193
1. LAS FORMAS POLÍTICAS DE REPUBLICANISMO Y LAS «CIRCUNSTANCIAS DE LA POLÍTICA»	194
2. USO PÚBLICO DE LA RAZÓN: ¿SUSTANCIA O PROCEDIMIENTO?	196
2.1. Perspectivas sustantivas del uso público de la razón	197
2.1.1. Objetividad y uso público de la razón	197
2.1.2. RAWLS y el uso público de la razón en la constitución	202
2.1.3. El debate democrático a través del uso público de la razón	206
2.2. Versiones procedimentales del uso de la razón pública	209
3. EL EQUILIBRIO DE PODERES	213
3. CONCLUSIÓN	226

	Pág.
CAPÍTULO VI. UNIFICANDO NORMAS Y FORMAS: LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA	227
1. NO DOMINACIÓN E IGUALDAD POLÍTICA.....	228
1.1. La igual consideración de los intereses y las circunstancias de la política.....	230
1.2. Resultados iguales: las perspectivas del bienestar y la democracia sobre el gobierno no arbitrario	233
1.3. El proceso igual: la participación democrática como ausencia de arbitrariedad.....	237
2. EL USO PÚBLICO DE LA RAZÓN	240
2.1. Votos iguales.....	242
2.2. La regla de la mayoría	245
3. EL EQUILIBRIO DE PODERES.....	250
4. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA.	259
4.1. El control del ejecutivo: los tribunales de justicia contra los cuerpos legislativos	263
4.2. ¿Casos difíciles? Los estados de emergencia y los políticamente indefensos.....	269
5. CONCLUSIÓN	280
CONCLUSIÓN	281

PREFACIO Y AGRADECIMIENTOS

Se encuentra ampliamente extendida la tesis de que la existencia de una constitución escrita, custodiada por el poder judicial y dotada de una declaración de derechos, resulta una salvaguarda necesaria frente al abuso de poder por parte de los gobiernos democráticos. Este libro rebate tal punto de vista y las asunciones, a menudo inconscientes y erróneas, sobre el funcionamiento de la democracia en las que se apoya. Lejos de proteger contra una tiranía de la mayoría en buena medida mítica, los controles que la revisión judicial impone a la toma de decisiones mayoritaria socavan la igualdad política al distorsionar la agenda alejándola del interés público y al afianzar los privilegios de las minorías dominantes y la dominación de los no privilegiados. Así, más que impedir el gobierno arbitrario, el constitucionalismo legal puede generar una legislación arbitraria, debilitar la protección de las minorías desfavorecidas y perjudicar el Estado de derecho y su intuición básica de tratar tanto sustantiva como formalmente a todos como iguales. Por contra, el funcionamiento de las democracias realmente existentes promueve esos bienes constitucionales que son los derechos y el Estado de derecho. La competición partidista y la regla de la mayoría, asentadas sobre la base del principio «un hombre un voto», garantizan la igualdad política e institucionalizan mecanismos de equilibrio político y de control que proporcionan a los políticos incentivos para atender las opiniones e intereses de aquellos a los que gobiernan y para involucrar a una enorme variedad de minorías en el interior de cualquier coalición gobernante. Desde la perspectiva republicana adoptada aquí, los procedimientos y mecanismos de las democracias establecidas proporcionan una salvaguarda adecuada contra la dominación y la legislación arbitraria que, si bien no es perfecta y desde luego puede mejorarse, resulta en general adecuada. La mayoría de tipos de constitucionalismo legal subvierten tales protecciones de-

mocráticas, generando por el camino fuentes de arbitrariedad y dominio. La democracia proporciona, en resumen, una forma de constitucionalismo político superior tanto normativa como empíricamente a los mecanismos constitucionales legales, que normalmente se plantean como una necesaria restricción a la propia democracia.

Al desarrollar esta tesis he contraído numerosas deudas. Es ciertamente polémica en el interior de las comunidades de teoría del derecho y teoría política que habitualmente frecuento, pero está lejos de serlo entre los científicos políticos. Debo mucho al Departamento de Gobierno de Essex, lugar en el que este proyecto fue originalmente concebido y escrito en parte y en el que parece absorber las últimas investigaciones sobre sistemas políticos con sólo deambular por el pasillo. Con todo, mis colegas del grupo de Teoría Política se aseguraron de que me centrara en ciertas cuestiones normativas centrales, y agradezco en especial a Albert WEALE sus comentarios escritos y verbales sobre la Primera parte, e igualmente a Sheldon LEADER, del Departamento de Derecho, sus lecturas del borrador de esos capítulos y su sabio comentario de que no todas las objeciones al constitucionalismo legal pueden tratarse de un modo tan desdeñoso como yo había esperado. En la University College London (UCL) he recibido un estímulo similar de los colegas de Ciencia Política, Filosofía y Derecho. Agradezco en especial los cariñosos e incisivos comentarios de Cecile LABORDE a los capítulos de la Segunda parte, que me proporcionaron el ánimo y los consejos necesarios. La orientación republicana general de mi argumentación obliga a una profunda gratitud hacia Quentin SKINNER y Philip PETTIT, a quienes debo inspiración y apoyo para mucho tiempo. En un principio el libro iba a ser una monografía a medias con Dario CASTIGLIONE, con quien he sido coautor de muchas obras que exploran el constitucionalismo en la Unión Europea de las que surgieron muchas de las ideas fundamentales de esta obra. Lamentablemente, otros proyectos impidieron que Dario fuera mi coautor en esta ocasión, pero él ha sido tan generoso al leer y discutir los borradores del libro que casi siento que ha estado presente. Agradezco igualmente a muchos otros que han leído, escuchado o simplemente discutido varias partes del argumento y ofrecido valiosas observaciones, críticas y consejos. Con mis excusas por cualquier posible olvido involuntario, he de citar aquí a Larry ALEXANDER, Luca BACCELLI, Rodney BARKER, John BARTLE, Ian BUDGE, Tom CAMPBELL, Alan CROMARTIE, John DRYZEK, Andrew GAMBLE, Jason GLYNOS, Bob GOODIN, Ross HARRISON, Janet HIEBERT, David HOWARTH, Peter JOHN, Anthony KING, Christian LIST, Martin LOUGHLIN, Neil MACCORMICK, Peter MAIR, Andrew MASON, John MCCORMICK, Glyn MORGAN, Danny NICOL, Aletta NORVAL, Emilio SANTORO, Niamh Nic SHUIBHNE, Adam TOMKINS, Jim TULLY, Richard VERNON, Jeremy WALDRON, Neil WALKER, la última Iris Marion YOUNG y Danilo ZOLO. Durante mucho tiempo John HASLAM y Carrie CHEEK aguantaron esperando el manuscrito y han sido enormemente eficaces a la hora de llevarlo a buen puerto. Reunieron informes de referen-

cia excepcionalmente valiosos, y me encuentro especialmente en deuda con Jeremy WALDRON por sus detallados comentarios sobre la propuesta original y los borradores de los capítulos. No es necesario decir que las precauciones habituales se aplican y que yo soy el único responsable de los errores y confusiones de los que tales amigos y colegas han intentado valientemente salvarme. El único retraso que no fue responsabilidad mía lo provocó la muerte de mi padre en el otoño de 2005. Es tristemente cierto que no aprecias hasta qué punto ciertas personas son importantes para ti hasta que ya no están. Realmente no sé cómo expresar todo lo que debo a Louise y Amy por ayudarme durante esa difícil etapa y por mantenerme centrado en otras cosas, una de ellas este libro. Aunque mi padre siempre prometió lealmente leer cada uno de mis libros, lo cierto es que sus ojos empezaron a fallar alrededor de la página 3, si es que llegó tan lejos. Sin embargo, echo muchísimo en falta el apoyo y el amor que me demostró al incluir mis obras junto a sus publicaciones. Ahora que estas últimas embellecen mis estanterías, para mí es un orgullo colocar este libro junto a los suyos y dedicárselo.

INTRODUCCIÓN: CONSTITUCIONALISMO LEGAL Y CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

Este libro trata de constituciones y de la política democrática. La tesis crecientemente dominante hoy establece que las constituciones aseguran y consagran los valores fundamentales de una sociedad democrática¹. La constitución se entiende así como un documento escrito que es superior a la legislación ordinaria y que se encuentra protegido contra cambios legislativos, que ha de ser interpretado por el poder judicial y que es parte integrante del sistema legal y político. Se asume que la base para que los ciudadanos sean tratados de un modo democrático, como merecedores de igual preocupación y respeto, no es *per se* la participación en las políticas democráticas, sino una constitución de este tipo². Los políticos y el electorado pueden involucrarse en el proceso democrático, pero no siempre abrazan los valores democráticos. La defensa de los mismos pertenece a la constitución y a sus guardianes judiciales. Cherie BOOTH, la esposa del antiguo primer ministro británico Tony Blair, lo expuso con nitidez: «En un mundo de derechos humanos... la responsabilidad de un compromiso con la democracia sustantivo y basado en valores descansa en buena medida en los jueces... en las democracias constitucionales a los jueces se les asigna la tarea de proteger los derechos humanos... [y] la oportunidad y el deber de hacer justicia a todos los ciudadanos en consonancia con criterios universales de decencia y humanidad... de un modo tal que enseñe a los ciu-

¹ E.g. J. RAZ, «On the Authority and Interpretation of Constitutions», en L. ALEXANDER (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, pp. 153-4.

² R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise», pp. 24, 32-5.

dadanos y al gobierno las responsabilidades éticas que conlleva participar en una verdadera democracia»³.

Puede resultar un tanto llamativo que la esposa de un líder político elegido democráticamente exprese una concepción de la política democrática tan condescendiente, pero lo cierto es que la anécdota refleja con fidelidad la opinión prevaleciente entre los constitucionalistas. En palabras de Roberto UNGER, «la incomodidad con la democracia» es uno de los «pequeños secretos sucios de la jurisprudencia contemporánea». Un malestar que se manifiesta:

«En la identificación incesante de las limitaciones de la regla de la mayoría (...) en que hayan de ser (...) los juristas (...) los responsables de obtener de los jueces (...) los avances que las políticas populares no consiguen lograr; en el abandono de la reconstrucción institucional de los raros y mágicos momentos de refundación nacional; en un ideal de democracia deliberativa aceptable tan sólo cuando se entiende como el estilo propio de una cortés conversación entre caballeros sentados en la sala de retratos de un club del siglo XVIII (...) y en el hecho de tratar al partido gobernante como una fuente subsidiaria y residual desde el punto de vista de la evolución legal, como algo que ha de tolerarse cuando han fracasado todos los otros modos más refinados de alcanzar una resolución legal»⁴.

Al igual que ocurre con los escritores criticados por UNGER, la señora BOOTH no se refiere a las obvias farsas democráticas propias de los dictadores autocráticos, sino a democracias exitosas como el Reino Unido y los otros veintidós países del mundo en los que las prácticas democráticas se encuentran firmemente establecidas desde al menos cincuenta años, o mucho más en algunos casos. Por supuesto, tales países son también los que atesoran la más amplia tradición de independencia judicial, protección de derechos y sistema legal estable. Pero eso es así porque una cosa lleva a la otra. Después de todo, no todos esos países tienen o han tenido constituciones escritas, y tan sólo tres tienen fuertes sistemas de revisión constitucional judicial⁵. De hecho, el Estado de derecho, en el sentido de trato igual ante la ley, surgió de los mismos procesos de desarrollo económico y pluralismo social que originaron la democracia⁶, y sólo ha sobrevivido y crecido en aquellas sociedades en las que persisten el control democrático del poder y las condiciones económi-

³ C. BOOTH, «The Role of the Judge in a Human Rights World», discurso ante la Asociación de Abogados de Malasia, 26 de julio de 2005.

⁴ R. UNGER, *What Should Legal Analysis Become?*, London: Verso, 1996, p. 72. Véase también J. WALDRON, «Dirty Little Secret», *Columbia Law Review*, 98 (1998), pp. 510-30, y *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 8-10.

⁵ Los datos son de R. A. DAHL, *How Democratic Is the American Constitution?*, New Haven: Yale University Press, 2002, pp. 164-5, quien también señala que tan sólo cuatro tienen otro contrapeso anti-mayoritario, una legislatura fuertemente bicameral.

⁶ Para la relación entre poliarquía y democracia, por un lado, y las condiciones del dinamismo de la modernidad, por otro, ver R. A. DAHL, *Democracy and its Critics*, New Haven: Yale University Press, 1989, Part 5.

cas que lo posibilitan⁷. Argumentaré que en tales países las preocupaciones de los constitucionalistas legales con respecto a la democracia, junto con sus propuestas judiciales y otros remedios contra-mayoritarios, resultan ser, en el mejor de los casos, errores de concepto, y, en el peor, subvierten las mismas bases democráticas de los bienes constitucionales que persiguen asegurar. Al intentar limitar la democracia, los constitucionalistas legales devalúan el constitucionalismo político que la define, lesionando por el camino la legitimidad y la eficacia de la ley y de los tribunales. El constitucionalismo legal puro, que se percibe a sí mismo como superior a la democracia e independiente de ella, descansa sobre presupuestos normativos y empíricos cuestionables relativos tanto a él mismo como al proceso democrático que pretende delimitar y parcialmente sustituir. Pasa por alto las auténticas bases que todo gobierno constitucional mantiene sobre un constitucionalismo político democrático que, sin embargo, el constitucionalismo legal menosprecia e inconscientemente menoscaba. Podemos examinar y comparar muy sucintamente ambos enfoques para demostrarlo.

El constitucionalismo legal se sustenta sobre dos afirmaciones relacionadas entre sí, y en este libro se disputan ambas. La primera es que podemos llegar a un consenso racional sobre los resultados sustantivos que una sociedad comprometida con los ideales democráticos de igualdad de trato y respeto debería alcanzar. Tales resultados se expresan mejor en términos de derechos humanos y deberían dar forma a la ley fundamental de una sociedad democrática. La segunda es que el proceso judicial es más seguro que el democrático a la hora de identificar esos resultados.

El deseo de articular una visión coherente y normativamente atractiva de una sociedad justa y bien ordenada es sin duda un noble propósito. Ha inspirado a filósofos y ciudadanos de todas las épocas. Pero aunque todos los que se embarcan en tal actividad aspiran a convencer a los demás de la verdad de su propia posición, nadie hasta la fecha se ha acercado al éxito en ese empeño. Siguen proliferando perspectivas opuestas sustentadas por teóricos igualmente capaces; sus desacuerdos reflejan, y en ocasiones moldean, los desacuerdos políticos mantenidos por los ciudadanos comunes sobre cualquier cuestión imaginable, desde la política fiscal hasta la sanidad pública. El hecho del desacuerdo no indica que ninguna teoría de la justicia sea cierta. Tampoco implica que una sociedad democrática no conlleve un compromiso con los derechos y la igualdad. Pero demuestra que existen limitaciones en nuestra capacidad de identificar una teoría verdadera de los derechos y la igualdad y de convencer a los demás de su verdad. Dificultades que probablemente se multiplicarán exponencialmente cuando se trate de diseñar políticas que han de promover el

⁷ Véase más abajo el capítulo II de la tercera sección y los ensayos recogidos en J. M. MARAVALL y A. PRZEWORSKI (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

ideal de justicia democrática del que somos partidarios. En parte, el problema surge de la complejidad de distinguir entre causa y efecto en lo tocante a la vida social y económica, lo que torna difícil juzgar cuáles serán las consecuencias de una determinada medida. Pero, además de la dificultad de especificar qué políticas se relacionan con unos valores determinados, los desacuerdos acerca de la naturaleza de tales valores también implican que será difícil identificar las condiciones políticas, sociales y económicas que los desarrollen. Así, por ejemplo, ambos tipos de dificultad se evidencian cuando filósofos y ciudadanos debaten sobre el grado en que son justos los diversos acuerdos en el mercado, o las modificaciones que sería necesario adoptar para alcanzarlos. Hasta dónde se han de reflejar los esfuerzos, los derechos o los méritos de la gente, por ejemplo, son cuestiones profundamente discutidas por razones tanto empíricas como normativas. Dificultades similares acechan a las discusiones sobre qué sistemas electorales reflejan mejor los principios democráticos y aseguran una igual influencia sobre la política del gobierno.

Estos problemas de la primera afirmación del constitucionalismo legal levantan dudas sobre la segunda, relacionada con las responsabilidades de los jueces constitucionales. Si existen desacuerdos razonables sobre la justicia y sus implicaciones, entonces se torna incierto afirmar que los jueces fundamentan sus decisiones en la perspectiva «correcta» demandada por la justicia democrática en determinadas circunstancias⁸. No existen motivos sólidos para creer que los jueces van a tener éxito allá donde han fracasado todos los filósofos políticos desde PLATÓN hasta RAWLS. Como mucho, la posición superior que los constitucionalistas legales se conceden descansaría en el hecho de que a los tribunales se les supone un arbitraje de los desacuerdos sobre los derechos y la igualdad más consciente y mejor informado que el que las políticas democráticas puedan ofrecer. Pero este giro en la justificación desvía el centro de atención desde los resultados hasta los procedimientos, y viene a sugerir una concepción diferente de la constitución en el interior de una sociedad democrática. En lugar de ver la constitución como el lugar en el que se atesora el núcleo de los valores democráticos, se pasa a concebirla como un procedimiento para resolver conflictos sobre la naturaleza y las implicaciones de los valores democráticos de un modo que pondera imparcialmente las perspectivas e intereses en disputa, asignándoles igual consideración y respeto. Más que una fuente de respuestas básicas a la cuestión de cómo organizar una sociedad democrática, la constitución representa una estructura básica para lograr decisiones colectivas sobre asuntos sociales de manera democrática. O, lo que es lo mismo, de una manera que considera que los ciudadanos tienen derecho a que sus preocupaciones sean igualmente respetadas a la hora de decidir la mejor manera de perseguir sus intereses colectivos.

⁸ Puede verse una atrevida afirmación en este sentido por parte de un destacado juez británico en J. STEYN, *Democracy Through Law: Selected Speeches and Judgments*, Aldershot: Ashgate, 2004, p. 130.

El constitucionalismo político adopta este segundo enfoque y articula a su vez dos afirmaciones que vienen a responder a las dos esgrimidas por el constitucionalismo legal. La primera es que mantenemos desacuerdos razonables sobre los resultados sustantivos que ha de alcanzar una sociedad comprometida con los ideales democráticos de igualdad de consideración y respeto. La segunda es que el proceso democrático posee mayor legitimidad y resulta más eficaz que el proceso judicial a la hora de resolver tales desacuerdos. Las afirmaciones que estiman que el proceso judicial es una forma de razonamiento público más inclusivo e imparcial que el propiamente democrático son discutibles en la teoría y en la práctica. Sólo cuando los propios individuos argumentan en el interior de un proceso democrático se les puede considerar como iguales, y sólo entonces se han garantizado una igual consideración y un idéntico respeto para sus derechos e intereses. El sistema de «un hombre, un voto» dota a los ciudadanos de recursos aproximadamente iguales; decidir mediante mayoría trata sus puntos de vista justa e imparcialmente; y la competición partidista en elecciones y parlamentos institucionaliza un equilibrio de poder que empuja a todas las partes a escucharse y a tomarse en consideración, promoviendo el reconocimiento mutuo a través de la adquisición de compromisos. De acuerdo con esta concepción, el proceso político es la constitución. Es tanto constitucional, pues sigue un procedimiento establecido, como constitutivo, ya que puede reformarse a sí mismo.

Por debajo de esta concepción subyacen cuatro maneras de entender lo político. Primera: una constitución responde a lo que Jeremy WALDRON y Albert WEALE, entre otros, denominaron «las circunstancias de lo político»⁹. Circunstancias en las que discrepamos tanto sobre un derecho como sobre un bien, y en las que con todo se necesita una decisión colectiva. Consecuentemente, la constitución no puede ser tratada como una ley o norma básica. Más bien, lo que hace es ofrecer un marco básico para resolver nuestros desacuerdos, si bien un marco que es a su vez objeto de debate político. Segunda: la constitución se identifica no tanto con el sistema legal como con el político, y en particular con los modos mediante los que el poder político se divide y organiza. Este acercamiento evoca la tradición republicana y su énfasis en el autogobierno, por un lado, y el equilibrio de poderes, por otro, como mecanismos para superar la dominación que impone el gobierno arbitrario de otros¹⁰. Tercera: tal y como afirma la ciencia política que estudia el derecho público, la ley funciona de un modo tan político como lo hace la política democrática, un fenómeno que Michael SHAPIRO ha denominado «jurisprudencia polí-

⁹ WALDRON, *Law and Disagreement*, pp. 107–18, A. WEALE, *Democracy*, Basingstoke: Macmillan, 1999, pp. 8–13.

¹⁰ Véase C. H. MCLWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, revised edition, New York: Great Seal Books, 1958, Cap. 2, y G. MADDOX, «A Note on the Meaning of “Constitution”», *American Political Science Review*, 76 (1982), pp. 807–8.

tica»¹¹. Cuarta: el sistema político democrático se basa en una consideración normativa. En particular, los procesos democráticos reales funcionan de manera atractiva desde un punto de vista normativo, ya que producen los bienes constitucionales de respeto a los derechos y al Estado de derecho mientras garantizan que la legislación se lleva a cabo de un modo tal que trata a todos como iguales.

Existen elementos tanto del constitucionalismo legal como del político en la mayor parte de las constituciones. El grueso de cualquier documento constitucional se destina habitualmente a repasar una detallada descripción del sistema legal y político, fijando las reglas electorales, enumerando los poderes y funciones de los diferentes niveles y agentes de gobierno, etcétera. Estas cláusulas diseñan los procesos mediante los cuales los ciudadanos deciden sus asuntos comunes y dirimen sus disputas. En las primeras constituciones modernas, las declaraciones de derechos eran tan sólo un preámbulo o un apéndice a tal constitución procedimental. Sin embargo, últimamente la importancia de los procedimientos legales y políticos se ha visto eclipsada por las declaraciones de derechos. Como ilustra la cita de Cherie BOOTH, ésa es la parte sustantiva de la constitución que para los constitucionalistas legales encierra la esencia tanto de la democracia como del constitucionalismo. A su juicio las reglas que describen la forma del gobierno carecen de peso propio en cuanto a su capacidad de limitar el sistema descrito por las mismas¹². Se ignora así que esas reglas estructuran el modo mediante el que se toman las decisiones y que los propios procedimientos tienen ellos mismos valor constitucional en la medida en que limitan la arbitrariedad¹³. Critico también las maneras mediante las que algunos simpatizantes de un enfoque más procedimental han intentado constitucionalizar los procedimientos de un modo legal¹⁴. No sólo ocurre que tales medidas tienden a confundirse con el enfoque sustantivo basado en derechos, en cuanto que el «proceso debido» acaba al final definido en términos de conformidad con los derechos constitucionales, sino que además pasan por alto tanto el aspecto constitutivo de la democracia como el constitucional.

Los constitucionalistas legales reconocen que ninguna constitución sobrevivirá mucho tiempo si los ciudadanos no se identifican con ella. Joseph RAZ remarca que una constitución debe servir «no sólo como la ley de los abogados, sino también como la del pueblo», con sus principales provisiones demandan-

¹¹ M. SHAPIRO, «Political Jurisprudence», *Kentucky Law Journal*, 52 (1964), pp. 294–345.

¹² RAZ, «On the Authority and Interpretation of Constitutions», p. 153, y G. SARTORI, «Constitutionalism: A Preliminary Discussion», *American Political Science Review*, 56 (1962), p. 861.

¹³ Para unos breves apuntes sobre los antecedentes históricos del constitucionalismo como forma de gobierno, véase W. H. MORRIS-JONES, «On Constitutionalism», *American Political Science Review*, 59 (1965), p. 439. También MADDOX, «A Note on the Meaning of “Constitution”», p. 807.

¹⁴ E.g. J. H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980, y en otro estilo, J. HABERMAS, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: Polity, 1996. Ambos se discutirán en el Capítulo III.

do un consenso general en cuanto que «ideología común» que gobierna la vida pública¹⁵. En una línea similar, Jürgen HABERMAS habla del vínculo que une a los miembros de una sociedad democrática entre sí y con su país mediante un «patriotismo constitucional»¹⁶. Sin embargo, de nuevo estos teóricos localizan este cemento moral en la constitución «fina» de los derechos, la determinada por la revisión judicial, y no tanto en el ««espeso» proceso constitucional de elaboración de las leyes. Pero si discrepamos de las bases y de las cargas de los derechos, entonces lo que logrará la imposición de un punto de vista no será unir a los ciudadanos sino dividirlos, como atestiguan las divisiones generadas en Estados Unidos a raíz de la determinación judicial del derecho al aborto. En contraste con eso, el constitucionalismo político persigue la tarea de construir una cultura pública democrática mediante la consideración de todos los ciudadanos como participantes iguales en el esfuerzo de constituir un orden social justo. Los ciudadanos se identifican con mucha mayor probabilidad con leyes en las cuales han tenido algo que decir. Por supuesto, su aportación puede ser muy pequeña y haber sido derrotada por lo que dice una mayoría ajena. Pero tener derecho a una voz igual a la de todos los demás es esencial para ser considerado portador de derechos. En resumen, una sociedad democrática tal y como la desean los constitucionalistas —inclusiva, basada en derechos e igualmente respetuosa— proviene de la constitución política encarnada en la propia democracia.

Los capítulos que siguen comprenden una crítica al constitucionalismo legal y una defensa del constitucionalismo político. La crítica ocupa toda la Primera parte. El Capítulo I explora el proyecto de los derechos constitucionales que está en el corazón del constitucionalismo político. Se señala por qué y cómo los derechos se deben a las «circunstancias de lo político» a través de su sujeción a desacuerdos razonables. Se detalla a continuación hasta qué punto es débil el proceso de revisión judicial en cuanto proceso justo para resolver tales disputas. Los tribunales adolecen de muchos de los mismos vicios que los constitucionalistas legales critican en las legislaturas, aunque poseen menos virtudes para compensarlos que las que caracterizan a los cuerpos legislativos. Y, por el camino, muchas de las ventajas que se alegan para los tribunales se revelan falaces.

El Capítulo II se ocupa del Estado de derecho. La defensa de la integridad y de la uniformidad de la ley proporciona un argumento decisivo para el constitucionalismo legal (aunque ese argumento no es válido si se identifica sin más «ley» con «derechos»). Con todo, ni la ley ha de imperar *per se*, ni hay una forma canónica que la ley pueda adoptar para garantizar que es una ley «justa» o «buena». La ley descansa también en las «circunstancias de lo polí-

¹⁵ RAZ, «On the Authority and Interpretation of Constitutions», p. 154.

¹⁶ J. HABERMAS, Apéndice II: «Citizenship and National Identity», *Between Facts and Norms*, p. 500.

«tico» y requiere de un proceso adecuado para certificar que trata a las personas a las que se aplica con igual consideración y respeto. Aunque los jueces juegan un papel decisivo a la hora de preservar la legalidad, garantizando que las leyes aprobadas sean aplicadas de un modo consistente y equitativo, no pueden asegurar que las propias leyes no sean arbitrarias. Eso tan sólo puede hacerlo un sistema de autogobierno popular en el cual todos los ciudadanos disfruten de igual *status*. Sólo entonces pueden éstos dictaminar que son iguales los modos mediante los cuales las leyes les tratarán igual o desigualmente.

El Capítulo III se interroga sobre la posibilidad de que no sea necesario proteger los prerequisites de la democracia en una constitución. Comienzo examinando la versión sustantiva de esta tesis, evidente en la cita ya expuesta de Cherie BOOTH, según la cual una carta de derechos se concibe como una fuente de valores democráticos. Tras ello considero el conjunto de argumentos que persiguen defender un proceso democrático equitativo. Ambas estrategias se pretenden irremplazables. La segunda se sumerge en la primera, la cual remite a la tesis ya criticada de los derechos constitucionales. Tras ello inquiero si resulta decisivo para la propia constitución haber sido promulgada democráticamente. Pongo en duda las credenciales democráticas de tales momentos constitucionales auto-otorgados y comparo las políticas constitucionales populistas que exponen los principales defensores de esta tesis con las cualidades genuinamente constitucionales y constitutivas de las políticas normales, decantándome por esto último.

Esta crítica prepara el camino para defender un constitucionalismo político democrático en la Segunda parte. El Capítulo IV esboza la defensa normativa de un constitucionalismo político esgrimido desde la noción republicana de libertad como no-dominación. En la estela de otros teóricos republicanos¹⁷ disputo la coherencia de la perspectiva liberal de la libertad negativa según la cual el gobierno constitucional se identifica con un gobierno limitado, en el sentido de reducido. Al contrario, el constitucionalismo persigue evitar las leyes arbitrarias, es decir, leyes que pueden no responder a los intereses de los legislados y que pueden no implicar igual consideración y respeto. Argumento que sustraer los derechos de la esfera política, tal y como pretende el constitucionalismo legal, otorga alas a la legislación arbitraria, y de paso crítico a aquellos teóricos republicanos que han defendido otra cosa. La razón es que carecemos de un método —incluyendo ciertas versiones idealizadas de la democracia— para asegurar de modo objetivo los resultados que tratan a todos por igual. En vez de eso, lo único que podemos hacer es otorgar a los individuos idénticos poderes políticos para determinar y discutir las políticas colectivas que han de aplicarse por igual a todos y

¹⁷ Q. SKINNER, *Liberty before Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, y P. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford: Clarendon Press, 1997.

emplear en ello procesos que ellos puedan reconocer que promocionan igual consideración y respeto.

El Capítulo V investiga la clase de procesos que podrían resultar útiles para este propósito. Siguiendo la tradición republicana, arguyo que la cualidad fundamental debe ser la de empujar a los ciudadanos y a los gobiernos a «escuchar a la otra parte». Sin embargo, una vez más entro a discutir con ciertos teóricos republicanos actuales. Unos cuantos de entre ellos han defendido que la democracia deliberativa, por un lado, y la separación de poderes, por otro, constituyen los medios necesarios para lograr los fines republicanos. Los demócratas deliberativistas asumen que los desacuerdos en torno a derechos y otras cuestiones de política pública pueden resolverse a través de un debate racional cuidadosamente estructurado. Este modelo reproduce lo que mantienen los teóricos legales en cuanto al razonamiento público llevado a cabo por los jueces. Pero, al igual que los defensores de la deliberación judicial, los teóricos deliberativos aportan bases muy endebles para sostener su afirmación de que tales debates pueden «producir» el mejor argumento. La deliberación puede en ocasiones mejorar los argumentos e inclinar a las personas a una apreciación más completa de la posición de sus oponentes, pero es improbable que origine un consenso basado en la perspectiva más defendible desde un punto de vista racional. De hecho, al iluminar los puntos de desencuentro la deliberación puede servir para polarizar las posturas incluso más. El único modo mediante el cual un proceso de razonamiento público puede tratar a todos igualmente es siendo inclusivo y proporcionando una manera transparente de tratar a todos con justicia. En otras palabras, el razonamiento público ha de ser protagonizado por el público y emplear un procedimiento de decisión imparcial para dirimir disputas. Los constitucionalistas legales y ciertos teóricos del republicanismo consideran que el equilibrio de poderes es un contrapeso necesario para evitar el poder arbitrario. Al contrario, yo defiendo que puede producir también normas arbitrarias. Por un lado, sus contrapesos contra-mayoritarios favorecen injustamente el *status quo*, afianzando los privilegios injustos de las minorías históricamente poderosas; por otro, no genera incentivos para que aquellos que ostentan esos poderes contra-mayoritarios sean receptivos a la ciudadanía. En su lugar, lo que yo defiendo es un equilibrio de poder entre los aspirantes que compiten por la victoria. Se trata de una disposición que genera responsabilidad hacia los gobernados por parte de los gobernantes y que, a la vez, anima a los ciudadanos a comprometerse y a colaborar los unos con los otros. Si combinamos un procedimiento público de razonamiento con un equilibrio de poder logramos tanto cuidar con esmero los derechos como generar incentivos para legislar de un modo tal que todos sean tratados como iguales ante la ley.

El Capítulo VI compendia los argumentos anteriores mostrando el modo mediante el cual los sistemas democráticos realmente existentes de las princi-

pales democracias establecidas satisfacen los requerimientos de la no-dominación. La regla de la mayoría, el gobierno parlamentario y la competición entre partidos en el seno de elecciones libres y justas proporcionan, tomadas en su conjunto, equilibrio de poder y un adecuado proceso constitucional de razonamiento público. Al defenderla de los ataques provenientes de los teóricos de la elección pública, arguyo que es improbable que la regla de la mayoría produzca decisiones tiránicas o irracionales. Al contrario, provee un modo transparente mediante el cual todos los ciudadanos pueden sentir que sus perspectivas e intereses han recibido idéntica consideración. Por otro lado, la competición electoral y parlamentaria entre partidos ofrece un equilibrio de poder que hace que los gobiernos sean receptivos y sensibles al electorado, y que los ciudadanos se tornen tolerantes unos con otros, deseando colaboración y reciprocidad. Concluyo explorando unos cuantos casos difíciles, casos en los que los mecanismos que normalmente conducen a una legislación equitativa y cuidadosa pueden dejar de funcionar. Como demuestro, en estos casos excepcionales ocurre que ni las legislaturas funcionan tan mal ni los tribunales tan bien como para configurar las bases para una defensa universal de la revisión judicial basada en derechos.

El constitucionalismo legal y el político se han identificado a menudo el primero con el sistema político americano y el segundo con el británico. Entre la muy influyente generación de constitucionalistas legales liberales que alcanzaron la madurez intelectual bajo el Tribunal Warren ha sido particularmente intensa la tendencia de tomar como modelo una versión idealizada de la constitución de los EEUU¹⁸. En consecuencia, y a pesar de que la posterior investigación ha revelado que su papel fue atípico y que su influencia se ha exagerado¹⁹, decisiones como *Brown*²⁰ han logrado un cierto *status* icónico en la literatura del constitucionalismo legal, si bien la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo, mucho menos agradables, simplemente se han ignorado²¹. Asimismo, el modelo de Westminster y la soberanía parlamentaria —sin duda igualmente idealizados, aunque sin tanta repercusión— han proporcionado con frecuencia el modelo para los constitucionalistas políticos²².

¹⁸ La influencia de la era de Warren se observa, por ejemplo, en DWORKIN, «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise», p. 16, e incluso más —si bien de un modo diferente— en ELY, *Democracy and Distrust*, pp. 73–5. Aunque RAWLS no cita ni *Brown* ni *Roe*, su *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993, es una idealización de las medidas constitucionales estadounidenses y del papel del Tribunal Supremo, al menos tanto como lo es, por otros caminos, la teoría de la interpretación judicial de DWORKIN en su *Law's Empire*, Oxford: Hart, 1998.

¹⁹ E.g. G. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago: University of Chicago Press, 1991.

²⁰ *Brown v Board of Education* 247 US 483 (1954), 349 US 294 (1955).

²¹ Para comentarios sobre esta tendencia, véase L. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York: Oxford University Press, 2004, pp. 229–30; I. SHAPIRO, *The State of Democratic Theory*, Princeton: Princeton University Press, 2003, pp. 20–21.

²² E.g. J. G. A. GRIFFITH, «The Political Constitution», *Modern Law Review*, 42 (1979), pp. 1–21.

Por ello, a menudo ilustraré aspectos de mi argumentación con ejemplos tomados de ambos sistemas. Sin embargo, sería erróneo interpretar mi argumentación como una crítica al estilo estadounidense de revisión judicial y como una defensa del sistema británico anterior al Acta de Derechos Humanos. Para empezar, como ya he dicho, los dos tipos de constitucionalismo existen en el interior de la mayoría de las constituciones. Siempre ha habido una presencia del constitucionalismo legal en el interior de la cultura constitucional británica, y durante mucho tiempo los historiadores han acentuado la tendencia republicana y política presente tanto en la tradición americana como en la británica²³. Por eso para apoyar mi crítica del constitucionalismo legal y de sus defensores cito evidencias provenientes de ambos sistemas, y en cada caso me sitúo del lado de quienes han acentuado los méritos del constitucionalismo político de la política americana tanto como de la británica²⁴.

A la vez, mi objetivo es criticar la misma idea del constitucionalismo legal, y no sólo sus versiones americana o británica²⁵. Después de todo, podría objetarse que en muchos países europeos, especialmente en Alemania, el control judicial de la constitución funciona de modo muy diferente, de un modo más comprensivo con los derechos sociales, por ejemplo, y evitar de esa manera varios de los problemas que yo localizo en las sentencias británicas y estadounidenses. Aunque pienso que tales diferencias sustantivas están obsoletas, especialmente con una Unión Europea que promueve tanto la liberalización económica como un estilo de regulación legal más competitivo y legalista²⁶, mi principal interés es la legitimidad procedimental que tienen los tribunales constitucionales cuando derogan legislación aprobada democráticamente. En esta cuestión los tribunales europeos han sido incluso más activos que el Tribunal Supremo estadounidense, y los tribunales francés, italiano y alemán han invalidado más leyes nacionales en los últimos treinta años que en toda su historia²⁷. Al igual que ocurre en EEUU, la justificación de tales medidas —a menudo inspiradas en prácticas británicas y americanas— proviene de

²³ P. ej. J. G. A. POCKOCK, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton: Princeton University Press, 1975.

²⁴ Con respecto a los EEUU, mis mayores influencias han sido M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999; DAHL, *How Democratic Is the American Constitution?*; y, con las advertencias expresadas en el Capítulo III, KRAMER, *The People Themselves*. Para el contexto británico, me baso en los trabajos de GRIFFITH, «The Political Constitution» y *The Politics of the Judiciary*, London: Fontana, 1977; en los de K. EWING y C. GEARTY en *Freedom under Thatcher: Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford: Oxford University Press, 1990, y *The Struggle for Civil Liberties: Political Freedom and the Rule of Law in Britain 1914-1945*, Oxford: Oxford University Press, 2001, y en los de A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Oxford: Hart, 2005.

²⁵ Sigo aquí el enfoque de WALDRON en *Law and Disagreement* y «The Core of the Case Against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, 115 (2006), pp. 1346–406.

²⁶ Véase R. D. KELEMEN y E. C. SIBBITT, «The Globalisation of American Law», *International Organization*, 58 (2004), pp. 103–36.

²⁷ A. STONE SWEET, «Why Europe Rejected American Judicial Review. And Why it May Not Matter», *Michigan Law Review*, 101 (2003), p. 2780.

argumentos contramayoritarios que fueron establecidos en el siglo XIX y a principios del XX y que son considerablemente anteriores a los procesos democráticos modernos. Mientras tanto, y tal y como UNGER observaba en la cita expuesta antes, quienes han intentado dotar de un fundamento democrático al constitucionalismo legal han tendido a hacerlo en relación con cierta clase de democracia idealizada que es asimismo anterior a los electorados de masas y a los sistemas de partidos contemporáneos²⁸. De hecho, esta tendencia la comparten muchos de los intelectuales del *revival* republicano, cuyos escritos han inspirado en parte este proyecto. Yo argumento por el contrario que lo que tenemos que hacer es centrarnos en la constitucionalidad de la «democracia realmente existente», pero con ello no deseo a su vez idealizar las disposiciones existentes ni sugerir que alguna de ellas, y mucho menos la británica, sea de alguna manera perfecta. Más bien, en la misma medida que la crítica del constitucionalismo legal se centra en el fundamento interno de la revisión judicial, mi defensa de la democracia lo hará en la lógica que subyace a las prácticas existentes. Dado que la teoría política se encuentra en muchas ocasiones divorciada de la ciencia política, muchos teóricos han fracasado a la hora de investigar los mecanismos de la política democrática para apreciar así sus cualidades normativas. El principal objetivo de este libro es concitar la atención sobre esas virtudes del proceso democrático y sugerir que los bienes constitucionales del Estado de derecho y los derechos se alcanzarían mejor no limitándolos mediante restricciones constitucionales legales que albergan menos legitimidad y que no son tan efectivas, sino potenciándolos.

²⁸ Así, por ejemplo, los influyentes argumentos de HABERMAS, que idealizan las medidas constitucionales alemanas de un modo paralelo al que adopta RAWLS para idealizar las estadounidenses, contraponen una versión «normativa» de la democracia a otra «empírica» (HABERMAS, *Between Facts and Norms*, cap. 7), una distinción que sin duda proviene de su estudio sobre la «esfera pública» en el siglo XVIII y su desaparición en el XIX incluido en su primer libro, *Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Cambridge: Polity, 1989. Discuto estos argumentos en el Capítulo III.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL

Las constituciones hacen muchas cosas además de proteger derechos. Pero probablemente nada ha sido tan decisivo para que el constitucionalismo transite por la senda del pensamiento legal y no por la del político como la plasmación de los derechos en un documento constitucional, su interpretación y elaboración por parte de un tribunal supremo o constitucional y el constante énfasis en ellos. Para el constitucionalismo legal la idea de los derechos constitucionales es fundamental. Es esta centralidad de los derechos la que otorga al constitucionalismo legal su entero molde jurídico, gracias al cual se percibe que la tarea de una constitución consiste en encarnar la sustancia de los fundamentos de la ley, y no tanto en proporcionar una estructura fundamental para la elaboración de las leyes.

Nadie niega, por supuesto, que los individuos tienen ciertos intereses fundamentales que deben protegerse legal y políticamente. Pero comprometerse con los derechos no significa asumir que su protección requiere plasmarlos en una declaración de derechos supervisada por un tribunal constitucional. Esta asunción descansa sobre tres razones que se hallan insertas en el corazón del constitucionalismo legal¹. En primer lugar, se afirma que fijar ciertos derechos sujetos a revisión judicial protege contra la tiranía y la incompetencia de la mayoría. Aunque la democracia ofrece un mecanismo vital para que los ciu-

¹ Un resumen inmejorable de estos argumentos se hallará en R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise».

dadanos persigan sus intereses y desechen a los gobiernos que consciente o inconscientemente los perjudican, los prejuicios, el propio interés o la mera falta de atención pueden hacer que las mayorías aprueben leyes que perjudican sus propios intereses o que oprimen a las minorías. En segundo lugar, se afirma que la integridad de la ley depende de los derechos. Las leyes a menudo permiten más de una interpretación al aplicarse a un caso particular, y además han de aplicarse a circunstancias novedosas. En esos casos difíciles se asume que los derechos proveen de los principios necesarios para que los jueces orienten su criterio hacia una decisión consistente con los valores básicos que subyacen a todo el sistema legal. En tercer lugar, se dice que ciertos derechos se hallan implícitos en el propio proceso democrático. Así, que una democracia lesionara tales derechos resultaría una traición a sí misma, algo inconsistente con su propio fundamento.

Los tres capítulos que comprende la Primera Parte de este libro rebatirán respectivamente tales tres argumentos de la ortodoxia actual. Cuestionaré su asunción subyacente de que la democracia y el control judicial han de interpretarse como un medio para garantizar cierto conjunto de derechos, sea tal conjunto de derechos el que se deriva de una determinada teoría de la justicia supuestamente ideal, el que se alega que la comunidad abraza o el que se presume que subyace a la misma idea de la democracia constitucional. Lo que hacen ambos mecanismos es más bien ofrecer maneras de arbitrar entre conjuntos de derechos conflictivos y, en ocasiones, incompatibles entre sí. Desde tal perspectiva, la toma democrática de decisiones, incluyendo la regla mayoritaria, se revela como una fortaleza para los derechos, y no como una amenaza, como a menudo se asume. Mientras, la revisión judicial juega el papel menos importante —menos vital, incluso— de mantener la consistencia a la hora de interpretar la casuística legal y a la hora de suministrar maneras eficaces de aplicar equitativamente la ley.

La necesidad de un acercamiento alternativo más claramente político surge de la naturaleza discutible de los derechos. A pesar del amplio respaldo otorgado tanto a los derechos constitucionales como a la necesidad de que los derechos sean garantizados judicialmente, teóricos, políticos, abogados y ciudadanos de a pie a menudo no coinciden con respecto a aspectos como qué derechos merecen tal consideración y cuáles no, la forma legal que debe ampararlos, la mejor manera de protegerlos, las relaciones establecidas entre ellos y el modo mediante el que los tribunales deben entenderlos y defenderlos. Existen con frecuencia diferencias razonables, y éstas surgirán con más probabilidad en las sociedades democráticas y abiertas. Tales diferencias provienen del hecho de tomarse los derechos muy en serio, y no de ningún abandono o descuido hacia ellos. Se trata de diferencias que raramente cuestionan los derechos *per se*. De hecho, en el nivel de los principios abstractos en el que normalmente se formulan las declaraciones existe en muchas ocasiones un

acuerdo amplio. Aunque ciertamente ahí también pueden existir desacuerdos, el origen más habitual de los conflictos y debates es el de la interpretación y la aplicación de los derechos a las circunstancias particulares². Es en esas circunstancias donde se revela la soberbia de los ambiciosos esquemas de revisión judicial que ignoran o minimizan en exceso tales desacuerdos sobre el significado y del precio de los derechos, o que pretenden de algún modo ningunearlos. En ellas las decisiones judiciales corren el riesgo de parecer arbitrarias, amenazando así la legitimidad de la constitución.

Este capítulo explora las razones que subyacen a los desacuerdos en torno a los derechos y la debilidad de la revisión judicial entendida como una medida para resolverlos. La primera parte esboza el proyecto de los derechos constitucionales y describe las tensiones que lo habitan. La segunda parte considera el origen y los tipos de los desacuerdos que existen en torno a los derechos, situándolos en el interior de las circunstancias de lo político. La tercera parte pone en duda la legitimidad y eficacia del mecanismo de la revisión judicial para arbitrar con justicia tales desacuerdos. Cuando se indaga más, se constata que muchas de las supuestas ventajas de tal mecanismo en relación con los procesos democráticos son más bien desventajas. Por último, la cuarta parte cuestiona la necesidad de una declaración de principios para generar una cultura de derechos. Esta discusión allana el camino para investigar en los Capítulos II y III en qué medida el razonamiento judicial y el Estado de derecho dependen de los derechos constitucionales, por un lado, y si la democracia implica un conjunto de derechos que necesitan de protección constitucional, por otro.

1. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y «LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA JUSTICIA»

Necesitamos derechos debido a lo que, siguiendo a David HUME, John RAWLS denominó «las circunstancias de la justicia», esto es, «las condiciones normales bajo las que la cooperación humana es tanto posible como necesaria»³. Si hubiera una sobreabundancia de bienes y los seres humanos fueran completamente altruistas (y también omniscientes y no tan propensos a hacer el mal sin querer, habría que añadir) no tendríamos necesidad de derechos⁴. Todos podrían perseguir a su manera sus propios designios evitando entorpecer los designios de los demás. Sin embargo, cuando los recursos son escasos y la gente tiende a comportarse de modo descuidado y en ocasiones malicioso, entonces, dado que la coexistencia social es inevitable, deviene necesario te-

² Ver R. BELLAMY y J. SCHÖNLAU, «The Normality of Constitutional Politics: An Analysis of the Drafting of the EU Charter of Fundamental Rights», *Constellations*, 11:1 (2004), pp. 412-33.

³ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971, pp. 126-30.

⁴ R. BELLAMY, *Rethinking Liberalism*, London: Pinter, 2000, pp. 152-5.

ner unas normas comunes capaces de coordinar las actividades individuales. Por supuesto, cualquier regla social o legal estabilizará las relaciones humanas en cierta medida, creando derechos de carácter tanto tradicional como institucional. Pero, al final, es la legislación ordinaria la que especifica qué derechos podemos reclamar en unas determinadas circunstancias, la que indica con precisión quién tiene derecho a un determinado beneficio, por ejemplo a la seguridad social, y la que detalla cómo y cuándo puede solicitarse y disfrutarse. Empero, como veremos en el siguiente capítulo, las normas legales pueden no ser simplemente justas o imparciales. Pueden discriminar injustificadamente (y favorecer implícita o explícitamente) a ciertos grupos, incluso aunque cierta estabilidad de expectativas que puedan ofrecer ayude a promover la habilidad de cada cual para programar su vida y actuar con libertad.

Para evitar la posibilidad de una ley parcial o injusta, las declaraciones constitucionales de derechos aspiran a operar a la manera de una ley superior que puede utilizarse para asegurar que las reglas son equitativas y que protegen aquellos intereses vitales sin los cuales los seres humanos carecerían por completo de la capacidad de obrar. Las leyes que no cumplan estos requisitos pueden ser paralizadas o derogadas y, si la ausencia de leyes implica imparcialidad o injusticia, se aprobarán nuevas leyes. Generalmente, los teóricos legales y políticos actuales —al menos los de tendencia progresista— no interpretan que tales declaraciones promueven objetivos concretos, sino más bien que permiten a los ciudadanos perseguir los objetivos que deseen de un modo tal que se garantice una igual consideración y respeto para la posibilidad de que también otros —incluyendo las futuras generaciones— hagan lo mismo⁵. Incluso las medidas que en ciertas constituciones persiguen garantizar algo especialmente valioso para una comunidad particular, como por ejemplo ciertos lenguajes nacionales o determinadas creencias religiosas, se han defendido, no sin polémica, como necesarias para asegurar un reconocimiento igual a las diferentes culturas y modos de vida⁶. Los derechos limitan a veces el modo mediante el cual la gente persigue sus objetivos, e incluso pueden declarar que alguno de tales objetivos es incompatible con la mera posibilidad de una existencia social equitativa. Pero el propósito que les anima es desplegar la autonomía de los individuos para elegir su propio modo de vida sin limitaciones injustificables o mediante la sujeción a otros. En suma, lo que un constitucionalismo basado en derechos ofrece, al menos para los teóricos progresistas, no es una determinada definición de lo que es la vida buena, sino un marco necesario para que cada persona persiga con libertad su propia definición⁷.

⁵ J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993, Lecture 5; y B. BARRY, *Justice as Impartiality*, Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 83-5.

⁶ En especial por Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1995.

⁷ No todo el mundo acepta, obviamente, este argumento de la neutralidad liberal con respecto a los derechos, y más adelante se introducirá, aceptándose en parte, cierta crítica que a tal enfoque

En vistas a este objetivo, la mayoría de las constituciones contienen tres clases de derechos⁸. La primera clase concierne al bienestar humano en un sentido general. Estos derechos protegen la integridad del cuerpo y lo que muchas declaraciones de derechos continentales denominan dignidad humana, por ejemplo mediante provisiones contra la tortura; promueven la libertad individual de pensamiento y acción, especialmente la libertad de conciencia; defienden la propiedad privada y a menudo también el trabajo y el bienestar; y protegen en muchos casos el matrimonio y la familia. Esta clase de derechos ofrecen los prerequisites que se suponen necesarios para que los individuos puedan llevar a cabo las decisiones autónomas y responsables que los capacitan para poder ganarse la vida y establecer relaciones personales provechosas. La segunda clase incluye derechos relacionados con el Estado de derecho, básicamente la necesidad de un proceso justo y la igualdad ante la ley. Por último, el tercer tipo se refiere a derechos que tienen un carácter político más definido. Son los derechos necesarios para una democracia en acción. Algunos pueden ser propios del régimen del país, como por ejemplo las fechas en las que terminan los cargos elegidos para mandatos federales según se especifica en la vigésima enmienda de la Constitución de los EEUU. Otros más generales protegen la libertad de expresión, de asociación y de reunión.

Estos tres tipos de derechos se relacionan respectivamente con los tres argumentos a favor de la revisión judicial basada en derechos reseñados al comienzo de este capítulo. Por decirlo rápido, el primer grupo enfatiza la justicia, el segundo la consistencia y el último la imparcialidad⁹. Las tres son cualidades valiosas que promueven la autonomía individual y la legitimidad política. La justicia asegura que la gente recibe lo que le corresponde y que los intereses de todos son respetados, la consistencia les permite saber dónde se sitúan, y la imparcialidad otorga a todo el mundo la oportunidad de ser consultado, asegurando que todos serán tratados de manera no sesgada. Cada uno de esos factores puede sustentar y normalmente sustenta los otros dos. Pero, aunque esos derechos forman un conjunto, existen entre ellos ciertas tensiones. La justicia puede requerir discriminación para reconocer un caso especial, o puede ser procedimentalmente injusta. La consistencia puede ser un rasgo necesario de la ley, pero, como ya he dicho, es insuficiente para proveer tanto

dirigieron los comunitaristas y los perfeccionistas. Destaco este enfoque porque, al menos para quienes acepten ciertas premisas básicas del régimen democrático (y en particular alguna versión de la igualdad política), insiste en que los derechos deben ser lo primero, sin consideración de las creencias y preocupaciones de los demás. Yo adopto asunciones muy similares, pero estimo que conducen a conclusiones considerablemente diferentes.

⁸ He adaptado estas categorías a partir del listado de valores subyacentes a la democracia constitucional que Ronald DWORKIN recoge en su *Law's Empire*, London: Fontana, 1986. Por descontado, no quiero decir que toda constitución haya de agrupar los derechos exactamente así. De hecho, aunque la declaración de derechos sí que suele recoger los de la primera categoría y casi siempre los de la segunda, muchos de los derechos de la tercera se detallan en el cuerpo de la constitución dedicado al funcionamiento del sistema político y de sus instituciones.

⁹ Ver por ejemplo DWORKIN, *Law's Empire*.

imparcialidad como justicia. La imparcialidad, en el sentido procedimental de otorgar voz a todos y asegurar que las decisiones sean proporcionales a los puntos de vista de los afectados, no implica siempre resultados justos o consistentes.

La mayoría de los defensores de los derechos constitucionales reconocen las aspiraciones divergentes de estas tres consideraciones y buscan armonizarlas en alguna medida. Una postura habitual, en la que me voy a centrar aquí, ha sido la de acentuar la primacía del primer conjunto de derechos con respecto a los otros dos, para lo cual normalmente se sugiere que tales derechos se encuentran implícitos en ellos y de algún modo los engloban. Por ejemplo, la justicia puede igualarse a (o bien ser considerada necesaria para) cierta forma sofisticada de consistencia legal¹⁰, o bien puede ser considerada como el resultado (o como una precondition) de un procedimiento imparcial, viniendo a reflejar un consenso implícito entre los ciudadanos demócratas necesario para el propio proceso democrático¹¹, o asociarse a alguna combinación de todas esas posturas¹². Bajo tales consideraciones, la revisión judicial se justifica porque proporciona un procedimiento de arbitraje menos sesgado y más estable que se aproximaría a una forma idealizada de razonamiento público más de lo que cualquier parlamento podría hacerlo. Se trata de alegatos en parte empíricos, aunque como veremos la evidencia al respecto está lejos de ser inequívoca. Pero la atención principal girará en torno a su fundamento normativo. Bajo todas ellas subyace la creencia de que el papel de una constitución debe ser el de promover una percepción consensuada de la justicia, la creencia de que tanto la mera integridad como el fundamento de un sistema constitucional dependen de lograr tal cosa¹³. Mantendré por el contrario que tal acuerdo es improbable. Y entonces el carácter y la misión de una constitución es radicalmente diferente. Su propósito no puede ser un cierto patrón de relaciones justas entre los ciudadanos. Lo que hace más bien es ofrecerles procedimientos imparciales para lidiar con sus desacuerdos sobre la justicia y, si es necesario, establecer decisiones colectivas que se imponen equitativamente. En otras palabras, en vez de interpretar los derechos relativos a la imparcialidad y a la consistencia mediante los derechos que definen la justi-

¹⁰ L. FULLER, *The Morality of Law*, revised edition, New Haven: Yale University Press, 1969, F. A. HAYEK, *Rules and Order*, London: Routledge, 1973D; y DWORKIN, *Law's Empire*, acentúan este aspecto de diferentes maneras.

¹¹ Adoptan este tipo de argumento, si bien con importantes diferencias y matices, RAWLS, *Political Liberalism*, y J. HABERMAS, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. W. REHG, Cambridge: Polity, 1996.

¹² Puede considerarse que la mayoría de los enfoques que priorizan los derechos constitucionales, incluidos los que se han citado en anteriores notas, vienen a sintetizar alguna de estas posturas, si bien en cada caso se acentúan unos aspectos y no otros y las interpretaciones consiguientes pueden ser diferentes.

¹³ Tal y como lo expone RAWLS, una «sociedad bien ordenada» es aquella «en la que todo el mundo acepta, y sabe que todos los demás aceptan, idénticos principios de justicia». RAWLS, *Political Liberalism*, p. 35.

cia, lo que necesitamos es darle la vuelta a tal perspectiva y ver este último conjunto de derechos como si emergieran de (o fueran intercambiables por) los procesos asociados a los otros dos conjuntos de derechos. Como ya he dicho, los siguientes capítulos tratarán de establecer en qué medida son sustantivos los derechos implícitos en tales procedimientos legales y democráticos, y de dilucidar si deben o no ser constitucionalizados y por tanto protegidos judicialmente.

2. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y «LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA POLÍTICA»

Aunque mucha gente piensa que las condiciones de la justicia son tales que ésta ha de plasmarse necesariamente en derechos, no hay acuerdo acerca de cosas como cuáles son esos derechos, cuál es su naturaleza, quiénes son sus portadores y qué relaciones se establecen entre ellos. ¿El derecho a la vida impide el aborto? ¿Hasta qué punto supone el derecho a la propiedad limitaciones a los pagos destinados al bienestar colectivo? ¿Cuándo, en su caso, debe el derecho a la libertad de expresión ceder ante la privacidad? La lista de potenciales divisiones con respecto al significado y a la aplicación de los derechos parece interminable. Esta dificultad supone un problema para el enfoque de los derechos constitucionales. En la medida en que necesitemos derechos debido a las circunstancias de la justicia, parece que tendremos que identificarlos e interpretarlos en eso que Jeremy WALDRON y Albert WEALE, entre otros, han denominado «las circunstancias de la política»: básicamente, una situación en la que necesitamos de un acuerdo que obligue a todos colectivamente, debido a que, aunque las opiniones y los intereses diverjan acerca de cuál deber ser la naturaleza de tal acuerdo y aunque no dispongamos de una solución demostrablemente óptima al respecto, sin él nuestras vidas serían peores de lo que ahora son¹⁴. Si los derechos forman parte del contenido de la política, entonces su capacidad de constituir una esfera política se verá seriamente limitada. No podremos definir o interpretar los derechos sobre la base de su congruencia con una perspectiva compartida de la verdad y la justicia. En vez de ello, la legitimidad de cualquier derecho constitucional o legislativo habrá de descansar tanto en la justicia de los procedimientos empleados para resolver las discrepancias de la gente sobre ellos como en la coherencia que mantengan esos procedimientos en su conjunto. No serán los derechos constitucionales los que legitimen el sistema político, sino al contrario: la constitución del proceso político será la garantía de la aceptabilidad del sistema de derechos.

¹⁴ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 107-18, y A. WEALE, *Democracy*, Basingstoke: Macmillan, 1999, pp. 8-13.