

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

# **Control judicial de la ley y derechos fundamentales**

## **Una perspectiva crítica**

*Memoria de tesis presentada por*

**Diego Moreno R.A.**

*para la obtención del Grado de Doctor en Derecho*

*Director*

**Prof. Dr. Augusto Martín de la Vega**

2008



*Para Belén, por todo*



“The opinions of the Supreme Court, whatever they may be, will have the force of law; because there is no power provided in the Constitution, that can correct their errors or controul their adjudications. From this Court there is no appeal. And I conceive the legislatures themselves, cannot set aside a judgment of this Court, because they are authorised by the Constitution to decide in the last resort”.

*–Brutus*



## AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, debo agradecer a mi director de tesis, el profesor Augusto Martín de la Vega, quien a través de sus clases y de sus obras me transmitió la pasión por el conocimiento de los fundamentos teóricos de la justicia constitucional. Si bien el profesor Martín de la Vega disiente con casi todas las posiciones que se defienden en esta investigación, su nobleza y magnanimidad han permitido que se desarrolle un genuino ejercicio dialéctico entre maestro y discípulo, y ha hecho posible además el auténtico pluralismo de ideas que debe presidir la vida de todo departamento universitario. Sólo espero que este trabajo, con todas sus flaquezas, pueda estar a la altura del rigor y del entusiasmo que me inculcó con su ejemplo, así como de la confianza que siempre demostró hacia este arriesgado proyecto. Sin el apoyo académico y moral del profesor Martín de la Vega, el cual poco a poco fue transformándose en una auténtica amistad en el sentido aristotélico de la expresión, este humilde doctorando paraguayo jamás hubiera llegado tan lejos.

Asimismo, deseo mencionar de manera muy especial al profesor José Luis Cascajo Castro. Mi deuda intelectual hacia el Maestro, por no hablar ya de mi admiración y gratitud, es demasiado grande como para poder ser expresada con palabras. Espero tener el enorme privilegio de ser considerado como un modesto discípulo de la escuela de derecho constitucional forjada en torno a su extensa y productiva carrera académica, presidida por el rigor intelectual, y puesta al servicio de los nobles valores del constitucionalismo.

El Profesor Francisco Laporta me abrió las puertas de la Universidad Autónoma de Madrid para que pudiera continuar con mi investigación, brindándome todo el respaldo que un doctorando pudiera llegar a desear. Juan Carlos Bayón me brindó igualmente un apoyo fundamental en un momento de muchas dudas y cavilaciones sobre la marcha del proyecto. Expresar mi profundo agradecimiento hacia ambos es lo menos que puedo hacer en este lugar.

En una etapa crucial de la tesis, y motivada únicamente por la nobleza de su espíritu, Mercedes Enciso me prestó una ayuda invaluable, y quizás más importante aún, me brindó todo el apoyo moral necesario para llegar hasta la meta. Sin ella, no hubiera podido dar conclusión a esta tesis.

Dado que los doctorandos, y en especial los que venimos de otras latitudes, no podemos vivir sólo de libros e ideas, debo mencionar también aquí, por su amistad incondicional, a Víctor Vázquez, constitucionalista, torero y poeta. Víctor ha hecho de

mi estancia en España una etapa inolvidable de mi vida, y fue la llave que me permitió acceder a la España mística y profunda de la cual me enamoré como un adolescente. Y por supuesto, mi agradecimiento también a Don Javier y a Doña Mila, por su categoría, y por haber sido mis padres adoptivos en España.

Belén Cerezuela, también tuvo que cargar con los “efectos colaterales” de esta tesis, por lo cual deseo expresar mi agradecimiento por su enorme paciencia y por la amabilidad que siempre me demostró. A su vez, José Valentín Hernández, gran entusiasta del Real Madrid, no sólo me prestó una ayuda fundamental durante todos estos años, sino que mantuve con él las más elevadas discusiones futbolísticas. Mario Hernández también me brindó su amistad y su generosa ayuda de diversas maneras.

Muchas otras personas colaboraron conmigo de distintas maneras a lo largo de esta investigación, ya sea enviándome artículos inéditos, comentarios y sugerencias, accediendo a entrevistarse conmigo, infundiéndome ánimos para seguir adelante, o simplemente respondiendo a mis emails. No puedo dejar de mencionar, en primer lugar, a Miguel Ángel Rodilla y Juan Manuel Pérez Bermejo, así como a Marian Ahumada, Richard Bellamy, Miguel Beltrán, Richard Ekins, Victor Ferreres, José Luis Martí, Mark Tushnet, Jeremy Waldron, Paul Yowell, Chistopher Zurn, y varios otros.

Me he beneficiado además de diversas maneras del excelente plantel de profesores del área de derecho constitucional de la Universidad de Salamanca, quienes sin duda han contribuido también a mi formación. Mis compañeros de doctorado y del “Seminario 105”, a quienes evito nombrar a fin de no incurrir en omisiones accidentales, contribuyeron a crear un ambiente propicio para la discusión apasionada de ideas y temas relacionados a la teoría constitucional, del cual salí sumamente enriquecido.

La revista *Teoría y Realidad Constitucional* tuvo la gentileza de otorgarme un premio y de publicar un trabajo de mi autoría, lo cual constituyó en su momento un estímulo importante para continuar trabajando cuando todo se veía aún muy lejano. Por este motivo, deseo expresar mi gratitud hacia el jurado del concurso, y en especial, hacia el Prof. Oscar Alzaga Villamil y Fernando Reviriego.

Debo aclarar, no obstante, que ninguna de las personas aludidas es “culpable” en modo alguno por las ideas contenidas en esta investigación o por los errores y defectos que la misma pudiera contener.

\*\*\*\*\*

El Banco Santander Central Hispano financió una parte de esta investigación durante una etapa inicial, en el marco de un proyecto en conjunto con la Universidad de Salamanca, con lo cual deseo expresar mi gratitud hacia ambas instituciones. El resto fue saldado mediante el enorme esfuerzo de mi esposa y de la generosidad de mi familia, quienes en distintas etapas y de diferentes maneras colaboraron para hacer realidad este proyecto. El despacho Moreno Ruffinelli & Asociados de Paraguay también contribuyó a financiar de manera importante la investigación. Tampoco puedo dejar de mencionar a Víctor, Augusto, Mercedes, José Valentín y varios otros amigos en Salamanca por su infinita generosidad en la época de vacas flacas propias de todo investigador.

\*\*\*\*\*



En el plano familiar, el apoyo de mi esposa, Belén, sus renunciamentos e imperturbable paciencia, así como su cariño y su compañía, han sido tan importantes que no puedo sino dedicarle este trabajo. En homenaje a ella, quien fue mi compañera de viaje en esta auténtica aventura por tierras ibéricas, he intentado acabar la tesis de la mejor manera posible. (Besy, esto es para vos, gracias, gracias, mil veces gracias... ¡un dragón menos!)

Mi padre y mi madre han ejercido una enorme influencia sobre mi trayectoria personal, académica, y profesional. Ambos me han inculcado estándares de excelencia y de superación personal a lo largo de toda mi vida, y han sido para mí un modelo de vida virtuosa al que aspirar. Todo lo que pueda decir aquí para expresar mi total devoción e infinita gratitud hacia ellos será sin duda insuficiente. (Momsy, Teetetes: gracias por todas las oportunidades, espero haberlas sabido aprovechar al máximo...)

*Propter honoris respectum:* mis hermanos José y Roberto –el único pero selecto auditorio del que dispongo en Paraguay, junto con Teetetes– han sido mis mentores académicos desde siempre, y su ejemplo y estímulo permanente han constituido una permanente fuente de inspiración para la realización de este trabajo, como si cada línea que escribiese se dirigiera exclusivamente a querer demostrarles –a ellos antes que a nadie más– la irrefutabilidad de mis ideas sobre el derecho y la filosofía política.

Mis cuatro hermanas, Fátima, Martha Stella, Liliana y María Esmeralda, me brindaron siempre su cariño, su apoyo y su generosidad incondicionales. ¿Qué más puedo decir? ... “You are the wind beneath my wings”.



## ÍNDICE

<b>PRÓLOGO .....</b>	<b>15</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>19</b>
1. Introducción .....	19
a) La crítica en el contexto de la teoría constitucional norteamericana .....	22
b) Una breve noticia sobre la forja moderna del problema de la dificultad contramayoritaria .....	27
c) El control judicial y la actualidad de la Corte Suprema.....	37
2. Una crítica comprometida con la idea de los derechos.....	44
3. Sobre la estructura de la investigación.....	49
<b>Capítulo 1.....</b>	<b>51</b>
<b>EL PLURALISMO COMO CONTEXTO DE LA CRÍTICA Y LA DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN.....</b>	<b>51</b>
1. Una formulación de la tesis defendida en esta investigación .....	51
2. Delimitación del ámbito de la crítica .....	64
a) El alcance del control judicial del que se predica la crítica .....	65
b) Sobre el tipo de sociedades a las que habrá de aplicarse la crítica .....	71
c) Algunas precisiones adicionales .....	79
3. El pluralismo como contexto de la crítica.....	80
a) La idea del desacuerdo y su extensión al ámbito de los derechos .....	82
b) El desacuerdo y los catálogos de derechos .....	89
c) ¿Un problema de indeterminación del derecho?.....	95
d) Algunos ejemplos como muestra .....	104
e) El control judicial como procedimiento de decisión.....	107
f) Algunas justificaciones del control judicial excluidas por el pluralismo	111
4. A modo de conclusión .....	114
<b>Capítulo 2.....</b>	<b>117</b>
<b>EL DERECHO A PARTICIPAR Y SU INSTITUCIONALIZACIÓN .....</b>	<b>117</b>
1. Dos criterios complementarios de diseño institucional .....	117
2. El contenido de la legitimidad procedimental .....	122
a) El derecho a participar .....	122
b) Objeciones al derecho a participar .....	135

3. La legitimidad procedimental y su vinculación con los procedimientos legislativo y judicial.....	144
a) Las legislaturas y su ethos participativo .....	145
b) Tras los “vestigios” del autogobierno .....	156
c) Los tribunales y la representación de intereses.....	166
d) El control judicial como mecanismo para la introducción de inputs adicionales al sistema político .....	173
4. Conclusión .....	180

**Capítulo 3.....183**

**LOS DERECHOS Y LA CAPACIDAD INSTRUMENTAL DE LOS PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVO Y JUDICIAL.....183**

1. Una breve recapitulación .....	183
2. Algunas precisiones metodológicas y otras dificultades preliminares .....	188
3. Un análisis crítico de la tesis de la superioridad instrumental de los órganos jurisdiccionales.....	206
a) Los derechos fundamentales como principios morales y políticos abstractos y las limitaciones del discurso técnico-legal.....	210
b) La estructura del proceso jurisdiccional y el carácter definitivo de las decisiones sobre derechos .....	226
c) La racionalidad del proceso legislativo y su relación con el debate sobre el valor epistémico de la democracia .....	247
d) Los condicionamientos políticos de la función judicial.....	260
e) Coda: una nota sobre la descripción del control judicial como una institución diseñada para lidiar con situaciones concretas y particulares de violaciones de derechos.....	274
4. Conclusión .....	277

**Capítulo 4.....279**

**LOS DERECHOS AL CUIDADO DEL PROCESO DEMOCRÁTICO-MAYORITARIO .....279**

1. Introducción .....	279
2. La participación en condiciones de pluralismo razonable .....	282
a) Hacia una concepción más auténticamente realista de la participación ..	282
b) La participación en la democracia “dual” y en la teoría del precompromiso racional.....	297
3. Participación y derechos .....	308
a) Decisiones sobre derechos .....	308
b) ¿Foro de principios?.....	316
4. Los derechos de las minorías y su protección por medio del proceso democrático-mayoritario.....	325
a) Algunas nociones introductorias sobre la regla de la mayoría como método de decisión .....	328
b) El legislador, los tribunales y la protección de las minorías.....	340
5. El caso de los sistemas con patologías generalizadas y de las decisiones erróneas aisladas en el contexto de sociedades bien ordenadas.....	360

a) Algunos escenarios patológicos.....	361
b) La “tiranía de la mayoría” y el caso de las minorías discretas e insulares .....	367
c) Decisiones erróneas puntuales en el contexto de sociedades bien ordenadas .....	376
6. Conclusión .....	381
<b>Capítulo 5.....</b>	<b>385</b>
<b>PARTICIPACIÓN, DEMOCRACIA Y CONTROL JUDICIAL.....</b>	<b>385</b>
1. Introducción .....	385
2. El desafío procedimental.....	390
a) Una síntesis del procedimentalismo.....	390
b) La respuesta desde el pluralismo, el derecho a participar y la capacidad institucional.....	395
c) De nuevo sobre la desconfianza y la pretendida imparcialidad judicial..	401
d) ¿Control judicial autocontenido? .....	409
3. <i>Digresión</i> : el “constitucionalismo débil”.....	416
4. El control judicial en la democracia sustantiva.....	424
a) Democracia sustantiva y control judicial.....	424
b) Algunas objeciones desde el pluralismo y el derecho a participar .....	429
c) Deliberación pública, control judicial y educación ciudadana .....	437
5. Conclusión .....	444
<b>Capítulo 6.....</b>	<b>447</b>
<b>ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LOS SISTEMAS DÉBILES DE CONTROL JUDICIAL DE LA LEY.....</b>	<b>447</b>
1. Introducción .....	447
2. Dos justificaciones de modelos fuertes interpretadas en clave de modelos débiles .....	454
a) Hacia una interpretación adecuada de la teoría de Ferreres.....	454
b) El modelo “débil” de Prieto Sanchís.....	461
3. Una justificación dudosa de los sistemas débiles de control judicial: la teoría del diálogo interinstitucional .....	465
4. ¿Son estables los sistemas débiles?.....	471
5. Una conclusión ambigua.....	482
<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>489</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>493</b>



## PRÓLOGO

*El presente trabajo de tesis doctoral es en un sentido modesto y en otro ambicioso. Se trata de un trabajo modesto en el sentido de que pretende constituir un mero desarrollo y extensión de la crítica que otros autores han planteado en contra de la institución del control judicial de la ley, y que se edifica primordialmente sobre las aportaciones de los autores más importantes en el ámbito de la crítica contemporánea, entre los que cabe incluir a Jeremy Waldron, Juan Carlos Bayón, Mark Tushnet, Larry Kramer, Michael Klarman, Richard Bellamy, y otros. Pero la influencia más importante es sin duda la del primero de los citados, el Profesor Waldron, y su impronta está presente a lo largo de toda la investigación, sirviendo como permanente fuente de inspiración, marco para disciplinar la discusión, y pretexto para explorar o desarrollar algunos tópicos tematizados por el autor. La importancia concedida a este autor se justifica por el hecho de que su obra es ya concebida como un “canon” en la crítica contemporánea al control judicial de la ley, lo cual de por sí hace atractivo el estudio y profundización de la misma<sup>1</sup>. Por otra parte, la investigación pretende seguir además la*

---

<sup>1</sup> Así, un autor ha dicho que, junto con la de Ronald Dworkin, estos dos autores representan las dos posturas opuestas con relación al control judicial empleadas como puntos de referencia “contra los que la mayoría de los participantes en este debate definen sus propias opiniones”. (W. Sadurski, “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, 22 *Oxford Journal of Legal Studies* 275 (2002), p. 277.) Esta contraposición se explica en parte en razón de que Waldron parece haber edificado gran parte de su crítica *en oposición* a Dworkin y quizás también a John Rawls, con el que Dworkin guarda importantes analogías. Véase R. Dworkin “Rawls and the Law”, *Fordham Law Review* 1387 (2004), donde Dworkin manifiesta con alusión a Rawls, p. 1405: “The work of philosophical icons is rich enough to allow appropriation through interpretation...”. Con relación a la crítica de Waldron, otros han dicho que se trata de la crítica más importante al control judicial “desde la aparición del fundamental trabajo de Alexander Bickel”, lo cual, teniendo en cuenta el volumen de

*estela de ciertos autores que en el ámbito de habla hispana se han dedicado con anterioridad al problema de la justificación del control judicial de la ley, como Victor Ferreres, Luis Prieto Sanchís, Marian Ahumada, el ya citado Bayón, así como los argentinos Carlos Nino, Roberto Gargarella, y varios otros, quienes con su trabajo han sentado la bases para una perspectiva vernácula sobre un tema tradicionalmente considerado como propio del ámbito jurídico-constitucional norteamericano.*

*Desde otra perspectiva, la presente investigación constituye un esfuerzo ambicioso, en el sentido de que pretende cuestionar una determinada concepción del constitucionalismo que, al decir de Alec Stone Sweet, “no presenta ningún rival serio en el presente”<sup>2</sup>. El enfoque crítico por el que he optado –que como se verá en la introducción, no se reduce en puridad a una crítica sino que presenta paralelamente una vertiente constructiva–, procede bajo el entendimiento de que, en el ámbito de las distintas ramas del saber, el desafío a las creencias predominantes, cuando van presididos por un espíritu de crítica constructiva, así como de una exposición sincera y desinteresada de sus motivos, pueden resultar saludables<sup>3</sup>. Por el contrario, cuando las*

---

la literatura producida a partir de dicha obra, situaría a Waldron como el autor contemporáneo más importante en la literatura crítica sobre la materia. (R. Gargarella y J. L. Martí, “La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos”, estudio preliminar de J. Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, p. XXVII.) Añaden en otro lugar que el autor se ha convertido “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” (p. XIV). Otra ventaja de tomar como referencia la obra de Waldron consiste en que el autor también ha hallado un eco considerable en España, lo cual nos permitirá aprovechar una importante bibliografía autóctona en torno a la obra del autor. Así, constitucionalistas como Víctor Ferreres, Marian Ahumada, Luis Prieto Sanchís y otros se han referido a su obra, dedicándole o bien una atención meramente incidental, o bien una consideración más detenida, según los casos. A su vez, filósofos del derecho como Francisco Laporta, Juan Carlos Bayón, Alfonso Ruiz Miguel, José Juan Moreso, Pablo de Lora, y otros, por citar sólo algunos, han hecho lo propio. El primero de éstos no ha dudado en afirmar que ha sido Waldron “quien ha planteado en los últimos años con más fuerza” el problema de la objeción democrática al control judicial de la ley, en tanto que Bayón no duda en catalogar a la crítica de Waldron como “la más lúcida y potente” de las críticas recientes al constitucionalismo. (F. J. Laporta, “El ámbito de la Constitución”, 24 *Doxa* (2001), p. 477; J. C. Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 216.)

<sup>2</sup> A. Stone Sweet, “Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter”, 101 *Michigan Law Review* 2744 (2003), p. 2769. Stone, sin embargo, emite este juicio en relación a la doctrina de la supremacía parlamentaria en general, en tanto que, como se verá en el capítulo 1, esta investigación se limita a cuestionar el control judicial restringido al ámbito de los derechos fundamentales.

<sup>3</sup> En el mismo sentido, A. Tomkins, “Introduction: On Being Sceptical about Human Rights”, en T. Campbell, K. D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*,



## PRÓLOGO

*ideas y las instituciones imperan sin ser sometidas a más examen que la apelación a las “facta concludentia” (como diría Rubio Llorente)<sup>4</sup>, acaban o bien perdiendo vigor y anquilosándose, o bien, convirtiéndose en objeto de culto y veneración antes que de análisis racional. Y esto valdría aún cuando la crítica no resulte plenamente convincente a la postre, pues en este caso, espero que la misma sirva, cuando menos, como una invitación para repensar a profundidad –de la mano de los autores citados– algunos lugares comunes sobre la institución del control judicial de la ley, prestando una mayor atención a los complejos y delicados asuntos de moralidad política que se esconden detrás de la misma, así como de los problemas relativos a una adecuada distribución de competencias en el marco de una forma de Estado que aspira a ser constitucional y a la vez democrático. Quizás el sólo efecto de propiciar una actitud más “humilde” ante la institución del control judicial deba verse ya como un logro importante<sup>5</sup>. En consecuencia, debo dejar en claro que no pretendo presentar un alegato irrefutable, convencer completamente al lector, ni mucho menos propiciar reformas estructurales a nuestros actuales sistemas políticos, sino que mi objetivo básico es el de intentar llamar la atención sobre algunos de los complejos problemas que plantea para la teoría constitucional un modelo institucional de supremacía judicial que se ha impuesto a*

---

Oxford, Oxford, 2001, p. 3, escribe, con relación a la función social del académico, lo siguiente: “our natural, almost automatic position on anything, practically, should be to raise concerns, to think again, to pause for thought, to quibble, dissent, reargue, reappraise, reconsider; that if and insofar as we could claim to have anything of much practical utility to offer society, that this would be it; that this is the very essence of academic scholarship –its *raison d’être*– to adopt, and express, as thoughtfully and authoritatively as we can, our positions of scepticism”.

<sup>4</sup> F. Rubio Llorente, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, en la compilación del mismo autor, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª edic., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 544-5. Aparte de recordarnos que los hechos no proveen razones justificatorias autónomas, Rubio deja en evidencia la debilidad de los tradicionales argumentos para justificar el control de constitucionalidad, los cuales no han podido explicar hasta ahora de manera satisfactoria la razón por la cual “la amenaza de las mayorías, la fragilidad de la ley como garantía de los derechos fundamentales y la necesidad de atribuir a los jueces funciones que exceden de su cometido tradicional no son sentidas con la misma fuerza en todos los países europeos”, incluso en países con una cultura política de libertades públicas relativamente aceptable. A lo cual agrega que dichos argumentos tampoco han podido explicar de modo plenamente satisfactorio de dónde proviene “la legitimidad de este poder del juez sobre la representación popular”.

<sup>5</sup> Esta afirmación debe entenderse sobre todo en el contexto de las justificaciones de la institución en el ámbito jurídico-constitucional norteamericano, en el que algunos autores a veces parecen adoptar una actitud dogmática sobre las virtudes del *judicial review*.

## PRÓLOGO

*escala global y que, al menos de momento, parece gozar de una aceptación generalizada*<sup>6</sup>.

*Por último, debo aclarar que, por tratarse de un trabajo de tesis doctoral, el mismo está escrito en general en términos perentorios y en ocasiones con un tono acaso demasiado concluyente. En muchos sitios cabrían matizaciones importantes, e incluso quizás concesiones, pues no creo que nadie posea la verdad absoluta en cuestiones de moralidad política como las que se discuten en esta investigación. Además, todavía no poseemos una metodología adecuada o un conocimiento empírico suficiente como para determinar de manera inequívoca algunas de las delicadas cuestiones institucionales que aquí serán sometidas a examen*<sup>7</sup>. Sin embargo, espero que la presentación por la que he optado sirva para exponer con mayor claridad mis posiciones, sin debilitar de manera innecesaria la fuerza de los argumentos que las sostienen.

---

<sup>6</sup> Sin embargo, en la conclusión de un estudio dedicado al desarrollo de la idea de constitución a través la historia, M. Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 164, al referirse al equilibrio que ha alcanzado el constitucionalismo europeo contemporáneo, reconoce el peligro de tensiones de distinto género que pueden llegar a desestabilizarlo. El mantenimiento y consolidación del citado equilibrio presupone, en palabras del autor, que tanto los sujetos de la política democrática como los de la jurisdicción constitucional no sucumban ante la tentación de invadir recíprocamente el campo de acción de los otros. Así como el poder sigue siendo reticente a someterse a los límites del orden constitucional, “existe una difusa tendencia a extender de manera considerable el papel de los jueces, y, en particular, el control de constitucionalidad”. De esto se desprendería que los paradigmas constitucionales están en permanente cambio, por lo cual no es de recibo pensar que nos hallamos ante el “fin de la historia” en lo que a la teoría del Estado se refiere.

<sup>7</sup> No obstante, quienes defienden la institución del control judicial también deberían estar dispuestos a realizar estas mismas concesiones.

# INTRODUCCIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

A pesar de la “explosión a escala mundial” que ha experimentado el control judicial de la ley durante las últimas décadas, la justificación de esta institución continúa resultando bastante “misteriosa”<sup>1</sup>. Cuestiones de moralidad política que son de la máxima importancia para la vida de los ciudadanos y de las comunidades de las que forman parte, caen potencialmente bajo el ámbito definitorio de órganos integrados por

---

<sup>1</sup> El primer entrecomillado corresponde a M. Cappelletti y W. Cohen, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, The Bobbs-Merrill Co., Indianapolis, 1979, p. 12. Pero cuando estos autores escribían aún no se había producido la tercera oleada constitucional que afectó a los países de Europa del Este, a lo cual debe añadirse los casos del Reino Unido, Nueva Zelanda, Canadá, Israel, Sudáfrica, algunos países asiáticos, y quizás incluso otros más, que no suelen comprenderse bajo las anteriores oleadas. Para una relación de estas “oleadas”, véase R. Jiménez de Asensio, *El constitucionalismo*, IVAP, Oñati, 2001; así como la introducción de T. Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, Cambridge, 2003. Para describir la magnitud de esta transformación operada en el escenario internacional durante las últimas décadas a raíz de la extensión del control judicial a determinados países que anteriormente carecían de él, R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origin and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Cambridge, 2004, sostiene que estamos ante un giro hacia un nuevo orden político que él denomina “juristocracia”. Lo cual autorizaría a concluir, junto con A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Western Europe*, p. 1, de que, hoy por hoy, podemos “declarar muerto” al principio de la supremacía parlamentaria. Por contraste, en 1933, Herman Heller, escribiendo para una enciclopedia de ciencias sociales, al aludir al constitucionalismo, señalaba que se trataba de una forma de gobierno con predominio del legislativo: “Thus in the constitutional state the legislative and governmental agencies enjoy a virtual monopoly of political power to the exclusion of the administrative and the judicial”. Véase Edwin R. A. S. y A. Johnson (eds.), *Encyclopaedia of the Social Sciences*, New York: Macmillan, 1933, p. 305, cit. en R. Hardin, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, p. ix. La descripción de la justificación del control judicial como “misteriosa” corresponde a C. S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 258.

## INTRODUCCIÓN

una elite profesional que no resulta más capaz que los ciudadanos ordinarios ni que sus representantes para deliberar sobre estas complejas cuestiones de moralidad política. Dichos órganos se hallan relativamente aislados institucionalmente del proceso político, y en consecuencia, no responden electoralmente por sus actos ante la ciudadanía. Todo ello va en detrimento de la opinión y de la capacidad de decisión final que los ciudadanos y sus representantes electos puedan tener sobre estas cuestiones de moralidad política que afectan a esa misma ciudadanía y a la comunidad de la que forman parte<sup>2</sup>. Entre dichas cuestiones se encuentran, por citar sólo algunas de no poca importancia, la determinación de qué tipo de medidas concretas se conforman mejor al ideal del igual trato y consideración debido a cada ciudadano; la regulación del problema del aborto y de la eutanasia; la decisión sobre si los homosexuales tendrán derecho a contraer matrimonio; la fijación de los límites de la libertad expresión; la articulación de una solución a los problemas que plantea el fenómeno religioso en el marco de un Estado laico; el modo de ordenar una diferenciación entre los ámbitos público y privado de manera a delimitar una esfera en la que el Estado no podrá intervenir en la vida de los ciudadanos; la vertebración de las reglas sobre la propiedad privada y su conformidad a valores de justicia distributiva; el modo en que una comunidad política tratará a sus grupos minoritarios; la manera correcta de articular los distintos derechos que posibilitan el desarrollo del proceso democrático, tales como la regulación de las campañas políticas, la elección de los sistemas electorales y las condiciones del proceso electoral; por no hablar ya de los derechos económicos, sociales y culturales y aún los de tercera generación, así como muchos otros temas que tienen por objeto a los derechos fundamentales o que los afectan de algún modo.

Aun teniendo en cuenta la gran cantidad de esfuerzos que se han ofrecido para intentar justificar el control judicial tomando como parámetros los derechos fundamentales bajo un sistema de supremacía judicial, lo cierto es que, a final de cuentas, hasta la fecha no parecen existir justificaciones convincentes para defender la legitimidad de una institución que resulta, cuando menos, bastante problemática desde el punto de

---

<sup>2</sup> Así, y en relación al contexto estadounidense, R. Dworkin, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Eutanasia and Individual Freedom*, Knopf, New York, 1993, p. 137, admite que “[a]lgunas de las más importantes decisiones políticas que cualquier comunidad debe adoptar...han sido decididas para los norteamericanos por jueces, en lugar de por los representantes electos del pueblo”.

## INTRODUCCIÓN

vista de una teoría que tome en cuenta el hecho del pluralismo razonable que caracteriza a las democracias constitucionales contemporáneas, así como la capacidad de autonomía y responsabilidad que normalmente se atribuye a los ciudadanos en el contexto de una teoría de los derechos y que los hacen plenamente capaces de adoptar, por medios inclusivos y participativos, decisiones más o menos razonables en materia de derechos. Por lo demás, a pesar de que el debate sobre la legitimidad de la institución ha estado en la agenda de la teoría constitucional durante ya bastante tiempo, la literatura sobre la justificación del control judicial de la ley sigue encontrándose atestada de justificaciones místicas, románticas o idealizadas de todo tipo. Así, continúan gozando de popularidad los enfoques que justifican el control judicial sobre la base de su capacidad para proteger a las minorías desvalidas; o sobre la base de que ayuda a una ciudadanía a comprender mejor los valores constitucionales a los que se hallan comprometidos, pues se presume que los ciudadanos por sí solos no pueden hacerlo; o sobre la base de que promueven el diálogo y la deliberación pública; o de que la institución desempeña una función educativa; o de que sólo los órganos jurisdiccionales son capaces de actuar como descifradores de la voluntad del pueblo expresada en la constitución, etc. Todo ello hace suponer que, a pesar de los ríos de tinta que han corrido, el debate sobre la problemática de la legitimidad del control judicial –al menos para quienes se toman en serio dicha problemática<sup>3</sup>–, está lejos de haberse agotado<sup>4</sup>.

Sin embargo, el intento de ofrecer una concepción crítica del control judicial de la ley puede resultar abstruso cuando en muchas de las democracias occidentales contemporáneas dicha institución suele aparecer en la cultura jurídica predominante

---

<sup>3</sup> En efecto, como señala Juan Carlos Bayón, a veces se ha tendido “a subestimar la envergadura del problema y a dar por sentado con demasiada facilidad que entre democracia y constitucionalismo no hay ninguna dificultad de encaje especialmente severa. Y digo que con demasiada facilidad porque se ha entendido muchas veces que para demostrarlo basta con acudir a unos pocos argumentos aparentemente muy sencillos, de cuya solidez no parece dudarse lo más mínimo”. (J. C. Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 74.)

<sup>4</sup> Como se ha hecho notar en una de las más importantes contribuciones contemporáneas a la teoría del Estado constitucional y democrático de derecho, la “existencia de tribunales constitucionales es algo que no se entiende sin más. Tales instituciones están ausentes en muchos estados de derecho. Y allí donde existen, como es el caso de Alemania y Estados Unidos, su posición en el edificio de competencias del orden constitucional, y la legitimidad de sus decisiones”, continúan siendo un asunto controvertido. (J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de teoría del discurso*, 3ª edic., Trotta, Madrid, 2001, p. 312.)

revestida de una carga emotiva favorable. En consecuencia, en este capítulo introductorio intentaré ofrecer una perspectiva histórica que permita en cierta forma neutralizar una imagen muy difundida que concibe al control judicial como una institución diseñada para lograr una mejor protección de los derechos fundamentales, satisfaciendo así ideales de justicia e igualdad. Al mismo tiempo, pretendo introducir algunos de los rasgos que caracterizan a la crítica al control judicial que intentaré defender en este trabajo, enfatizando que la misma no debe asociarse a una posición contraria a la idea de los derechos fundamentales. De esta manera, iré preparando el terreno para la crítica a la institución que será presentada en los capítulos siguientes, exponiendo de paso algunos hechos significativos que permitan comprender mejor el contexto de la crítica y los perfiles que la misma irá adquiriendo.

### *a) La crítica en el contexto de la teoría constitucional norteamericana*

El problema de legitimidad que suscita el control judicial puede ser abordado de manera más adecuada cuando se lo contextualiza dentro de las coordenadas de un determinado sistema político. En consecuencia, y salvo que del texto se infiera algo distinto, debe señalarse antes de nada que en esta investigación emplearé primordialmente como contexto para formular mis tesis y verificar mis conclusiones al sistema político norteamericano, en el que existe una rica tradición de disputa y contestación sobre la institución del control judicial de la ley, lo cual posibilitará el desarrollo de una discusión mejor enfocada y por tanto, más provechosa. Como es sabido, el modelo norteamericano del *judicial review* ha pretendido ser exportado y es muchas veces admirado e imitado en diversas partes del mundo, por lo cual una crítica al mismo debería resultar de interés allende las fronteras de este sistema político. Por lo demás, como se aclarará más adelante, también emplearé un conjunto de presuposiciones que nos permitirían formular algunas conclusiones de carácter general que podrían resultar aplicables, al menos *prima facie*, a un conjunto de sociedades democráticas contemporáneas que presenten algunos rasgos genéricos comunes<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 1, apartado 2, epígrafe b).

## INTRODUCCIÓN

Para comprender más adecuadamente la crítica al *judicial review* en el contexto señalado, quizá resulte oportuno realizar una brevísima síntesis del origen y evolución del problema de la “dificultad contramayoritaria”, expresión que como es sabido fue acuñada por el constitucionalista norteamericano Alexander Bickel en una famosa obra del año 1962<sup>6</sup>. Si bien la “dificultad” puede presentarse en distintas versiones, me interesará de momento aquella que la reduce en última instancia a la potencial tensión que existe entre el ideal del autogobierno democrático y la institución del control judicial de la ley<sup>7</sup>. En la medida en que la democracia debe ser sensible a la voluntad de las mayorías, ¿cómo puede explicarse el hecho de que en el sistema político norteamericano los jueces, que no son electos ni tampoco responden ante el electorado por sus decisiones, posean la facultad de invalidar leyes que son la expresión de mayorías legislativas electas por el pueblo (“*the people*”), aplicando como parámetro las disposiciones generales, vagas e indeterminadas del catálogo de derechos constitucionales?

Como problema político, la puja en torno al rol y al papel que habría de desempeñar la Corte Suprema en los Estados Unidos tiene una larga historia que incluso precede a *Marbury v. Madison*<sup>8</sup> para remontarse hasta el período revolucionario<sup>9</sup>. Pero es

---

<sup>6</sup> A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., 1986, pp. 16-7. El autor hizo notar además que la expresión “pueblo” empleada por Hamilton en el *Federalista No. 78* era una abstracción que en realidad contribuía a oscurecer el hecho de que “cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o la acción de un funcionario electo, eso obstaculiza [*thwarts*] la voluntad de los representantes del pueblo actual del aquí y el ahora. Ejercita el control no en nombre de la mayoría prevaleciente, sino en su contra. Eso es lo que ocurre en efecto, sin sobretonos místicos”. El *judicial review* constituía para Bickel una institución anómala [*deviant*] dentro de la democracia norteamericana.

<sup>7</sup> Para una formulación más precisa de la objeción democrática al control judicial, en la que se destacan dos vertientes principales, véase el capítulo 1, apartado 1.

<sup>8</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Véase G. Gunther y K. M. Sullivan, *Constitutional Law*, Foundation Press, pp. 13 y ss., acerca de la pregunta sobre si *Marbury* constituyó una usurpación. Con relación a la razonamiento de Marshall en dicha sentencia, algunos la consideran como una lógica “sólida” y “simple” (M. Cappelletti, “El ‘formidable problema’ del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 13 (1980), p. 61), en tanto que otros la han sometido a un cuestionamiento riguroso (por ejemplo Nino, cit., pp. 261-9.) Cabe recordar que el argumento de Marshall ya había sido anticipado por Hamilton en *El Federalista No. 78*. Por otro lado, y a título de anécdota, resulta sugestivo el hecho de que el Juez Marshall, en carácter de litigante, previo al dictado de la sentencia en el caso *Marbury*, había defendido el principio de la supremacía legislativa, y que luego incluso llegó a sugerir un recurso de apelación ante el Congreso contra las decisiones de la Corte Suprema. De todas maneras, como nos recuerdan G. R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1996, *Marbury* no estableció que la interpretación de la Corte debía necesariamente prevalecer sobre la de los demás órganos del Estado, sino que fue *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958) la decisión que afirmó la doctrina según la cual Corte

recién a partir de los últimos cincuenta años o más que la academia convirtió al problema de la dificultad contramayoritaria en el paradigma dominante del derecho constitucional norteamericano. Es decir, a partir de la era post-New Deal los juristas estadounidenses

---

ha de tener la última interpretación, por la cual deben guiarse todos los demás órganos estatales. Además, el caso *Marbury* no guardó relación con el control judicial empleando como parámetro las disposiciones sobre derechos fundamentales, que es en definitiva el tema que ocupará nuestra atención en esta investigación.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, G. S. Wood, “Comment”, en A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton, 1997, pp. 50 y ss., donde el autor señala que ya en el año de la Declaración de la Independencia existían preocupaciones sobre el carácter antidemocrático de la judicatura, aunque por supuesto no había adquirido aún los perfiles de la moderna “dificultad contramayoritaria”. Sobre el período revolucionario, véase en general G. S. Wood, *The American Revolution*, Weidenfeld & Nicolson, London, 2003, y B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Belknap, Cambridge, 1967. Durante el período fundacional, los “Federalistas”, por ejemplo, pensaban que la propia estructura institucional de poderes separados pero conectados mediante un sistema de frenos y contrapesos –como el establecido en la Constitución de 1787–, o la enumeración explícita de las competencias del Congreso, cumplirían el propósito de brindar una protección adecuada a los derechos. A juicio de Hamilton, la constitución era en sí misma y a todos los efectos prácticos, un “*Bill of Rights*”. Véase *El Federalista No. 84*. Cfr., sin embargo, M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, Princeton, 1999, p. 167, donde se explica que Madison, otro de los autores de *El Federalista*, finalmente terminó considerando que, así como era un simple “parche de papel”, el “*Bill of Rights*” podía sin embargo desarrollar o despertar una conciencia entre la ciudadanía en torno a los derechos. Es decir, podía tener un efecto educativo en la cultura jurídica a través del cual indirectamente serviría para establecer límites al poder. Pero la idea básica, como explica R. Bellamy, “The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”, *Political Studies* (1996), XLIV, 436-456, pp. 454-5, era que los derechos se concebían como restricciones impuestas al pueblo por el pueblo mismo, no como instrucciones al órgano judicial para controlar el proceso político. Algunas de estas reticencias motivaron que el documento original no contara con un *Bill of Rights*, el cual debió ser añadido con posterioridad con arreglo a un compromiso político. Como es sabido, los “antifederalistas” protestaban porque deseaban un “*Bill of Rights*”, y estaban en contra de una constitución que no los reconociera. Rechazaban los argumentos contrarios a los “*Bills of Rights*” y señalaban que el caso inglés era problemático justamente a raíz de que carecía de un catálogo de derechos. Quienes defendían una cierta autonomía para los estados se mostraban suspicaces en torno a la idea de establecer un gobierno central fuerte, y por eso apoyaban la propuesta de contar con un catálogo de derechos como medio de protección. (Sobre el punto, véase Bailyn, cit., p. pp. 349-50.) Volviendo al tema específico del control judicial, debe recordarse que Madison, uno de los “framers” más influyentes, al comentar sobre un proyecto de constitución para el Estado de Virginia, manifestó algunas reservas en contra de la doctrina de la supremacía judicial. A su vez, el “antifederalista” Brutus, si bien era favorable a la introducción de un catálogo de derechos, consideró que la interpretación de la constitución debía ser dejada en manos del legislativo, y en caso de que, en uso de dicha atribución los legisladores se desviaran de su cometido, el pueblo, del que derivaba el poder de los representantes, podía removerlos. (Ketcham, R. (ed.), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*, Mentor, New York), cit. en P. Pasquino, “Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy”, 11 *Ratio Juris* 38 (1998), p. 40.) También desde convicciones democráticas fuertes, Jefferson había sugerido que se convocara de manera especial a una convención para poner remedio a las violaciones constitucionales, cuestionando así la atribución de esta facultad al órgano judicial. (Véase Bellamy, cit., p. 456, n. 116). Hoy en día quienes cuestionan la doctrina de la supremacía judicial todavía siguen hallando inspiración en estas ideas de la época revolucionaria.



## INTRODUCCIÓN

comienzan a abordar el fenómeno constitucional tomando como punto partida y como criterio de validación de sus conclusiones el problema de la dificultad contramayoritaria. Prácticamente cada jurista importante que se dedique al estudio del derecho constitucional norteamericano desde la teoría intentará dar respuesta al problema de la invalidación de leyes que reflejan la voluntad de los órganos más representativos de la ciudadanía<sup>10</sup>.

Existen algunos factores que ayudarían a dar cuenta del hecho de que el problema haya merecido tanta atención en el ámbito estadounidense, a diferencia de otras democracias occidentales en las que nunca llegó a producirse un debate similar<sup>11</sup>. Sin

---

<sup>10</sup> B. Friedman, "The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part One: The Road to Judicial Supremacy", *73 New York University Law Review* 333 (1998), p. 334. Cfr. además este pasaje de B. Ackerman, "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution", *93 Yale Law Journal* 1013, p. 1016 (1984): "Hardly a year goes by without some learned professor announcing that he has discovered the final solution to the countermajoritarian difficulty, or, even more darkly, that the countermajoritarian difficulty is insoluble". En el mismo sentido, L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, vol. I., 3ª ed., Foundation Press, New York, 2000, pp. 302-4: "Es un hecho, sin embargo, que comenzando seriamente a fines de los 50s y comienzos de 60s, y continuando hasta los 90s, muchos de los más prominentes y talentosos constitucionalistas trataron la cuestión de la legitimidad del control judicial como si se tratara del problema central del derecho constitucional".

<sup>11</sup> El contraste con la teoría constitucional europea resulta acentuado. Véase, por ejemplo, M. Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Civitas, Navarra, 2005. Una discusión útil además en M. Rosenfeld, "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts", *2 International Journal of Constitutional Law* 633 (2004). De todos modos, la mejor doctrina española nunca ha sido completamente insensible ante el problema, aún cuando el mismo no haya sido abordado de manera directa o exhaustiva. Algunas muestras serían las siguientes: J. L. Cascajo Castro, "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199 (1975), Madrid, p. 174, reclamando una feliz *praxis* para los tribunales constitucionales, a fin de evitar el "gouvernement des juges" o cualquier otro tipo de gerontocracia; E. García de Enterría, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 1983, quien aborda el problema directamente, y ensaya una justificación del Tribunal Constitucional como "comisionado del poder constituyente para la defensa de la constitución"; P. de Vega García, en el prólogo a C. Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 23-4, afirmando que los problemas de legitimidad de la justicia constitucional de cara al resto del sistema democrático aún distan de haber sido solucionados; y alude nuevamente al problema en "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100 (1998), p. 37; E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, discute el problema desde el punto de vista de las teorías de la interpretación. También cabe citar los siguientes trabajos: J. Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988; M. Aragón, "Constitución y derechos fundamentales", en su compilación *Estudios de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; P. Cruz Villalón, "Derechos fundamentales y legislación", y "Nota: Legitimidad de la justicia constitucional y principio de mayoría", ambos en la compilación del mismo autor, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, comentando distintas facetas del problema; F. Rubio Llorente, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho", en del mismo autor, *La forma del poder. Estudios sobre la*

pretender ser exhaustivos, podría señalarse, en primer lugar, que el problema obedeció a contingencias históricas específicas del contexto norteamericano que dejaron en evidencia el hecho de que la Corte Suprema podía en determinados momentos llegar a obstaculizar iniciativas democráticas provenientes de los órganos políticos más representativos<sup>12</sup>. En segundo lugar, el surgimiento del problema está igualmente ligado al peculiar desarrollo de la cultura jurídica norteamericana, en el que destaca sobre todo la aparición, durante la primera mitad del siglo XX, de la corriente de pensamiento a la que se denomina “realismo jurídico”, cuya devastadora influencia alejó para siempre la ilusión de la completa objetividad del derecho y de la total neutralidad e imparcialidad de los jueces encargados de aplicarlo<sup>13</sup>. Por último, podría señalarse además que el surgimiento del problema no puede comprenderse sin tomar en cuenta la tradicional distinción entre “liberales” y “conservadores” propia del derecho constitucional norteamericano y ajena en general a la dogmática de los países de tradición romano-germánica. En general, como han señalado autores como Barry Friedman, el problema de la dificultad contramayoritaria fue producto de la perplejidad de la tradición liberal-progresista<sup>14</sup> ante el papel que debía desempeñar el control judicial en las distintas etapas de su historia<sup>15</sup>.

---

*Constitución*, 2ª edic., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 465, afirmando que la polémica sobre los límites del poder antimayoritario de la justicia constitucional respecto de los demás poderes políticos es “más viva que nunca”; así como en, del mismo autor, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, en la misma compilación, p. 544-5, y también, aunque con matices, en “El guardián de la Constitución”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 142 (2004), pp. 16 y 20, respectivamente. Últimamente, algunos han abordado el problema de manera más directa y exhaustiva: V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003; y Ahumada Ruiz, cit.

<sup>12</sup> B. Friedman, “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five”, 112 *Yale Law Journal* 153 (2002), pp. 228 y ss.

<sup>13</sup> A su vez, el realismo constituyó, como es sabido, una reacción al “formalismo” propiciado por autores como el Dean Langdell. Sobre esta evolución, véase N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford, 1997.

<sup>14</sup> Empleo aquí los términos “liberal” y “progresista” como sinónimos. Una distinción en R. L. West, “Constitutional Scepticism”, en S. J. Brison y W. Sinnott-Armstrong (eds.), *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview, Boulder/San Francisco/Oxford, 1993, capítulo 10.

<sup>15</sup> Esto no quiere decir que, posteriormente, los juristas conservadores no hayan podido hacer uso de la retórica de la dificultad contramayoritaria, la cual se convirtió de esta manera en un acervo común a todas las corrientes ideológicas. Véase, por ejemplo, R. H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, New York, 1990.

## INTRODUCCIÓN

Haciendo a un lado estas explicaciones, en el siguiente apartado, intentaré destacar con mayor detalle algunos de los fenómenos que contribuyeron a dar sentido al entendimiento moderno del problema de la dificultad contramayoritaria en los debates académicos del contexto estadounidense, lo cual quizás pueda ayudarnos a comprender la razón por la cual dicha institución suele despertar emociones favorables. Además, algunos de los contornos específicos de la crítica que presentaré en este trabajo, como su énfasis en la necesidad de recuperar la dignidad de la ley y su apuesta por el proceso democrático como alternativa a una cultura jurídica impregnada por una obsesión hacia el ensalzamiento de las virtudes judiciales, no pueden comprenderse adecuadamente sin tener una noción de estos factores. En lo que sigue, mi intención no es la de ser exhaustivo, algo que excedería la finalidad de esta breve introducción, sino la de brindar un panorama general pintado con una brocha algo gruesa que nos permita adquirir por lo menos una perspectiva de contexto, así como una comprensión más adecuada del estado de la cuestión.

### *b) Una breve noticia sobre la forja moderna del problema de la dificultad contramayoritaria<sup>16</sup>*

Prescindiendo de antecedentes más remotos, puede decirse que la objeción democrática al control judicial de la ley en los Estados Unidos tuvo su primera

---

<sup>16</sup> En el siguiente recuento me baso sustancialmente en las obras ya citadas de B. Friedman, así como en M. Horwitz, “The Supreme Court 1992 Term Foreword: The Constitution of Change. Legal Fundamentality without Fundamentalism”, 107 *Harvard Law Review* 30 (1993); E. Chemerinsky, “The Supreme Court 1988 Term Foreword: The Vanishing Constitution”, 103 *Harvard Law Review* 43 (1989); G. E. White, “The Arrival of History in Constitutional Scholarship”, 88 *Virginia Law Review* 485 (2002); L. Kalman, *The Strange Career of Legal Liberalism*, Yale, New Haven/London (1997). Una síntesis útil puede verse también R. Martin y S. M. Griffin, “Constitutional Rights and Democracy in the U.S.A.: The Issue of Judicial Review”, 8 *Ratio Juris* 180 (1995); y L. D. Kramer, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, 92 *California Law Review* 959 (2004), apartado I. Para una historia más completa, puede consultarse, además de los dos trabajos de B. Friedman ya citados, los siguientes: “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court” *Georgetown Law Journal* (2002); “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner”, *New York University Law Review* 1383 (2001); “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, *University of Pennsylvania Law Review* 971 (2000).

## INTRODUCCIÓN

manifestación durante la Era Lochner<sup>17</sup>, en la que una Corte Suprema conservadora y fuera de tono con las profundas transformaciones de la vida social y política de principios del siglo XX, se dedicó a obstruir con regularidad una cantidad importante de iniciativas sociales y económicas impulsadas por los demás órganos políticos y que recogían además las aspiraciones de las fuerzas sociales que iban emergiendo, tales como la limitación de los horarios de trabajo y el establecimiento del salario mínimo. La Corte empleaba para ello una teoría sobre la libertad contractual que, según alegaba, se desprendía de la cláusula del debido proceso contenida en la Enmienda 14<sup>a</sup>. De este modo, la Constitución, interpretada en clave libertaria, servía de pretexto para invalidar leyes que gozaban de un amplio respaldo popular y que habrían de servir para hacer frente a las demandas de una sociedad industrializada.

Un caso claro y representativo de los problemas suscitados durante esta era es el de las leyes destinadas a la protección de los menores frente al trabajo<sup>18</sup>. En 1916, el Presidente Wilson firmó una ley aprobada por el Congreso destinada a este fin. La ley fue cuidadosamente elaborada en el Congreso, en el que se adoptaron todas las medidas posibles a fin de asegurar su constitucionalidad. Además, la ley gozaba de una gran popularidad, y antes de su promulgación, había sido impulsada durante varios años por organizaciones sociales dedicadas al tema. Ambos partidos políticos aprobaron la ley, y la misma fue adoptada por amplios márgenes en las dos cámaras del Congreso. Sin embargo, una vez entrada en vigor, la ley fue llevada a juicio por un grupo de empresarios del molino cuyas plantaciones empleaban el trabajo infantil. En *Hammer v. Dagenhart*<sup>19</sup>, la Corte Suprema acogió favorablemente la demanda declarando inconstitucional la ley, por situarse fuera del ámbito de regulación de la cláusula de comercio interestatal que

---

<sup>17</sup> La etapa lleva su nombre a raíz del paradigmático caso *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905), en el cual la legislatura del estado de Nueva York intentó poner un límite a las horas semanales de trabajo para los panaderos, pero la Corte Suprema entendió, en una decisión dividida de 5 votos a 4, que dicha regulación atentaba contra la libertad contractual que supuestamente tenía su fundamento en la Constitución. Dicho sea de paso, esta etapa de la Corte Suprema fue divulgada en Europa a raíz de la conocida obra de Lambert, y contribuyó a acentuar la tradicional resistencia de la doctrina continental-europea hacia el “gobierno de los jueces”. En general, para una útil introducción a las distintas etapas del derecho constitucional norteamericano, véase C. Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

<sup>18</sup> El ejemplo lo tomo de S. M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, Princeton, 1996, capítulo 3.

<sup>19</sup> 247 U.S. 251 (1918).

## INTRODUCCIÓN

otorgaba facultad al Congreso para legislar en esta materia. La decisión, adoptada por el escaso margen de cinco miembros contra cuatro, sentenció además que la ley infringía los derechos de los estados bajo la 10ª Enmienda. El voto de la mayoría había sido propiciado por el magistrado Day, quien había sido nombrado para el cargo quince años antes de la decisión, por lo cual su designación obedecía a la voluntad de fuerzas políticas que probablemente ya no estaban vigentes al momento de emitirse la decisión.

Tras la invalidación de esta ley, el Congreso posteriormente dictó otra ley con la misma finalidad de proteger el trabajo infantil, buscando evitar que esta vez la misma fuera declarada inconstitucional. Para ello, en lugar de presentarse como una regulación del comercio interestatal, la nueva ley establecía impuestos que gravaban artículos realizados mediante el trabajo infantil. La ley fue nuevamente llevada ante los tribunales, donde tras llegar a la máxima instancia, la Corte Suprema volvió a sentenciar, en *Bailey v. Drexel Furniture Co.*<sup>20</sup>, la inconstitucionalidad de la nueva ley, sobre la base de que el impuesto que la legislatura pretendía imponer violaba la 10ª Enmienda. El Tribunal Supremo entendió que el Congreso no tenía el poder de crear un impuesto para lograr un objetivo que no le estaba permitido perseguir por medios directos.

Ante la frustración que resultó de esta doble derrota, los impulsores de la iniciativa buscaron esta vez una enmienda constitucional que permitiera al Congreso dictar leyes en materia de trabajo infantil. Veintiocho estados ratificaron la enmienda propuesta, pero trece de ellos no lo hicieron y en consecuencia, el *Child Labor Amendment* jamás entró en vigor. La ley de protección del trabajo infantil sólo pudo entrar en vigor varios años más tarde, en 1941, cuando la Corte Suprema cambió de criterio en *United States v. Darby Lumber*<sup>21</sup>. La situación pudo finalmente revertirse tras la culminación del conocido episodio que enfrentó al Presidente Franklin Roosevelt y su proyecto del *New Deal* con la Corte Suprema<sup>22</sup>. Así quedó zanjada, tras cuatro décadas de lucha, la cuestión de la regulación del trabajo infantil.

---

<sup>20</sup> 259 U.S. 20 (1922).

<sup>21</sup> 312 U.S. 100 (1941).

<sup>22</sup> Aunque debe aclararse que la Corte Suprema cesó en el empeño no por vía del “court-packing”, sino por medio de la renuncia al cargo de algunos magistrados, así como del “switch-in-time”, en función del cual comenzó a percibirse un cambio en la orientación jurisprudencial.

## INTRODUCCIÓN

En este ejemplo, y de hecho en la generalidad de los episodios que caracterizaron a la Era Lochner, se vislumbraba con toda claridad la fuerza de la dificultad contramayoritaria: ¿por qué debía prevalecer la decisión de unos jueces conservadores no electos ni responsables políticamente ante el electorado por sobre la voluntad de los órganos que se hallaban revestidos de la representación ciudadana, y que, en uso de dicha representación, intentaban introducir leyes modernas para resolver los problemas sociales de la época?<sup>23</sup> Los episodios que caracterizaron esta era constituyen el antecedente directo de la moderna objeción democrática al control judicial en el derecho constitucional norteamericano, y las peculiaridades que rodearon a la misma muestran en todo su esplendor la fuerza que la dificultad contramayoritaria puede llegar a tener en su aplicación a ciertas circunstancias, como por ejemplo, cuando una judicatura fuera de tono de con las transformaciones sociales obstaculiza el entendimiento de una nueva generación sobre la manera correcta de organizar la vida política y social.

Debe hacerse notar, sin embargo, que el problema aquejaba con especial intensidad a los constitucionalistas de orientación liberal-progresista. En efecto, por razones obvias el constitucionalismo leseferista practicado por la Corte Suprema durante la Era Lochner difícilmente podía llegar a inquietar a los conservadores. En su primera manifestación el problema fue, entonces, propio de la ideología liberal-progresista. Precisamente en este período surgen las voces críticas de influyentes juristas afines a dicha orientación ideológica, como la del profesor James B. Thayer, y más tarde, las de los magistrados Oliver Wendell Holmes, Felix Frankfurter y Learned Hand<sup>24</sup>. Aunque fundados en consideraciones distintas, todos ellos eran escépticos del control judicial y favorecían, de conformidad a sus ideales progresistas y con mayor o menor convicción, el libre desenvolvimiento del proceso democrático.

La Era Lochner parecía dejar instalada entonces en la conciencia jurídica liberal la importancia del problema que suponía el control judicial de cara a ideales democráticos.

---

<sup>23</sup> Los jueces eran conocidos con el mote de “nine old men”.

<sup>24</sup> Sobre J. B. Thayer, véase su “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review* (1893). De Learned Hand véanse sus obras *The Spirit of Liberty*, Knopf, New York, 1952 y *The Bill of Rights*, Harvard, Cambridge, 1958. En su voto disidente del caso *Lochner*, Holmes escribió: “The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer’s Social Statics”, y entretuvo una concepción favorable al “self-restraint” y a la deferencia, similar a la que en general mantuvo el magistrado Felix Frankfurter.

## INTRODUCCIÓN

Pero como se vio, la situación cambió tras el “switch in time”, es decir, la actitud de cambio de la Corte Suprema mediante la cual ésta cesó en su empeño de invalidar leyes de carácter social y económico a raíz del enfrentamiento con el Presidente Roosevelt<sup>25</sup>. De modo que en lo sucesivo se planteaba un nuevo problema, a saber, el de cómo justificar el control judicial ante las nuevas circunstancias que exigían el respeto a las decisiones mayoritarias del Congreso en dichas materias. Intentando dar una respuesta, la nueva generación de constitucionalistas pronto fue perfilando un nuevo rol para el control judicial, en el que la prioridad de la Corte Suprema ya no consistiría en la defensa de los derechos de propiedad entendidos en clave libertaria ni en el entorpecimiento de la aprobación de leyes de carácter socioeconómico en general. La decisión del caso *United States v. Carolene Products Co.*<sup>26</sup> parecía ofrecer la clave para este nuevo rol, al insinuar, en una famosa nota a pie de página, que si bien los resultados del proceso democrático debían generalmente ser respetados, podían no obstante ser intervenidos a efectos de proteger a las minorías desvalidas y de verificar la integridad del proceso democrático<sup>27</sup>.

A partir de los años 50, y sobre todo desde la decisión en el caso *Brown v. Board of Education*<sup>28</sup>, el Tribunal Warren habría de ejemplificar este nuevo rol al caracterizarse por priorizar la defensa de los derechos de las minorías en contra de un proceso político cuya lógica mayoritaria podía llevarlo a transgredir estos derechos. De este modo, la Corte Suprema parecía haber encontrado un rol adecuado: en lo sucesivo ya no intervendría en cuestiones sociales y económicas, sino que se dedicaría a tutelar el proceso político mayoritario a fin de evitar vulneraciones de los derechos a manos de éste, así como a resguardar las condiciones para el adecuado funcionamiento de dicho proceso. De cualquier manera, aunque el nuevo papel parecía justificado desde

---

<sup>25</sup> El principio de que las libertades económicas no constituyen una base apropiada para invalidar leyes fue consagrado en *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

<sup>26</sup> 304 U.S. 144 (1938). El caso en sí resultaba de poca trascendencia, pero la nota al pie número 4 se convirtió en probablemente la nota más famosa de la historia del derecho constitucional.

<sup>27</sup> La influencia ha sido tan grande que, décadas después de haber cumplido su cometido histórico, algunos autores siguen aconsejando el empleo de los lineamientos de *Carolene* para aplicarlo a otros grupos de minorías o colectivos, como los homosexuales, las mujeres, y los pobres. Véase, por ejemplo, B. A. Ackerman, “Beyond Carolene Products”, 98 *Harvard Law Review* 713 (1984); y M. J. Klarman, “The Puzzling Resistance to Political Process Theory”, 77 *Virginia Law Review* 747 (1991).

<sup>28</sup> 347 U.S. 483 (1954).

convicciones liberales, era innegable que el mismo habría de desempeñarse en una relación de tensión o de eventual oposición al proceso político ordinario, y de allí que la tarea de la teoría constitucional consistiera en *justificar* la atribución de tal poder de control al órgano judicial. El problema resultaba agravado además debido al acentuado “activismo” con el que actuaban los tribunales, en virtud del cual muchas de las decisiones más importantes que se producen a partir de esta etapa –como *Brown, Roe v. Wade*<sup>29</sup>, etc.– no podían explicarse satisfactoriamente acudiendo al texto, a los precedentes o a cualesquiera de los métodos más tradicionales de interpretación jurídica<sup>30</sup>.

Estos rasgos dotaban entonces de una nueva fisonomía a la dificultad contramayoritaria. Como pudo verse, Thayer, Holmes, Frankfurter y Hand, por distintas razones, mostraban reticencias en contra del control judicial y favorecían ideales de autogobierno democrático que los llevaban a propiciar una actitud de deferencia hacia las legislaturas. En contraste, a partir de la Era Warren, quienes habrían de ocuparse de la dificultad contramayoritaria tenían marcadas convicciones tanto a favor de los derechos individuales y de las minorías como de la democracia, y esto, naturalmente, presentaba un dilema<sup>31</sup>. En tanto que en las décadas anteriores la solución a la dificultad contramayoritaria parecía hallarse en la actitud pasiva de mera deferencia al proceso político, la nueva generación de constitucionalistas se esforzaría por intentar articular una teoría que justificara de manera adecuada una intervención en los resultados del proceso democrático en los casos en que estuvieran en juego los derechos y libertades civiles, así como la integridad del proceso político, aunque no ya en otro tipo de cuestiones en los que la actitud deferente debía prevalecer.

Durante la Era Warren, e incluso durante parte del Tribunal Burger que sucedió a aquel, la Corte Suprema norteamericana procedió a reconocer y tutelar derechos de un modo que no lo había hecho hasta ese entonces. Por lo menos hasta el año 1937, y dejando de la lado las decisiones más polémicas de la Era Lochner, el control judicial había sido empleado primordialmente con relación a las disposiciones estructurales y

---

<sup>29</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>30</sup> Lo cual no quiere decir que del ingenio de varios juristas y abogados no hayan salido propuestas interpretativas que según ellos mismos dotaba de una sólida base jurídica a dichas decisiones.

<sup>31</sup> B. Friedman, “The Birth of an Academic Obsession”, cit.



## INTRODUCCIÓN

orgánicas que instituían el sistema federal y la asignación de poderes entre los órganos del gobierno central<sup>32</sup>. Pero de pronto la Corte Suprema apareció defendiendo el derecho a la igualdad de las minorías afroamericanas, los derechos de los detenidos y de los acusados de cometer crímenes, el derecho a la libertad de información y de prensa, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad religiosa, el derecho al aborto, la igualdad en los derechos políticos, la discriminación positiva, y en fin, un grupo de derechos cuyo reconocimiento se hacía merecedor de aprobación desde una perspectiva progresista y liberal. Se dio entonces un fenómeno que no tenía precedentes en la historia constitucional de los Estados Unidos. Por primera vez la Corte Suprema aparecía como aliada de liberales y progresistas en las causas que estos últimos defendían<sup>33</sup>. Desde el punto de vista histórico, como bien lo dejó en evidencia la breve relación de la Era Lochner, la Corte Suprema había constituido tradicionalmente una fuerza conservadora y contraria a toda medida progresista, ya sea en materia económica, moral o política<sup>34</sup>. Pero con el paso a la Era Warren los derechos asociados con ideales progresistas y liberales y la Corte Suprema se dieron la mano. De allí que algunas de las mentes más brillantes de la teoría constitucional norteamericana se hayan empeñado con tanta diligencia en defender la causa del control judicial, pues al defender esta causa defendían al mismo tiempo la causa de los derechos en los que creían. Aunque pudieran mantener desacuerdos importantes sobre los métodos empleados por el Tribunal Warren (o en algunos casos, sobre la ausencia de métodos), en general aparecían unidos a favor del

---

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, S. G. Calabresi, “Textualism and the Countermajoritarian Difficulty”, 66 *George Washington Law Review* 1373 (1998). Esto era consecuencia de la ideología que se desprendía de *El Federalista No. 84*, en el que Hamilton había afirmado que “the Constitution is itself, in every rational sense, and to every useful purpose, A BILL OF RIGHTS”, con lo cual se daba entender que las disposiciones estructurales eran las que protegerían la libertad, conforme pudo verse en una nota anterior. Sobre el punto, véase además R. Bellamy y D. Castiglione, “Constitutionalism and Democracy: Political Theory and the American Constitution”, 27 *British Journal of Political Science* (1997), p. 602.

<sup>33</sup> M. J. Horwitz, “The Warren Court and the Pursuit of Justice”, 50 *Washington and Lee Law Review* 5 (1993), señala de manera más genérica que incluso el lenguaje de los derechos había estado previamente desacreditado entre los progresistas: “One of the most fascinating aspects of the Warren Court revolution is the resurrection of rights discourse which, prior to the Warren Court's tenure, had been more or less discredited among Progressives”.

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, Kramer, cit., pp. 964 y ss. En general, sobre los orígenes conservadores del poder judicial, que va incluso más atrás en la historia para remontarse al periodo fundacional, véase el excelente estudio de R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

cambio social que éste prometía introducir<sup>35</sup>. Con el paso del tiempo, los sucesos que tuvieron lugar a partir de los años 50 contribuyeron a hacer que el control judicial fuera concebido como una herramienta apta para la defensa de los derechos, así como, desde una perspectiva más general, para alcanzar la realización plena de la justicia social.

De este modo puede decirse que quedó configurado el debate que ha constituido el paradigma dominante de la teoría constitucional durante los últimos cincuenta y tantos años. Muchos de los más importantes autores abordaron el fenómeno constitucional intentando justificar, sortear o trascender, según los casos, el poder de la Corte Suprema ante la dificultad contramayoritaria, tal cuál ésta quedó delineada tras la finalización de la Era Lochner<sup>36</sup>. Aunque en algunos casos se seguía insistiendo en la importancia del “restraint” en el ejercicio del control judicial con relación a ciertos ámbitos, o de técnicas de adjudicación minimalistas, la tendencia en general que presentaba la teoría constitucional era de carácter justificatorio, es decir, validando la intervención judicial en determinados casos con la finalidad de satisfacer determinados ideales<sup>37</sup>. A diferencia de juristas como Thayer, Holmes, Frankfurter y Hand, la nueva generación de juristas no había vivido en carne propia los sucesos de la Era Lochner que tanta sensibilidad había despertado en sus precursores, sino que habían visto de cerca el funcionamiento del control judicial en su época de máximo esplendor liberal durante los años 50, 60 y 70.

Con el paso del tiempo, fue sedimentándose poco a poco una narrativa que al parecer logró cobrar un arraigo importante en el “mainstream” de la cultura jurídico-constitucional norteamericana –y quizás incluso más allá de este ámbito–. En función de

---

<sup>35</sup> Kalman, cit., p. 49. En efecto, los desacuerdos sobre el método eran bastante pronunciados, y dividían escuelas.

<sup>36</sup> Podríamos citar, por ejemplo, a los siguientes: Alexander Bickel, Eugene Rostow, Charles Black, y más tarde, Owen Fiss, John Hart Ely, Jesse Choper, Lawrence Tribe, Ronald Dworkin, Michael Perry, pasando por los liberales neo-republicanizados Bruce Ackerman, Frank Michelman, Cass Sunstein y varios otros. Esta lista de autores es meramente enunciativa, huelga decirlo, pues los autores son demasiado numerosos como para poder ser enumerados de manera completa. Además, las diferencias entre cada autor son considerables. Sobre el papel del “neo-republicanismo” en este debate, véase Kalman, cit. p. 160, alegando que con el giro propiciado por algunos autores hacia la teoría política republicana se creía que se podía resolver la dificultad contramayoritaria y revivir el liberalismo del Tribunal Warren, que languidecía en los años 80.

<sup>37</sup> Tal sería el caso, por ejemplo, de autores como Bickel, Ely, y más recientemente, Sunstein, quienes a pesar de que muestran una aguda sensibilidad hacia la objeción democrática, no obstante consideran, por distintas razones, que el control judicial podría desempeñar algunas funciones valiosas.

## INTRODUCCIÓN

la misma, a fin de lograr la adecuada tutela de los derechos y libertades civiles, resultaba justificada la intervención del órgano judicial para evitar los excesos que podían cometerse por medio del proceso político en contra de dichos derechos, por más “antimayoritario” que ello pudiera o no resultar, dependiendo cómo se concibiese al control judicial. Al mismo tiempo, este entendimiento fue poco a poco propiciando una imagen según la cual la Corte Suprema se erigía en símbolo de la lucha por los derechos fundamentales, y jueces como Warren, Brennan y otros fueron ensalzados por influyentes sectores de la academia como baluartes en la lucha por el reconocimiento de los derechos de orientación liberal, y en general, como responsables de la “revolución de los derechos” ocurrida durante los años 50 y 60<sup>38</sup>. En un pasaje elocuente, Mary Ann Glendon escribe que “las mayorías de la Corte Suprema que defendían un rol expansivo para la judicatura, junto con sus admiradores académicos, se propulsaban mutuamente, cual si fueran ferroviarios en un vagón, a lo largo de la vía que conducía hacia la tierra de los derechos”<sup>39</sup>. A su vez, la historiadora Laura Kalman explica que incluso décadas después de los sucesos que se han venido exponiendo, “[m]uchos constitucionalistas continuaron ‘viviendo de los despojos del Tribunal Warren’, escribiendo artículos que lo justificaban y que glorificaban a los tribunales como la gran maquinaria del cambio social y político”<sup>40</sup>. De este modo, y a diferencia de la Era *Lochner*, el control judicial adquiriría mediante esta narrativa una carga emotiva favorable, y los tribunales de pronto se convertían en “foros de principios”<sup>41</sup>. Como se verá en el curso de esta investigación,

---

<sup>38</sup> John Hart Ely dedica a su héroe Earl Warren su libro *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo de Hombre/Los Andes, Bogotá, 1997; y F. I. Michelman escribe un libro titulado *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton, 1999, en el que destaca su admiración hacia el magistrado.

<sup>39</sup> M. A. Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, New York, 1993, p. 7.

<sup>40</sup> Kalman, cit, p. 92, citando en el entrecomillado a M. Tushnet, “Constitutional Scholarship: What Next?”, 5 *Constitutional Commentary* 28 (1988), p. 28. Y añade la autora, *id.*: “Like Ely and Choper,...liberals such as Fiss, Dworkin, and Tribe still saw Earl Warren as the emperor, and they still wanted to give him and his Court clothes”. En el mismo sentido, R. K. L. Collin & D. M. Skover, “The Future of Liberal Legal Scholarship”, 87 *Michigan Law Review* 189 (1988), p. 189: “Earl Warren is dead. A generation of liberal legal scholars continues, nevertheless, to act as if the man and his Court preside over the present”, con lo cual intenta evidenciar la fuerza de la impronta que el Tribunal Warren dejó sobre la cultura jurídico-constitucional.

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard, Cambridge, 1985. Sobre el punto, vease la discusión obrante en el capítulo 4, apartado 3, epígrafe b).

## INTRODUCCIÓN

todo ello iba en contraste con un proceso político muy lejos del ideal de la virtud cívica, y cuyo funcionamiento, desde una perspectiva supuestamente realista, no lo convertía en un candidato adecuado para adquirir la palabra final en materia de derechos<sup>42</sup>.

En la conformación de este entendimiento resultaban gravitantes además otros dos factores. En primer lugar, el auge, a partir de mediados del siglo XX, de las concepciones pluralistas de la democracia que concebían al proceso político como un espacio para la pugna de intereses privados ajeno a consideraciones sobre el bien común, concepción que sería retomada más adelante por otras corrientes muy influyentes, como la escuela del “public choice”, que pretendía aplicar el método de análisis económico a la ciencia política y al derecho constitucional<sup>43</sup>. Al concebir al proceso político de una manera poco atractiva, se hacía más fácil defender la labor de los tribunales como foro propicio para la preservación de los valores constitucionales<sup>44</sup>. En segundo lugar, no puede menospreciarse el impacto que tuvo en este proceso la configuración del nuevo escenario internacional surgido tras la Segunda Guerra Mundial, en el que los derechos humanos y sus métodos de protección jurisdiccionales adquirieron una importancia destacada tanto a nivel internacional como a nivel de las nuevas democracias emergentes en Europa, lo cual paralelamente reflejaba una actitud de desconfianza hacia las instituciones propias de la democracia mayoritaria, justificada en algunos casos debido a los acontecimientos ocurridos antes de y durante dicha conflagración<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Kramer, cit., p. 998, criticando esta manera de presentar las legislaturas en contraposición a los órganos jurisdiccionales.

<sup>43</sup> Sobre el realismo en la teoría de la democracia, véase F. Cunningham, *Theories of Democracy: A Critical Introduction*, Routledge, London, 2002. Sobre la influencia del realismo político en la teoría constitucional, véase S. M. Griffin, “What is Constitutional Theory? The Newer Theory and the Decline of the Learned Tradition”, 62 *Southern California Law Review* 493 (1989), pp. 507 y ss.

<sup>44</sup> L. D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford, 2004, p. 222, aludiendo a influyentes concepciones como las de los politólogos Schumpeter y Dahl.

<sup>45</sup> En general, para una descripción de la primacía del discurso sobre los derechos en el siglo XX, N. Bobbio, *El Tiempo de los Derechos*, Sistema, Madrid, 1991, capítulo VI.

c) *El control judicial y la actualidad de la Corte Suprema*

En este apartado pretendo realizar algunas insinuaciones sobre la actualidad y el futuro de la Corte Suprema norteamericana, siempre bajo el entendimiento de que la perspectiva histórica que vengo ofreciendo puede resultar útil para preparar el terreno de la crítica a una institución que goza de una aceptación muy extendida. Aunque como ha dicho Mark Tushnet, escribir sobre la actualidad de la Corte Suprema es como disparar a un objetivo en movimiento<sup>46</sup>, creo que se pueden discernir algunas tendencias generales que me permitirán realizar algunas insinuaciones, avaladas además por la percepción de algunos importantes constitucionalistas norteamericanos. Mi intención es demostrar que “para aquellos que en los años que pasaron han estado urgiendo al Tribunal Warren a que extienda el imperio del derecho sin transigir, esta confianza ha producido finalmente un triunfo agridulce inesperado”<sup>47</sup>, lo cual a su vez nos permitirá conectar con el problema de la carga emotiva favorable del control judicial.

Habíamos dejado la discusión sobre el desarrollo histórico del problema de la objeción contramayoritaria en el señalamiento del nuevo rol que el paso a la Era Warren había asignado al control judicial como garante de la integridad del proceso político y de los derechos susceptibles de ser vulnerados por las mayorías. Pero poco a poco, desde un período cuyo inicio algunos sitúan a mediados de los años 80, en el que toman lugar algunos cambios fundamentales en la composición de la Corte Suprema, fue produciéndose al mismo tiempo un cambio en su orientación jurisprudencial<sup>48</sup>. De manera gradual, el máximo tribunal fue operando una transformación de la jurisprudencia hasta llegar a una situación actual que en importantes aspectos poco tiene que ver ya con

---

<sup>46</sup> M. Tushnet, *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, Norton, New York, 2005.

<sup>47</sup> R. C. Post, “The Supreme Court Term 2002 Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law”, *17 Harvard Law Review* 4 (2003), p. 6.

<sup>48</sup> J. M. Balkin y S. Levinson, “Understanding the Constitutional Revolution”, *87 Virginia Law Review* 1045 (2001), p. 1051. Aunque existen otros recuentos, el cambio al parecer se inicia cuando Ronald Reagan nombra al conservador Antonin Scalia para llenar la vacancia dejada por el retiro de W. Earl Burger y eleva al cargo de Presidente de la Corte Suprema a William Rehnquist. La situación se refuerza cuando en 1991 Clarence Thomas reemplaza a Thurgood Marshall.

## INTRODUCCIÓN

la imagen romántica de la Era Warren<sup>49</sup>. Para hacerse una idea del cambio, será suficiente con mencionar aquí que para describir la segunda etapa de la Era Rehnquist, se ha empleado la expresión “activismo judicial *conservador*”<sup>50</sup>, con lo cual parecía reatarse el hilo de la historia interrumpido tras 1937<sup>51</sup>. Después de décadas de construcción de un discurso de legitimación de la justicia constitucional para favorecer así la defensa circunstancial de ciertas causas progresistas, finalmente la causa conservadora parece estar beneficiándose del arsenal de herramientas justificatorias que en su día fueron esgrimidas para validar el enorme poder atribuido a los jueces por medio del control judicial<sup>52</sup>.

A principios del presente siglo, el caso *Bush v. Gore*<sup>53</sup> contribuyó a dejar en evidencia el proceso hacia el conservadurismo hacia el que había ido tendiendo la Corte Suprema, y produjo como efecto el que se encendieran algunas voces preocupadas de alarma en la academia. Por citar un ejemplo paradigmático, Balkin y Levinson, en el año 2001, alertaban sobre la “revolución constitucional” de tipo conservador que se había

---

<sup>49</sup> Así, los ya citados Balkin y Levinson, pp. 1052-3, escriben: “In the past ten years, the Supreme Court of the United States has begun a systematic reappraisal of documents concerning federalism, racial equality, and civil rights that, if full and successful, will redraw the constitutional map as we know it”. Incluso ya en los primeros “Forewords” del *Harvard Law Review* relativos al Tribunal Rehnquist, se llamaba la atención sobre esto. Véase, por ejemplo, Chemerinsky, cit., en el que se quejaba de dicho tribunal.

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, C. Wolfe, “The Rehnquist Court and ‘Conservative Judicial Activism’”, en la compilación del mismo autor, *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton, Princeton/Oxford, 2004.

<sup>51</sup> Por ejemplo, N. Devins y L. Fisher, *The Democratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2004, pp. 5-6, escriben: “For the Court’s first century and a half, Justices were more inclined to protect the rights of corporations and government. The Warren Court, for two decades, offered a more progressive model; then, individuals and lobbying groups repeatedly went to the judiciary to vindicate their rights. However, the post-Warren years reveal a return to the customary pattern” (énfasis añadido).

<sup>52</sup> Todo esto resulta, al decir del historiador Barry Friedman, sumamente paradójico: “antes el control judicial era bueno – siempre y cuando fuera empleado adecuadamente”, en tanto que ante el nuevo estado de la cuestión, “el control judicial es malo”. (B. Friedman, “The Birth of an Academic Obsession...”, cit, p. 156.) Para Kramer, cit., p. 1010, el regreso de la Corte Suprema al conservadurismo ha obligado a algunos liberales a mantenerse “con la lengua atada” [“*tongue-tied*”], para evitar aparecer como hipócritas. En el mismo sentido, J. Rubinfeld, *Revolution by Judiciary. The Structure of American Constitutional Law*, Harvard, Cambridge, 2005, p. 159, aunque señala que los conservadores también deberían sentirse incómodos ante el activismo conservador, pues desde posiciones conservadores también se ha tradicionalmente criticado al activismo.

<sup>53</sup> 531 U.S. 98 (2000).

## INTRODUCCIÓN

venido gestando, y manifestaban en los siguientes términos su preocupación por lo que aún estaba por llegar:

“Si los magistrados O’Connor y John Paul Stevens fuesen reemplazados por juristas aceptables para la el ala dura de derechas de George W. Bush, es completamente posible que *Roe v. Wade* sea finalmente revocado. Más probable aún, una Corte compuesta de nuevo con conservadores fuertes reescribiría cabalmente la ley del ‘Establishment Clause’, legalizando las subvenciones estatales a escuelas parroquiales y, posiblemente, también los ‘home schoolers’. Ciertas formas de oraciones respaldadas por el Estado [*“state-sanctioned prayers”*] y ceremonias religiosas harían su reaparición en los colegios públicos. Uno puede imaginar una rápida finalización a cualquier grado de protección para los derechos de los homosexuales, así como un incremento de las restricciones en las leyes antidiscriminación estatales bajo una concepción laxa de la libertad de asociación. La Corte podría muy bien negarse a seguir a la opinión del magistrado Lewis F. Powell en *Bakke*, y eliminar la diversidad como una justificación para los programas de discriminación positiva. Esto podría efectivamente terminar con la discriminación positiva en los programas de admisión a las universidades públicas...”<sup>54</sup>.

Los premonitorios temores de Balkin y Levinson parecieron confirmarse cuando, durante el mandato presidencial de George W. Bush, se producen efectivamente dos vacancias en el seno de la Corte Suprema, para las cuales resultan designados dos candidatos de tendencia conservadora<sup>55</sup>. Ante esta nueva realidad, todo indica que el proceso lento y gradual al que he venido aludiendo se encuentra ahora en una situación más que favorable para producir la inclinación definitiva de la balanza que consolide la “revolución constitucional”, y en general, el “nuevo orden constitucional”<sup>56</sup> que se ha

---

<sup>54</sup> Balkin y Levinson, cit., pp. 1060-1. Dos ejemplos de decisiones conservadoras recientes son *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995), mediante la cual se invalidaron programas de “discriminación positiva”. A su vez, en *Boy Scouts of America v. Dae*, 120 St. 2446 (2000), la Corte Suprema permitió a una organización privada (los “Boy Scouts”) discriminar en contra de los homosexuales al seleccionar a sus líderes. Con relación a lo que señalan Balkin y Levinson, otro de los precursores en formular este tipo de advertencias ha sido Mark Tushnet. En una conversación privada, el entonces Profesor de Georgetown me manifestó que hace 10 años casi nadie creía en la posibilidad de este cambio, pero que hoy día hay bastantes constitucionalistas que están adquiriendo conciencia del asunto y de las implicaciones sobre el modo de concebir al control judicial como un instrumento no necesariamente identificado con valores progresistas e igualitarios.

<sup>55</sup> Se trata del Chief Justice John Roberts y del magistrado Samuel Alito.

<sup>56</sup> Sobre el punto, véase M. Tushnet, *The New Constitutional Order*, Princeton, Princeton, 2003.

## INTRODUCCIÓN

venido gestando durante las últimas décadas y que amenaza con dejar detrás los fundamentos sobre los que descansa el orden constitucional desde 1937, incluida una buena parte de la jurisprudencia del Tribunal Warren<sup>57</sup>. De todas maneras, como ha escrito Tushnet, “[e]l verdadero impacto del Tribunal Rehnquist radica en las decisiones de la *próxima* Corte Suprema”<sup>58</sup>, por lo cual quizás los próximos años acentúen aún más algunas de las tendencias que se han venido exponiendo<sup>59</sup>.

¿Cuáles son las lecciones que podrían extraerse de estos sucesos? Michael Klarman, una de las figuras contemporáneas más importantes en el ámbito de los autores críticos hacia el control judicial, en un sugestivo ensayo, ha sido enfático al señalar lo que parece ser a estas alturas una verdad de perogrullo: que el control judicial no tiene ningún sesgo político o ideológico inherente que lo predisponga hacia la causa de los derechos, la igualdad y la libertad, tal cual conciben estos ideales los progresistas. Y si bien “el legado del Tribunal Warren ha engañado a muchos llevándoles a pensar de otra manera”, a lo cual cabe añadir la perpetuación de este mito por parte de la retórica política contemporánea, lo cierto es que “uno debe reconocer que esto es sólo un mito: el control judicial no tiene ningún sesgo liberal intrínseco”<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> En una colección de ensayos sobre el Tribunal Rehnquist, el editor escribe en el prefacio que el libro intenta reflejar que “the ‘old order’ established by the Justices of the Warren Court is gone, perhaps never to be resurrected”. (M. H. Belsky (ed.), *The Rehnquist Court. A Retrospective*, Oxford, Oxford, 2002.) En su contribución al volumen, el mismo autor recuerda que, para el recientemente fallecido historiador B. Schwartz, no había dudas de que “la jurisprudencia liberal del Tribunal Warren había acabado”. (Id., p. 4.)

<sup>58</sup> Tushnet, *A Court Divided...*, cit., p. 12.

<sup>59</sup> Una frase de Dworkin escrita en la década de los 80 parece perfectamente aplicable a la situación actual: “Es muy probable que el hombre que ahora es Presidente designará el suficiente número de magistrados para la Corte Suprema como para forjar el carácter de dicha institución por una generación entera”. (R. Dworkin, cit., p. 1.)

<sup>60</sup> M. J. Klarman, “What’s So Great About Constitutionalism?”, *93 Northwestern University Law Review* 145 (1998), p. 188. Y añade, p. 189: “Conservative activism threatens affirmative action, minority voting districts, hate speech regulation, environmental land use restrictions, and campaign finance reform. Liberal activism, on the other hand, invalidates school prayer, abortion regulation, restrictions on indecent speech, and discrimination against African American, women, and gays”. Fuera del ámbito norteamericano, R. Hirschl, cit., estudiando los casos recientes de Israel, Canadá, Sudáfrica y Nueva Zelanda, pone en entredicho la creencia en el espíritu liberal y progresista que supuestamente anima a los procesos de constitucionalización de los derechos y de establecimiento del control judicial. El autor concluye que la experiencia demuestra que éste no es el caso, y que el efecto ha sido más bien el de remover ciertos asuntos del control de las instituciones representativas a instancias semiautónomas, profesionales, e insuladas del control ciudadano, con merma de la capacidad ciudadana de participar en la adopción de decisiones en cuestiones cruciales para la vida de los ciudadanos.



## INTRODUCCIÓN

En la medida en que la Corte Suprema de orientación conservadora ha seguido brindando hasta la fecha protección a ciertos derechos liberales, puede que la explicación de esto se halle en factores que resultan incapaces de ofrecer una justificación satisfactoria. Así, Klarman sugiere como hipótesis explicativa el hecho de que dichos derechos liberales reflejan los valores de una elite cultural de la que son extraídos los magistrados de la Corte Suprema y en general, de los tribunales de apelación federales, quienes normalmente provienen de las clases media-alta o alta de la sociedad norteamericana, y que además resultan reforzados en el aprendizaje de esta cultura al recibir su educación legal en enclaves elitistas como Harvard o Yale<sup>61</sup>. En otro tipo de decisiones la evaluación de las motivaciones detrás de las decisiones del máximo tribunal son igual de ambiguas. Por ejemplo, en lo que respecta a las decisiones recientes en contra de la política del ejecutivo en el ámbito de la lucha contra el terror, algunas interpretaciones señalan que ello se debería más bien al desencanto del Congreso con relación a dicha política antes que a una decisión autónoma de los tribunales<sup>62</sup>, cuya actuación, por otra parte, quizás se haya demorado más de la cuenta, además de ser, en términos generales, bastante ambigua<sup>63</sup>. Fenómenos como éstos darían cuenta de la pervivencia, junto a las nuevas tendencias conservadoras, de elementos que no encajan del todo con el nuevo perfil de la jurisprudencia constitucional norteamericana, aunque es obvio que ello merecería ser objeto de un análisis más exhaustivo<sup>64</sup>. De todos modos, como ha señalado Cass Sunstein en un libro en el que advierte sobre el fenómeno de la radicalización hacia la extrema derecha de la judicatura federal norteamericana, aún cuando todavía sobrevivan algunos resabios de jurisprudencia liberal, ello no debería

---

<sup>61</sup> Para Klarman, cit., p. 188 y ss., “the American system of judicial review essentially boils down to this: The Supreme Court, in *politically unpredictable* ways, imposes *culturally elite* values in a *marginally countermajoritarian* fashion”.

<sup>62</sup> B. Friedman, “The Politics of Judicial Review”, 84 *Texas Law Review* 257 (2006), p. 319.

<sup>63</sup> Lo cual no es de extrañar, pues es dudoso que pueda exigirse más de los tribunales en tiempos de crisis o de emergencia nacional, como se verá en el capítulo 4.

<sup>64</sup> Una explicación distinta nos la proporciona M. Tushnet, *A Court Divided...*, cit., p. 10, quien alega que en materia económica y cultural la Corte Suprema sigue las tendencias de la política en general, y como en política los conservadores ganan en lo primero y pierden en lo segundo, el patrón se reproduce en la Corte Suprema. A su vez, C. Wolfe, “The Rehnquist Court and ‘Conservative Judicial Activism’”, cit., pp. 203-4, explica que el Tribunal Rehnquist se hallaba dividido en tres bloques diferentes, los cuales se aliaban de manera aleatoria en distintos tipos de casos.

## INTRODUCCIÓN

hacer perder de vista que el derecho constitucional es hoy día fundamentalmente distinto al que era hace veinte años atrás<sup>65</sup>. A lo cual Owen Fiss añade que las decisiones más liberales que se han dado últimamente parecen ser más bien “vestigios de otra era”<sup>66</sup>, confirmando de este modo la percepción de que los días de gloria del constitucionalismo liberal y progresista parecen haber quedado atrás. Por lo demás, si las previsiones de Balkin y Levinson son acertadas, cada vez se encontrarán menos rastros de la antigua jurisprudencia liberal, hasta el punto en que uno debe confrontarse seriamente a la pregunta acerca de si el Tribunal Warren no constituyó más bien una anomalía en la historia constitucional norteamericana<sup>67</sup>.

Desde otra perspectiva, la exposición precedente podría sugerirnos además que quienes aluden a casos como *Brown* para defender el control judicial de la ley también deberían estar preparados para enfrentarse a otros casos paradigmáticos como *Dred Scott v. Sandford*<sup>68</sup>, en el que, yendo un poco más atrás en la historia, la Corte Suprema no sólo se negó a proteger a un esclavo que había huido en busca de su libertad, sino que afirmó que una persona de raza negra descendiente de esclavos ni siquiera tenía derecho a estar en juicio. El propósito de esta breve exposición es demostrar que la historia puede contribuir a hacernos dejar de lado ciertos lugares comunes –como el de la supuesta naturaleza progresista del control judicial– para ayudarnos a realizar una evaluación más objetiva de los acontecimientos y de la situación presente, siempre y cuando se tome en cuenta no sólo un segmento arbitrario de la historia, sino adoptando un enfoque de

---

<sup>65</sup> C. R. Sunstein, *Radicals in Robes. Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, Basic Books, New York, 2005, p. 17.

<sup>66</sup> O. Fiss, “Between Supremacy and Exclusivity”, en R. W. Bauman y T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006, p. 455.

<sup>67</sup> Debe tenerse presente que el Presidente Franklin Roosevelt fue capaz de nombrar a 8 de los 9 magistrados de la Corte Suprema, lo cual es algo que difícilmente pueda repetirse. Durante los últimos treinta años, el Partido Demócrata, de la mano del Presidente Bill Clinton, únicamente ha podido nominar a dos magistrados para la Corte Suprema (Breyer y Ginsburg), en tanto que los Republicanos han tenido mayores oportunidades en este sentido, y parecen además haber impulsado de una manera más consciente y tenaz que sus adversarios el proyecto de conformar la Corte Suprema por magistrados ideológicamente afines. Sobre el carácter anómalo del Tribunal Warren, véase M. J. Horwitz, “The Warren Court and the Pursuit of Justice”, cit.

<sup>68</sup> 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

## INTRODUCCIÓN

conjunto que resulte más equilibrado para apreciar el funcionamiento real del control judicial a lo largo del tiempo<sup>69</sup>.

Por lo demás, no sólo debería preocuparnos el hecho de que la actual composición de la Corte Suprema pueda provocar un cambio en su jurisprudencia que acabe por modificar sustancialmente el entendimiento que muchos juristas poseen hoy en día sobre los derechos. Una idea de suma importancia que será defendida en esta investigación es que no sólo importa el que los derechos sean reconocidos, sino que también importa el *modo* en que en una comunidad política decide proceder a dicho reconocimiento. Si los argumentos de quienes mantienen una postura crítica hacia el control judicial son válidos, ello puede significar que el reconocimiento de los derechos realizado por un órgano judicial en detrimento de las decisiones de un órgano que reviste una mayor legitimidad democrática, como lo sería el legislativo, se sustentará sobre una base bastante dudosa. Y este déficit de legitimidad puede generar no sólo un estado de crispación social sino que puede provocar además una falta de confianza en las instituciones, con la consiguiente debilitación del sistema político en su conjunto. Desde una perspectiva conservadora, Steven Calabresi señaló hace algunos años que “el problema en los Estados Unidos en los años recientes es que nuestra Corte Suprema ha estado *imponiendo* de manera persistente políticas culturalmente liberales y seculares a los estados tradicionales del Sur y del Oeste del país...”<sup>70</sup>. Pero, aún si está de acuerdo con el contenido de estas políticas, el precio que se ha pagado por este modo de operar ha sido el de “engendrar una gran amargura en aquellas partes del país que sienten que están siendo gobernados como una colonia”, a más de generar una buena dosis de “conflicto y tensión sociales innecesarios, los cuales pudieron haberse evitado si nuestra Corte Suprema hubiera estado menos dispuesta a *imponer* normas nacionales favoreciendo el cambio social y cultural en estados y regiones disidentes”<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> M. W. McConnell, “Toward a More Balanced History of the Supreme Court”, en Wolfe (ed.), *That Eminent Tribunal...*, cit., señala que a través de la enseñanza se tiende a brindar una imagen laudatoria de la historia del control judicial y de la Corte Suprema. En contraposición, el autor exige una historia más “balanceada” a la que se nos ofrece en la concepción “estándar”, la cual ha contribuido a forjar una imagen favorable de la Corte Suprema y de las posibilidades emancipatorias del control judicial. El autor da cuenta, por ejemplo, de que en algunos de los “case books” más populares ni siquiera se menciona el caso *Dred Scott*, como si fuera que el mismo nunca existió.

<sup>70</sup> Calabresi, cit., p. 1389 [énfasis añadido].

<sup>71</sup> Id. [énfasis añadido].

## INTRODUCCIÓN

Como tendremos ocasión de ver, gran parte de esta investigación está destinada a ofrecer una alternativa atractiva a la “imposición” de ciertos derechos, cual es la de lidiar por su reconocimiento a través de procedimientos cuya legitimidad sea más sólida, aún cuando se esté o no de acuerdo con el contenido y el alcance de los derechos finalmente reconocidos<sup>72</sup>. La pregunta entonces no debería ser –como bien nos recuerda Tushnet–, si los liberales o los conservadores se benefician del control judicial, sino que en su lugar, deberíamos intentar evaluar el control judicial sobre la base de principios de moralidad política antes que sobre la base de argumentos de estrategia política, preguntando, por ejemplo, si es que el control judicial es una institución cuyas características lo convierten en una pieza atractiva para un sistema constitucional bien diseñado<sup>73</sup>. Ésta es precisamente una de las ideas que inspiran esta investigación, en la cual se intenta proponer un modelo alternativo para lograr un procedimiento más satisfactorio para el reconocimiento de los derechos. En la medida en que el proyecto tenga éxito, quizás podamos contar con una base más sólida desde la cual luchar por el reconocimiento de los derechos en los que creemos.

### 2. UNA CRÍTICA COMPROMETIDA CON LA IDEA DE LOS DERECHOS

En el apartado anterior he intentado explicar que el control judicial en sí mismo no constituye una herramienta predispuesta de manera inherente a favorecer un determinado entendimiento de los derechos, con lo cual pretendo que el desarrollo de los argumentos en contra de dicha institución puedan arrancar desde una especie de base neutral, pues como he dicho, frecuentemente se concibe al control judicial como una institución destinada a proteger determinadas concepciones de los derechos, revistiéndolo al mismo tiempo de una carga emotiva favorable, lo cual de entrada dificulta la viabilidad de un enfoque crítico. Ahora me propongo explicar que una crítica al control judicial, en

---

<sup>72</sup> Al decir del filósofo del derecho T. Campbell, “Human Rights: A Culture of Controversy”, en su compilación *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Cavendish, London/Portland, 2004, p. 189: “Human rights will be the weaker if they are seen as the impositions of controversial interpretations of basic rights without the scope of democratic accountability”.

<sup>73</sup> Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., p. 152.

especial la que será planteada en esta investigación, no debe ser concebida como una crítica hacia la idea de los derechos individuales y de las minorías. En efecto, uno de los rasgos que caracteriza al menos a nuestra crítica es su compromiso con la idea los derechos, en el entendimiento de que dichos derechos tienen no menos peso y se hallan en el mismo plano axiológico que las exigencias normativas que nos hacen rechazar la institución del control judicial en sus vertientes fuertes, conforme se explicará en el capítulo 2. A pesar de su arraigo y aceptación pacífica en la cultura jurídico-constitucional y en el discurso internacional de los derechos humanos, es sabido que en la filosofía política existen respetables corrientes de pensamiento que mantienen una postura crítica hacia la idea misma de los derechos individuales. Dada la concepción prevaleciente que vincula el control judicial con la protección de los derechos individuales, es natural que quienes mantienen dichas convicciones reticentes hacia los derechos abriguen recelos en contra del control judicial de la ley, fundado no tanto en un rechazo de la institución en cuanto tal, sino en la concepción filosófica más profunda que los hace rechazar, por diversos motivos, la noción de los derechos.

Tradicionalmente, pensadores tan disímiles como Marx y Bentham habían rechazado, por distintas razones, la idea de los derechos individuales<sup>74</sup>. Para el primero, los derechos, o al menos una determinada categoría de éstos, eran el reflejo de un pensamiento liberal burgués individualista, disociante y egoísta<sup>75</sup>. Bentham, a su vez, catalogó la idea de los derechos naturales como “non-sense upon stilts”<sup>76</sup>. De hecho el utilitarismo en general normalmente ha mostrado una tendencia a priorizar el interés general colectivo por encima de los intereses individuales<sup>77</sup>. A estos argumentos tradicionales se podrían añadir otros propiciados por corrientes contemporáneas del pensamiento comunitarista y republicano. En una frase célebre, el comunitarista Alasdair

---

<sup>74</sup> N. Barry, *An Introduction to Modern Political Theory*, 4a edic., MacMillan, London, 2000, p. 232. Una excelente discusión en J. Waldron (ed.), *‘Nonsense Upon Stilts’: Bentham, Burke, and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London, 1987.

<sup>75</sup> Véase, por ejemplo, K. Marx, “On the Jewish Question”, en Waldron (ed.), cit., pp. 137 y ss. Para ser rigurosos, cabe señalar que Marx cuestionó más bien una determinada categoría de derechos (por ejemplo, propiedad, libertad religiosa, seguridad), no así los derechos políticos del ciudadano (derecho al voto, libertad de expresión, etc).

<sup>76</sup> J. Bentham, “Anarchical Fallacies”, en Waldron (ed.), cit., p. 53.

<sup>77</sup> Véase, por ejemplo, J. Rawls, criticando que el utilitarismo no toma la distinción entre personas en serio, en S. Scheffler (ed.), *Consequentialism and its Critics*, Oxford, Oxford, 1988.

MacIntyre afirmaba que “no hay derechos naturales ni humanos y una creencia en ellos es una creencia en brujas y unicornios”<sup>78</sup>. Otros argumentos afines a estas corrientes consideran que el discurso sobre los derechos es inapropiado para la resolución adecuada de los conflictos sociales, la cual debería ser asegurada mediante la participación activa en política que asegura el sentido de pertenencia a la comunidad. Otros añaden que al reducir las relaciones entre ciudadanos y el Estado a una fórmula legal, éstas acaban degradándose para convertirse en una mera relación entre demandante y demandado, con la consiguiente alienación del ciudadano<sup>79</sup>. Para un argumento afín, la estructura misma de los derechos, con su configuración binaria de “todo o nada”, su carácter absolutista y de “argument-stopper”, promueve el antagonismo antes que otras formas de interacción que podrían ser más propicias para fomentar un sentido de solidaridad, así como la observancia de otros métodos para la resolución pacífica de los conflictos sociales que sean capaces de trascender la relación binaria demandado-demandante para dar cabida igualmente al interés general<sup>80</sup>. Desde corrientes feministas, se ha criticado la idea de los derechos como producto de las racionalizaciones propias del discurso masculino de una sociedad patriarcal que en el fondo encubriría una ideología de la dominación, proponiéndose su reemplazo por formas menos rígidas y más atentas al lado afectivo de las relaciones personales<sup>81</sup>. A su vez, desde corrientes más bien relativistas o postmodernas, se ha cuestionado la validez universal de la idea de los derechos, señalándose su supuesto carácter “eurocentrista” o por lo menos, culturalmente sectario, lo cual constituiría un obstáculo para la libre expresión de otras formas culturales que pongan énfasis en valores distintos, como los deberes o las responsabilidades comunales<sup>82</sup>. Y finalmente, la experiencia nos recuerda que la retórica de los derechos

---

<sup>78</sup> A. MacIntyre, *After Virtue*, Duckworth, London, 1981, p. 67.

<sup>79</sup> Una buena aproximación en R. Bellamy, “Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights: Republican Reflections on the EU Charter and the Human Rights Act”, en T. Campbell, K. D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001.

<sup>80</sup> A. Tomkins, “Introduction: On Being Sceptical about Human Rights”, p. 8 y M. Loughlin, “Rights, Democracy, and Law”, pp. 57-8, ambos en T. Campbell, K. D. Ewing y A. Tomkins (eds.), cit. Véase además, en general, M. A. Glendon, cit., quien sugiere que el discurso sobre los derechos en los EE.UU. ha contribuido a empobrecer el discurso político en general.

<sup>81</sup> A. Harel, “Theories of Rights”, en M. P. Golding y W. A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005, p. 203.

<sup>82</sup> Id., pp. 203-4.

## INTRODUCCIÓN

no siempre ha sido empleada para promover causas afines a la igualdad o a la justicia, sino que como lo testimonia la Era Lochner, también ha sido empleada para bloquear reformas y defender causas conservadoras como la de los intereses o los privilegios de una minoría.

No es éste el lugar para responder a estas críticas. Me limitaré a señalar aquí que, a diferencia de estos enfoques, en esta investigación intentaré articular una crítica al control judicial que tome la idea de los derechos en serio, hasta el punto de considerar que la misma halla su fundamento último no en un rechazo a la idea de los derechos, sino adoptando el valor de éstos como uno de los aspectos centrales de su planteamiento crítico. Esta misma consideración hacia los derechos explica el hecho de que la crítica tampoco se apoye en una idea abstracta sobre la voluntad general de la ley o de la democracia entendida como una entidad abstracta, como podían dar a entender algunos planteamientos más tradicionales que objetaban el control judicial de la ley<sup>83</sup>, sino en la idea de los derechos y en las nociones concomitantes de agencia moral, respeto y autonomía individual. En el capítulo 2 tendremos la oportunidad de ver que uno de los pilares sobre los que se edifica la crítica es un derecho fundamental, a saber, el derecho a participar en las decisiones que habrán de afectar a todos los involucrados en dichas decisiones. El propio Waldron a quien sigo en este punto entiende que su crítica plantea no tanto una “objeción democrática” al control judicial de la ley (del tipo que tradicionalmente ha sido planteado en el derecho constitucional norteamericano), sino que plantea más bien una objeción, basada en los derechos, al control judicial de la ley. Y si bien esto entraña también una preocupación por el carácter deficitario en términos democráticos de esta última institución, ello es así sólo y en la medida en que los derechos están en la base misma de la concepción de la democracia que posee el autor<sup>84</sup>. En definitiva, lo que distingue al planteamiento que presentaré no es, en modo alguno, su

---

<sup>83</sup> Por ejemplo, A. Stone Sweet, “Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why it May Not Matter”, 101 *Michigan Law Review* 2744 (2003), pp. 2744-5, escribe: “In 1903, the leading Public Law scholars in France were busy mounting what would become a noisy campaign to import judicial review. The movement would span three republics and as many generations of scholars. In the end, it failed. The major political parties, invoking the specter of an American-style ‘Government of Judges,’ consistently blocked proposals to authorize judicial review. *They did so in the name of democracy, that is, to secure the General Will: the sovereignty of the People as expressed through Parliament*” (énfasis añadido).

<sup>84</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 2, apartado 2.

## INTRODUCCIÓN

reticencia hacia los derechos, sino su concepción sobre la *manera* en que los mismos deben ser reconocidos en una determinada comunidad política si es que deseamos ser fieles a la idea misma de los derechos. Este enfoque implica que podemos aceptar y defender la idea de los derechos individuales sin que ello nos comprometa necesariamente con un determinado modelo institucional que contemple un modelo fuerte de control judicial<sup>85</sup>. Ninguna de estas precisiones resultan superfluas, ya que muchas veces el debate sobre la legitimidad del control judicial puede dar a entender erróneamente que se trata de una disputa que enfrenta a dos posiciones antagónicas, una de ellas a favor de los derechos y del control judicial, por un lado, y otra posición contraria que está en contra de ambos, por el otro. El enfoque que se adopta en este trabajo no sólo no se adecua a esta descripción, sino que parte, como se ha dicho, de un compromiso robusto hacia la idea de los derechos individuales y de las minorías<sup>86</sup>.

Por otro lado, conviene subrayar que el título de esta investigación no debe hacernos creer que se trata solamente de una empresa de carácter “crítico”. En efecto, a la vez que se critica un determinado modelo de control judicial, pretendo, como ya he señalado, edificar las bases para una teoría adecuada sobre la autoridad de las leyes y del proceso legislativo como fuente de derecho dotado de autoridad. De modo que el aspecto crítico posee un reverso constructivo que se traduce en la intención de potenciar el rol de las legislaturas en una democracia constitucional signada por el hecho del pluralismo político e ideológico. En el fondo, me propongo defender un paradigma alternativo en el que el sustento de los derechos fundamentales esté afincado en premisas más sólidas de aquellas con las que actualmente contamos. Pero en este intento pretendo evitar caer en algunas de las críticas que se han formulado en contra de otras corrientes contemporáneas críticas del control judicial, como por ejemplo, el llamado “constitucionalismo popular”. En efecto, a determinadas concepciones de este movimiento se les ha reprochado el que acaban propiciando soluciones de talante populista, proclives en ciertos casos al “mob rule”, y que además –siempre según los críticos– resultan insuficientes o dudosas desde el

---

<sup>85</sup> Para una opinión contraria, véase J. J. Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, en F. J. Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

<sup>86</sup> Así, J. Waldron escribe enfáticamente en “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006), p. 1366, “I am tired of hearing opponents of judicial review denigrated as being rights-skeptics”.



## INTRODUCCIÓN

punto de vista de la funcionalidad del sistema político en su conjunto, como sería el caso de la doctrina “departamentalista” que promueven algunos autores<sup>87</sup>. De todas maneras, como quedará en evidencia a lo largo de este trabajo, intentaré propiciar aquí un modelo que más bien invita a buscar formas institucionalizadas para la toma de decisiones finales sobre los derechos fundamentales, y en el cual se debería cuando menos aspirar a tomar en serio la idea de los derechos individuales y de las minorías. De esta manera, espero evitar caer en este tipo de reproches<sup>88</sup>.

### 3. SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

Los argumentos que serán expuestos en los siguientes capítulos son extensos y complejos, y por tanto, a continuación se ofrece una síntesis apretadísima tendente a facilitar el conocimiento del rumbo a seguir. Los capítulos más importantes de esta investigación son el 1, 2, 3 y 4, en tanto que los capítulos 5 y 6 son derivaciones o aplicaciones de la teoría defendida a supuestos más específicos.

El capítulo 1 realiza dos tareas preliminares antes de entrar de lleno en la crítica. En primer lugar, se plantea el problema sobre la legitimidad del control judicial de la ley, tal cual el mismo es concebido en este trabajo, y se aclara, al mismo tiempo, el ámbito de aplicación de la crítica al control judicial de la ley. En segundo término, se realiza una

---

<sup>87</sup> El movimiento se identifica con autores críticos que propugnan una interpretación constitucional “fuera de los tribunales”, tales como Mark Tushnet, Larry Kramer, Robert Post y Reva Siegel, entre otros. El problema que algunos perciben con relación al espíritu de esta corriente es que, interpretado en cierto modo, puede presentar una tendencia antisistema y que propicie la lucha por determinadas reivindicaciones por fuera de los cauces institucionales ordinarios, lo cual puede conducir a conquistas efímeras y antidemocráticas. También resulta problemático para algunos el “departamentalismo”, doctrina en la que –según alegan los críticos– no se define con claridad cuál habrá de ser el órgano sobre el que recaerá la palabra final. Sobre el punto, véase la discusión en el capítulo 2, apartado 3. Para una crítica al “constitucionalismo popular”, véase R. Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy” (versión en poder del autor); y L. Alexander y L. B. Solum “Popular? Constitutionalism?”, 118 *Harvard Law Review* 1594 (2005). La crítica más importante al “departamentalismo” quizás sea la de L. Alexander y F. Schauer, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, 110 *Harvard Law Review* 1359 (1997). Allí se defiende, paralelamente, la doctrina de la supremacía judicial que en esta investigación intentaré criticar.

<sup>88</sup> Quizás un rótulo más apropiado para catalogar la concepción que será expuesta en este trabajo sea el de “constitucionalismo legislativo”. Sobre la expresión, véase R. W. Bauman y T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006, *passim*.

## INTRODUCCIÓN

exposición de las circunstancias de pluralismo razonable que constituyen el contexto en el que se plantea la crítica.

El “núcleo” del argumento en contra del control judicial de la ley, y a favor de la toma de decisiones sobre derechos por medio de una asamblea legislativa, será desarrollado en los capítulos 2 y 3. El primero de ellos destaca la importancia de la participación a la hora de adoptar decisiones sobre derechos, y analiza cómo el ideal de la participación podría o no hallar una institucionalización adecuada en órganos de naturaleza legislativa y jurisdiccional, respectivamente. El capítulo 3 aborda el problema de la capacidad institucional de los órganos legislativos y jurisdiccionales para hallar respuestas más o menos adecuadas en materia de derechos fundamentales.

El capítulo 4 tiene por finalidad complementar y afrontar algunos problemas no abordados en los capítulos 2 y 3 en los que se expone el núcleo del argumento, y explora distintos aspectos relacionados a la propuesta de dejar los derechos al cuidado del proceso democrático-mayoritario.

El capítulo 5 constituye una aplicación de la crítica a un ámbito específico del control judicial que ha sido sumamente influyente en la teoría constitucional, a saber, el del empleo del control judicial para resguardar los derechos que hacen posible el funcionamiento mismo de la democracia.

Finalmente, el Capítulo 6 pretende ofrecer algunas observaciones sobre los sistemas “débiles” de control judicial de la ley, los cuales, en oposición a los sistemas “fuertes” o de supremacía judicial, no necesariamente son descalificados en esta investigación, en razón de que no otorgan la palabra final a los órganos jurisdiccionales. No obstante, y sin pretender ser exhaustivos, intentaré llamar la atención sobre algunos de los potenciales problemas que revisten estos modelos, los cuales quizás hayan sido desatendidos por otros autores críticos de los modelos fuertes pero que habrían manifestado cierto optimismo con relación a estos modelos.

## Capítulo 1

### EL PLURALISMO COMO CONTEXTO DE LA CRÍTICA Y LA DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

#### 1. UNA FORMULACIÓN DE LA TESIS DEFENDIDA EN ESTA INVESTIGACIÓN

En este apartado ofreceré una formulación sintética de la tesis defendida en esta investigación, con la aclaración de que algunos aspectos recién irán adquiriendo una mayor claridad a medida que vayamos avanzando. En la introducción, se había mencionado la existencia de distintas versiones de la “dificultad contramayoritaria” o de la “objeción democrática” que suele plantearse al constitucionalismo, aunque puede afirmarse que la misma contiene un núcleo en torno al cual se aglutinan sus diversas vertientes y que está conformado básicamente por dos problemas distintos. El primero de ellos aborda más directamente el problema de la legitimidad que suscita el contar con una ley especial en el vértice del ordenamiento político y jurídico que, a diferencia de las leyes comunes, no puede ser repelida por mayorías simples, sino que exige la presencia de supermayorías para su modificación o derogación. Lo que se cuestiona, desde esta perspectiva, es la técnica misma de la “constitucionalización”. Existen distintas maneras de enfocar el problema desde esta perspectiva. Por ejemplo, algunos formulan la pregunta acerca de por qué deben prevalecer las decisiones del pasado sobre la voluntad presente de la mayoría. Se trata del conocido argumento “jeffersoniano” acerca de la

tiranía del pasado<sup>1</sup>, en virtud del cual la objeción contramayoritaria pasa a ser una objeción “intergeneracional”. Otros inquietan por las razones en virtud de las cuales la regla de la mayoría simple, dado el atractivo intuitivo que posee, debe ceder ante la exigencia de que para la adopción de determinadas decisiones, se establezcan mayorías calificadas que dificulten la toma de estas decisiones, favoreciéndose de esta manera un determinado orden de cosas<sup>2</sup>.

Por otro lado, la segunda vertiente de la objeción democrática ataca más bien el problema de la técnica del control jurisdiccional de constitucionalidad<sup>3</sup>. Debe señalarse, no obstante, que ambas objeciones pueden ir unidas, pero aun así conviene distinguirlas por razones de claridad conceptual. Así, quien objeta lo primero, puede objetar también lo segundo. Pero también puede objetar sólo este último extremo. Normalmente, esta vertiente del problema se traduce en lo que, por comodidad del lenguaje, puede denominarse como la objeción al “gobierno de los jueces”, es decir, el problema que suscita el que sean los jueces quienes, en detrimento de la ciudadanía o de sus representantes electos, adopten las decisiones finales en determinadas materias en una determinada comunidad política. Lo que se cuestiona desde esta perspectiva es que sean unos funcionarios carentes de representatividad quienes acaban adoptando las decisiones sobre determinadas cuestiones que se estiman de suma importancia para la comunidad política, lo cual no resulta acorde a ideales de autogobierno democrático.

---

<sup>1</sup> Para una exposición, véase S. Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.

<sup>2</sup> Para un análisis del problema desde esta perspectiva, véase Laporta, “El ámbito de la Constitución”, cit.; y J. L. Prieto Sanchís, “Constitución y democracia”, en la compilación del mismo autor, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 137 y ss. En el fondo, se trata más bien de una diferencia de perspectivas: una de ellas acentúa la dimensión “intergeneracional” del problema, en tanto que la otra centra su atención en el mecanismo que se emplea para lograr que prevalezcan las decisiones pasadas, es decir, la exigencia de mayorías calificadas.

<sup>3</sup> Para una exposición elocuente, y que en buena medida nos sirve aquí de guía, véase A. Ruiz Miguel, “Constitucionalismo y democracia”, 21 *Isonomía* (2004), pp. 67-8. Cfr., además, F. J. Laporta, “El ámbito de la Constitución”, 24 *Doxa* (2001), p. 461; y desagregando los elementos de la problemática del control judicial, L. Alexander, “What is the Problem of Judicial Review?” (versión en poder del autor), así como, del mismo autor, “Constitutionalism”, en M. P. Golding y W. A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005, p. 255.

De modo que existen varias maneras de encarar el problema de la “objección democrática”. Así es que, a fin de evitar equívocos, debo señalar que en esta investigación se dejará de lado el problema de la “constitucionalización”, y se asumirá que existe un catálogo constitucional que establece los derechos fundamentales a los que se adhiere la comunidad. Mi atención se centrará de manera primordial en intentar articular una variante específica de la segunda vertiente del problema de la objeción democrática, es decir, aquella que cuestiona el hecho de que sean los jueces quienes deban tener la última palabra al interpretar el catálogo de derechos en vigor<sup>4</sup>.

Como se ha visto en la introducción, una variante específica de esta vertiente de la objeción democrática ha ocupado la atención de la teoría constitucional norteamericana durante décadas. Tradicionalmente, esta variante ha asumido unos perfiles específicos que la dotan de una fisonomía característica. En no pocas ocasiones el problema de la dificultad contramayoritaria fue concebido como un problema de interpretación jurídica. Es decir, los juristas que encaraban el problema en cuestión intentaban desarrollar métodos de interpretación que pudieran justificar o cuando menos mitigar la dificultad contramayoritaria. La idea básica era que si la constitución fuera interpretada de un modo que se estimaba correcto, entonces no habría objeción que plantear hacia el supuesto

---

<sup>4</sup> Aunque no abordaré aquí el problema, pues espero que el mismo vaya haciéndose explícito a lo largo de la investigación, asumo que un catálogo de derechos constitucionales puede mantener una cierta primacía en el ordenamiento jurídico aún cuando no se prevea un mecanismo de control judicial. Véase, por ejemplo, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 27, quien afirma que la primacía de la constitución “puede ser una realidad sustentada en la opinión pública, en el ejercicio de las libertades públicas, en la conciencia de legitimidad, y por tanto aún en el ejercicio, del derecho de resistencia”. De todas maneras, el autor aclara, aunque sin detenerse demasiado en ello, que se produce un salto cualitativo para la idea de constitución y de la ciencia del derecho constitucional como consecuencia del paso de la garantía política a la jurisdiccional. (Id., p. 488.) Para una discusión sobre cómo la existencia de un catálogo sin control judicial afectaría a la idea del “atrincheramiento”, véase Alexander, “What is the Problem of Judicial Review”, cit. A criterio del autor, si asumimos que los derechos son estándares o “principios”, y si al mismo tiempo asignamos la palabra final sobre la interpretación a las legislaturas en lugar de asignarla a los tribunales, entonces no podría hablarse de una constitución “atrincherada”. A lo sumo, prosigue el autor, el atrincheramiento de los estándares impedirá que las legislaturas ignoren completamente los principios y las cuestiones evaluativas que los mismos traen aparejados. Lo que no resulta claro es por qué no podría decirse lo mismo –es decir, que la constitución no resulta en verdad atrincherada– cuando la interpretación de los principios es asignada a los tribunales. La explicación, según Alexander, guarda relación con la doctrina de adhesión a los precedentes, lo cual daría cuenta de por qué los tribunales están en condiciones de promover el atrincheramiento, no así las legislaturas. Sin embargo, como se verá más adelante, los órganos judiciales también han sido inestables a la hora de seguir sus propios precedentes. A la inversa, los parlamentos pueden llegar a interpretar la constitución respetando ciertos criterios de estabilidad, y en general, de apego a la idea del “rule of law”.

gobierno de los jueces, pues éstos en última instancia estarían únicamente haciendo prevalecer la constitución. Un ejemplo típico de esta estrategia fue el originalismo<sup>5</sup>. Si los jueces interpretaran la Constitución de conformidad a las intenciones de los *framers*, la dificultad se evaporaría, pues el intérprete simplemente estaría haciendo efectivas las intenciones del constituyente por encima de las decisiones políticas ordinarias, o al menos eso sostenían los originalistas<sup>6</sup>. Pero como explica Barry Friedman, el enfoque interpretativo, más que adoptar el problema como una fuente de preocupación teórica en sí mismo, servía como excusa para justificar prescripciones concretas sobre política constitucional, es decir, sobre cómo debían decidirse ciertos tipos de casos<sup>7</sup>. En el caso

---

<sup>5</sup> Como se ha dicho, el originalismo es generalmente de tendencia conservadora, asociado a nombres como los del fallido candidato para la Corte Suprema, Robert Bork, y los magistrados Scalia y Thomas. Sin embargo, como se señaló en introducción, el conservadurismo parece haberse valido también de la retórica “contramayoritaria” para defender sus propias convicciones sustantivas. Algunas vertientes del originalismo, sin embargo, pretenden ser de tendencia liberal, como serían los casos de M. J. Perry, *The Constitution in the Courts. Law or Politics?*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1994; A. Reed Amar, “Rethinking Originalism. Original Intent for Liberals (and for Conservatives and Moderates too)” (2005), disponible en <http://www.slate.com/id/2126680/>, entre otros trabajos; así como el magistrado Hugo Black. Sobre el originalismo en general, véase, a parte de los trabajos ya citados, R. H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, New York, 1990, así como los excelentes estudios realizados en el ámbito español por P. de Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; y M. Beltrán de Felipe, *Originalismo e interpretación: Dworkin v. Bork, una polémica constitucional*, Civitas, Madrid, 1989.

<sup>6</sup> Desde otra corriente, otro ejemplo famoso que pretendió establecer una estrategia interpretativa para sortear la dificultad contramayoritaria es el de H. Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, 73 *Harvard Law Review* 1 (1959), quien sugería que la constitución fuera interpretada en base a principios “neutrales” para que el control judicial resultara legítimo. Sobre la distinción entre el enfoque interpretativo y el problema de legitimidad de la institución del control judicial considerada en sí misma, véase W. Sinnott Armstrong y S. J. Brison, “A Philosophical Introduction to Constitutional Interpretation”, en S. J. Brison y W. Sinnott-Armstrong (eds.), *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview, Boulder/San Francisco/Oxford, 1993, donde se señala la diferencia entre la pregunta sobre la justificación del control judicial, de la pregunta distinta sobre cómo debe interpretarse la constitución de manera legítima. La última asume que la respuesta a la primera es afirmativa, aunque a veces ambas preguntas pueden aparecer vinculadas, como se desprende de ambos ejemplos traídos a colación. En efecto, en estos casos el control judicial aparece justificado en virtud a la naturaleza del método interpretativo, que según estas concepciones disuelve la dificultad contramayoritaria. En España, tres buenas aproximaciones al debate interpretativo en el derecho constitucional norteamericano en E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; J. Dorado Porras, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997; así como el trabajo ya citado de Beltrán de Felipe.

<sup>7</sup> B. Friedman, “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five”, 112 *Yale Law Journal* 153 (2002), pp. 158-9. En parecidos términos se expide C. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Constitutional Review*,

del originalismo, la interpretación de la constitución de conformidad a la supuesta intención de los *framers* conducía, con algo de sospecha, hacia determinados resultados concretos, y lo mismo ocurría con otros enfoques alternativos.

Más grave aún es el defecto metodológico que el paradigma entrañaba en su versión interpretativa, y que hallaba su origen en la manera simplista en la que el problema de la “dificultad contramayoritaria” era planteado. El paradigma solía asumir y dar por sentado de antemano que existe realmente una “dificultad contramayoritaria” que enfrenta al proceso democrático-mayoritario con un poder judicial que es, según se suponía, “antimayoritario”. Sin embargo, las dificultades son evidentes con relación a cada una de las dos partes de esta suposición, es decir, la que atañe tanto al proceso democrático como al carácter del poder judicial. Con relación a la primera, la suposición de que la democracia debe necesariamente ser mayoritaria resulta controvertible desde un punto de vista normativo y también empírico, algo que quienes empleaban esta paradigma soslayaban por completo. Puesto que la democracia es un concepto esencialmente controvertido, el carácter mayoritario o no de la democracia es algo que no puede darse por sentado, sino que debe ser especificado mediante la construcción de una teoría normativa de la democracia que dé sustento al mismo. En cuanto al aspecto empírico, como bien lo dejaron entrever los politólogos realistas, el que las modernas democracias representativas puedan realmente llegar a ser mayoritarias, en el sentido sociológico de la expresión, es algo que no está del todo claro.

Por otro lado, las dificultades también afectan a la caracterización que el paradigma presentaba con relación al control judicial. Éste era, según se asumía, una institución “antimayoritaria”. Sin embargo, esta caracterización no parece resistir al análisis, ya que, al menos en el contexto norteamericano, dicha institución no necesariamente resulta “antimayoritaria”. En efecto, muchos de los resultados que arroja esta institución en la práctica coinciden con las preferencias mayoritarias de la ciudadanía, y además, varios estudios han demostrado que los jueces constitucionales son

---

capítulo introductorio, señalando que los juristas norteamericanos dan por sentada la justificación del control judicial para pasar directamente a la cuestión interpretativa, ya que ello les permite además la posibilidad de ejercer una cierta influencia en la sociedad, con lo cual parten ya de la suposición de la institución como un dato de la realidad al que no se cuestiona. Desde otra perspectiva, también denuncia esta aproximación R. Posner, “Against Constitutional Theory”, *73 New York University Law Review* 1 (1998). Entre otras cosas, el autor destaca la falta de elementos empíricos que evidencia la teoría constitucional cuando intenta ofrecer criterios para la resolución de casos judiciales.

sensibles hacia dichas preferencias<sup>8</sup>. De modo que el adjetivo “antimayoritario” parece tener serios problemas para ofrecer una descripción adecuada de la problemática que afecta a la institución del control judicial de la ley<sup>9</sup>.

En los últimos años, sin embargo, el enfoque interpretativo y los problemas que iban asociados con el mismo fueron desplazados por un enfoque que podríamos denominar “institucional”, en el que la vertiente interpretativa resultaba reemplazada por consideraciones de orden institucional, es decir, por un proyecto de indagación en torno a las funciones que en una moderna democracia liberal deberían desempeñar los distintos órganos estatales. Este enfoque pretendía aprovechar además la experiencia de los desarrollos normativos y empíricos que tuvieron lugar en las últimas décadas en el ámbito de la filosofía política y de la ciencia política<sup>10</sup>.

Éste es, a grandes rasgos, el estado de la cuestión. En lo que a esta investigación se refiere, aunque se adopte como punto de partida las dificultades interpretativas que se producen en condiciones de pluralismo razonable (conforme se verá más abajo), intentaré trascender el enfoque meramente interpretativo para intentar defender una teoría normativa atractiva sobre la manera más aceptable de adoptar decisiones finales en materia de derechos fundamentales en una comunidad política. En el camino, abordaré cuestiones como las aptitudes y defectos institucionales de los órganos legislativo y judicial de cara a esta tarea, los valores y principios sobre los que se hallan estructurados estos órganos, y en fin, otras cuestiones que permiten construir, en lugar de dar por sentado, un entendimiento sobre las relaciones que debe haber entre ambos órganos en un

---

<sup>8</sup> A este problema se aludirá en los capítulos 3 y 4.

<sup>9</sup> B. Friedman, “The Countermajoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship”, cit., p. 936. Añade el autor que resulta significativo que sólo los constitucionalistas “perciban” y adopten el paradigma de “dificultad contramayoritaria”, cuando que el mismo está completamente ausente de otras ciencias sociales, como por ejemplo, de las ciencias políticas o de la sociología (p. 935-6). Esto parece sugerir que el problema así concebido quizás sea más bien expresión del planteamiento metodológico típico de un gremio académico determinado antes que el reflejo de algún fenómeno tangible de la vida política norteamericana. Como se verá en el capítulo 4, apartado 4, epígrafe a), otra razón para dudar de la aplicación del término “antimayoritario” a los tribunales es que los mismos, al juzgar la constitucionalidad de una ley, también adoptan normalmente sus decisiones de conformidad al principio mayoritario.

<sup>10</sup> S. M. Griffin, “Has the Hour of Democracy come Round at Last? The New Critique of Judicial Review”, 17 *Constitutional Commentary* 683 (2000), p. 683, señala: “After a period in which inquiries into constitutional interpretation reigned supreme in American constitutional theory, the institutional and political questions raised by judicial review are again occupying the attention of American constitutional scholars.”



Estado constitucional y democrático de derecho. A mi criterio, éste es un enfoque que, a diferencia del anterior, no solamente resulta válido, sino que tiene plena vigencia.

De modo que, intentando trascender el enfoque tradicional, en este trabajo plantearé el problema en los términos que paso a sintetizar a continuación. Las condiciones de “pluralismo razonable” en las que se desenvuelve la vida de las modernas democracias occidentales, pueden suscitar desacuerdos en torno al reconocimiento, al contenido concreto, y al alcance de los derechos fundamentales, aun ante la existencia de un catálogo de derechos que, en parte debido a su abstracción y generalidad, y en parte debido a que simplemente no puede abarcar el espectro de todos los problemas posibles que suscitan las cuestiones de derechos, resulta incapaz de extinguir estos desacuerdos<sup>11</sup>. Esto hace surgir el interrogante acerca de quién debería estar facultado para adoptar la decisión final sobre el reconocimiento, el contenido concreto o el alcance que habrán de adquirir los derechos fundamentales en una determinada comunidad política<sup>12</sup>.

Entiendo por decisión “final” aquella que es adoptada por un órgano estatal sin posibilidad de que otro órgano pueda brindar una respuesta institucional pronta y efectiva que modifique dicha decisión para una generalidad de casos futuros. Estas decisiones pueden o no estar vinculadas directamente a la interpretación del catálogo de derechos consagrado en la constitución, aunque lo normal es esperar que sea lo último. Quizás el efecto más importante que producen las decisiones finales de cara a la tesis central de esta investigación es que van configurando los perfiles específicos que habrán de adquirir los derechos fundamentales, sobre todo a raíz de la generalidad y abstracción que caracterizan a los catálogos de derechos, conforme se verá más abajo. Así, el hecho de que en una comunidad se reconozca o no el derecho al aborto o a la eutanasia; a contraer matrimonio entre parejas del mismo sexo; la manera en la que se trazan los límites y las condiciones para el ejercicio del derecho a la propiedad; el modo en que habrán de entenderse las exigencias de la libertad religiosa en circunstancias específicas; las

---

<sup>11</sup> A lo cual debería añadirse que la función de los catálogos de derechos no es la extinguir estos desacuerdos, sino la de proveer un marco dentro del cual puedan desenvolverse los desacuerdos, conforme se verá más abajo.

<sup>12</sup> Emplearé en esta investigación las expresiones “comunidad política” o “sociedad” de manera indistinta. Para una distinción entre “sociedad” y “comunidad”, según la cual sólo la primera es capaz de acomodar el pluralismo, véase J. Rawls, *La justicia como equidad: Una reformulación*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 45.

instancias de lo que constituye o no una forma de trato discriminatorio por parte del Estado, etc., en fin, la configuración precisa de éstas y muchas cuestiones más, todas ellas de vital importancia para cualquier sociedad bien ordenada, llegarán a adquirir un carácter definitivo en función a la decisión que adopte el órgano revestido con la última palabra en estas cuestiones<sup>13</sup>.

Como acaba de verse, las decisiones finales son normalmente adoptadas al amparo de un catálogo de derechos de rango constitucional. Sin embargo, a los efectos de mi exposición, es irrelevante el término que empleemos para caracterizar este fenómeno: “interpretación”, “concretización”, “especificación”, “desarrollo”, “aplicación”, etc., pues el efecto que acaba de describirse es el mismo. Los derechos, a la postre, acabarán adquiriendo sus contornos específicos en función a las decisiones que va adoptando sobre los mismos el órgano revestido con la última palabra, aun a pesar de la existencia de un catálogo constitucional de derechos establecido de antemano, ya que éste no contiene en

---

<sup>13</sup> El hecho de que el control judicial afecte la configuración de los contornos precisos y la manera en que quedarán perfilados los derechos en una comunidad parece ser independiente al hecho de que el control judicial sea ejercido en el marco de controversias específicas que afecten a individuos determinados, como lo deja claramente en evidencia la experiencia estadounidense, en la que a pesar de que al menos en principio no se contempla la posibilidad de realizar un control abstracto o de emitir una sentencia con efectos *erga omnes*, lo cierto es que el resultado viene a ser el mismo: los derechos adquieren la configuración precisa en función a las decisiones adoptadas por medio del ejercicio del control judicial (quizás en parte debido al principio del *stare decisis*). Véase, sin embargo, A. Stone Sweet, “Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter”, 101 *Michigan Law Review* 2744 (2003), para posibles instancias de excepción al funcionamiento del modelo americano de justicia constitucional sobre la base de estos principios. Aunque en esta investigación se deja abierta la cuestión de si la crítica resulta aplicable al modelo europeo de justicia constitucional, también abrigo dudas con relación al argumento de que el problema de legitimidad que aquejaría a los tribunales constitucionales en este caso resulta matizado debido a que se trata de un órgano configurado como “legislador negativo”, conforme a la construcción de Kelsen. Además, más allá de que esto pueda en efecto sortear los problemas de legitimidad de la institución, lo cierto es que esta concepción ya no parece responder al funcionamiento actual del modelo europeo de justicia constitucional. Por ejemplo, Stone Sweet, cit., p. 2767, al discutir la función del legislador negativo “absolutamente determinada por la constitución”, afirma: “Kelsen’s distinction between the positive and negative legislator relies almost entirely on the absence, within the constitutional law, of a judicially enforceable charter of rights”. Y añade, p. 2778: “More generally, rights review of legislation, as Kelsen predicted, makes of the judge a ‘positive’ legislator”. En el mismo sentido, M. Rosenfeld, “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts”, 2 *International Journal of Constitutional Law* 633 (2004), p. 636: “since World War II constitutional judges [in Europe] have invalidated laws on substantive as well as formal grounds, thus coming increasingly to resemble positive legislators”.

sí mismo la respuesta a todos sus problemas de aplicación ni a todas las eventuales cuestiones en las que puedan aparecer involucrados los derechos fundamentales<sup>14</sup>.

En un sistema de supremacía judicial, como el estadounidense, la facultad de adoptar la decisión final, en el ámbito de los derechos fundamentales (que es el que constituirá el objeto de nuestra indagación, conforme se verá más abajo), corresponde a un órgano de naturaleza jurisdiccional. Al decir de Ronald Dworkin, uno de los más importantes defensores de la institución, “en la práctica, los políticos y la gente que desprecia una decisión de la Corte Suprema sólo pueden esperar a que sean designados nuevos magistrados que estén de acuerdo con ellos, y que algún día una Corte Suprema renovada revise su decisión pasada...”<sup>15</sup>. En este sentido, cabe señalar entonces que en este sistema político la Corte Suprema tiene, a todos los efectos prácticos y dentro del ámbito señalado, la palabra final<sup>16</sup>.

Esta investigación, sin embargo, defiende la tesis opuesta de que, *en sociedades bien ordenadas, caracterizadas por las condiciones de pluralismo razonable, las asambleas legislativas deberían tener la última palabra en las decisiones sobre los derechos fundamentales, dada su mayor legitimidad como procedimiento, así como por*

---

<sup>14</sup> Algunos juristas suelen acudir a todo tipo de fraseología tendente a ocultar esta realidad (“límites de los límites”, “pre-figurar y configurar”, etc., etc.), pero lo cierto es que, al decir del maestro Rubio Llorente, el juez constitucional juega en efecto un papel *decisivo* en la configuración de los derechos, independientemente a la retórica “técnica” con la que se pretenda describir esta realidad. (F. Rubio Llorente, “La configuración de los derechos fundamentales en España”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, p. 1339.)

<sup>15</sup> R. Dworkin, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Eutanasia and Individual Freedom*, Knopf, New York, 1993, p. 7. Para K. E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton, Princeton/Oxford, 2006, p. xi, la supremacía judicial en gran medida acaba borrando la distinción entre la interpretación que de la constitución realizan los tribunales y la constitución considerada en sí misma.

<sup>16</sup> Para un estudio que desafía esta manera de caracterizar al sistema constitucional norteamericano, véase N. Devins y L. Fisher, *The Democratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2004. De todas maneras, como los propios autores lo reconocen, la doctrina de la supremacía judicial sigue siendo prevaeciente en la cultura jurídica norteamericana y entre el público en general (por ejemplo, véase la p. 9 y ss.), por no hablar ya de la propia Corte Suprema, que en casos como *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958), ha afirmado dicha doctrina, reclamando para sí una especie de monopolio sobre la interpretación de la constitución. Para otro excelente estudio que muestra instancias de “constitucionalismo legislativo”, lo cual parece contradecir la concepción del sistema político norteamericano como un sistema de supremacía judicial, véase D. A. Farber, “Legislative Constitutionalism in a System of Judicial Review”, en R. W. Barman y T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006.

su capacidad relativamente aceptable en términos comparativos con los órganos jurisdiccionales para adoptar decisiones adecuadas en esta materia<sup>17</sup>. De allí que se critique al control judicial de la ley bajo un sistema de supremacía judicial.

Ahora bien, es obvio que si lo que se desea es otorgar a los órganos jurisdiccionales la capacidad de aplicar directamente las disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales en los casos y controversias individuales que les sean sometidos a su conocimiento –algo que no necesariamente se pondrá en entredicho en esta investigación–, sería inevitable asumir al mismo tiempo que los mismos, en ejercicio de sus facultades de enjuiciamiento e interpretación, habrán de acabar incidiendo en la configuración material de esos derechos al ir decidiendo cada caso<sup>18</sup>. Pero este argumento no responde al problema que en esta investigación se intenta elucidar, a saber, si es que esto debería excluir la posibilidad de que el órgano legislativo pueda reservarse la última palabra, no para sustituir al juzgador en la tarea de juzgar casos y controversias individuales (lo cual sería impropio de la función legislativa), ni tampoco para alterar los efectos de la cosa juzgada sobre un caso concreto fallado por el órgano judicial, sino más bien para revisar o modificar de algún modo la interpretación y configuración específica de la doctrina judicial sobre uno o más derechos fundamentales con la que pueda haber un

---

<sup>17</sup> La formulación de la tesis se inspira en J. Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006), así como en J. C. Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004. Por otra parte, conviene señalar que existen otras dos posibilidades que no serán abordadas en esta investigación. La primera fue en su día fue defendida por C. Schmitt, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983. Haciéndose eco de la crítica que en su día formulara ya Kelsen a Schmitt, J. Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 314, apunta: “Quien, como en su tiempo C. Schmitt, quisiera convertir en ‘protector de la Constitución’ al presidente del *Reich*, es decir, a la cúpula del ejecutivo, en lugar de a un tribunal constitucional, estaría invirtiendo, por tanto, el sentido que la división de poderes tiene en el Estado democrático de derecho, convirtiéndola exactamente en todo lo contrario”. La segunda opción es acudir a la doctrina del “departamentalismo”, según la cual cada rama del gobierno tendría una igual responsabilidad y autoridad al interpretar la constitución en el ámbito de sus competencias (Whittington, *cit.*, p. xi.) Tradicionalmente, esta doctrina ha sido, en el contexto norteamericano, la principal fuente de oposición a la doctrina de la supremacía judicial. Sin embargo, en esta investigación contrapongo a la doctrina de la supremacía judicial la de la supremacía legislativa, sin entrar en detalles acerca de si la concepción que aquí se defiende puede ser interpretada como una variante del departamentalismo.

<sup>18</sup> Para una versión de este argumento, véase J. J. Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, en F. J. Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*, *cit.*

desacuerdo razonable. Éste es, en definitiva, el problema que nos ocupa en esta investigación<sup>19</sup>. En otras palabras, sin necesariamente poner en entredicho la función de “adjudicación constitucional” que podría ser atribuida a los órganos jurisdiccionales, tampoco deberíamos desconocer que ello no implica aceptar que dichos pronunciamientos deban tener un carácter definitivo para la generalidad de los casos, pues ésta es una cuestión distinta<sup>20</sup>.

Para dar sustento a la tesis expuesta más arriba, la cual favorece la toma de decisiones finales por un órgano legislativo en materia de derechos fundamentales, se toman en cuenta dos tipos distintos de consideraciones. En primer lugar, la de que un procedimiento para la adopción final de decisiones en materia de derechos fundamentales debe satisfacer ciertos criterios de legitimidad procedimental presididos por el principio de que una decisión colectiva debe ser adoptada dando participación a todos los afectados por dicha decisión. En segundo lugar, los procedimientos para la adopción de decisiones finales sobre derechos fundamentales deben ser valorados también en función a su capacidad instrumental, es decir, en función a su tendencia a producir resultados correctos. En el curso de esta investigación intentaré demostrar que, en sociedades que reúnen determinadas características, en el ámbito de las decisiones sobre derechos fundamentales, las asambleas de representantes de la ciudadanía poseen ciertos rasgos que las dotarían, cuando menos, de la misma capacidad para producir resultados correctos, en términos comparativos, que la judicatura. En cuanto a la legitimidad procedimental, intentaré argumentar que los órganos representativos de la ciudadanía son superiores a los órganos jurisdiccionales en lo que hace a las exigencias participativas que debería revestir un procedimiento para la adopción final de decisiones sobre derechos. De esta manera, la cuestión de a quién debe corresponder la decisión final sobre los derechos es resuelta mediante la realización de un análisis comparativo que demuestra que el legislativo resulta claramente superior en términos procedimentales, en tanto que en términos instrumentales, ninguno de ellos resulta nítidamente superior al otro. Éste es,

---

<sup>19</sup> Agradezco a Juan Carlos Bayón por sus útiles aclaraciones sobre este punto.

<sup>20</sup> En el mismo sentido J. Waldron, “Despotism in Some Form: *Marbury v. Madison*”, en R. P. George (ed.), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton, Princeton, 2000, pp. 55 y 59.

en esencia, el núcleo del argumento en contra del control judicial de la ley como procedimiento para la adopción final de decisiones sobre derechos fundamentales<sup>21</sup>.

A parte de constituir una crítica al control judicial de la ley en el sentido que se acaba de exponer, a lo largo del presente estudio intentaré asimismo afrontar y demostrar la debilidad de algunas de las más importantes justificaciones teóricas que se han ofrecido a favor de dicha institución, tratando de verificar no sólo la fuerza normativa de dichas justificaciones, sino su plausibilidad empírica, es decir, si las justificaciones que se suelen ofrecer se adecuan o no a la realidad de la práctica del control judicial bajo un sistema de supremacía judicial. De tener éxito, esta tarea contribuirá a robustecer de manera paralela la tesis central, pues al constatar el carácter endeble de dichas justificaciones, ello arroja dudas adicionales sobre la legitimidad de la institución sometida a examen.

Debo remarcar nuevamente aquí que mi intención principal no es la de criticar la institución del control judicial en sí misma, sino que me propongo básicamente cuestionar el que sean los jueces quienes deban tener la decisión final sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales<sup>22</sup>. Esta distinción excluye el tratamiento del problema acerca de si el control judicial debe ser ejercido con carácter definitivo para otro tipo de disposiciones constitucionales que no se vinculen de manera directa con los derechos fundamentales. También deja a salvo ciertos modelos de justicia constitucional que no otorgan la palabra final a los órganos judiciales, conforme se explicará más abajo. Además, y como consecuencia de mi intento por trascender el enfoque interpretativo tradicional al que se hacía alusión, tampoco abordaré el problema acerca de cómo debe ser interpretada la constitución por los órganos jurisdiccionales para que el ejercicio del control judicial pueda ser considerado legítimo, pues como se hizo notar más arriba, la pregunta acerca de si la institución resulta justificada es anterior y conceptualmente

---

<sup>21</sup> La expresión “núcleo del argumento” la adapto del título del artículo de J. Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit.

<sup>22</sup> Para un estudio que integra ambos enfoques en una crítica, véase M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, Princeton, 1999, p. ix., donde se distingue entre denegar a los órganos judiciales la palabra final, y denegarles cualquier tipo de rol en la interpretación constitucional.

distinta a la pregunta acerca de cómo debe ser ejercido el control judicial, aún cuando las mismas puedan hallarse a veces interrelacionadas<sup>23</sup>.

Contra la vertiente argumental de la objeción democrática que será explorada en esta investigación –la del “gobierno de los jueces”–, se suele apelar con no poca frecuencia al argumento de la reforma constitucional como expediente para desechar con supuesta facilidad el cuestionamiento que se plantea al control judicial. Según este argumento, el problema que genera el atribuir la última palabra a los jueces queda desvirtuado desde el momento en que la mayoría de las constituciones contemporáneas prevén la posibilidad de acudir a una reforma constitucional para modificar el entendimiento que los jueces poseen de los derechos, con lo cual es el pueblo quien acaba en realidad reteniendo la última palabra. El argumento tiene su parte de verdad. Cuanto más rígida sea una constitución escrita, más fuerza cobrará esta vertiente de la objeción; y cuanto más fácil resulte enmendar una constitución, la objeción será entonces menos relevante<sup>24</sup>. Pero como se explicará en el capítulo 4, cualquier forma de rigidez constitucional que exija algo más que una mayoría simple para su enmienda supone ya un problema que requiere una justificación de por qué habrá de recaer la carga de sortear la interpretación judicial sobre el proceso político-democrático. En segundo lugar, a pesar de la plausibilidad teórica del argumento, lo cierto es que de hecho, en los más importantes sistemas políticos contemporáneos, las posibilidades reales de promover una enmienda constitucional como respuesta a cada interpretación judicial siguen siendo bastante restringidas, por no hablar ya de que se trata de una medida cuyo empleo a cada instante sería a todas luces desaconsejable<sup>25</sup>. Esto es especialmente cierto en el contexto

---

<sup>23</sup> Para esta distinción, a parte de la bibliografía citada anteriormente, véase, Zurn, C., *Deliberative Democracy and the Institutions of Constitutional Review*, capítulo introductorio, y M. Troper, “The logic of justification of judicial review”, *1 I. Con* 99 (2003), p. 100. Como se vio con anterioridad, algunas estrategias de justificación parten del supuesto de que existe una forma legítima de interpretar la constitución para hacer que la institución del control judicial resulte justificada. Sin embargo, en esta investigación, por razones de claridad conceptual y a fin de lograr una mejor delimitación de nuestro objeto de estudio, así como en un intento por superar la concepción del problema según el paradigma tradicional, se abordará de manera primordial la primera pregunta únicamente.

<sup>24</sup> Sobre el punto, véase Laporta, “El ámbito de la constitución”, cit. En este sentido, la constitución norteamericana resulta más problemática, por poner un ejemplo, que la italiana. La Ley Fundamental de Bonn, con su cláusula de intangibilidad, sería el caso más extremo.

<sup>25</sup> En el mismo sentido, N. MacCormick, “Constitutionalism and democracy”, en R. Bellamy (ed.), *Theories and concepts of politics. An introduction*, Manchester, Manchester/New

norteamericano, en el que el caso de la regulación del trabajo infantil expuesto en la introducción demostró lo difícil que resulta acudir a una respuesta de este tipo en el marco de este sistema político<sup>26</sup>.

## 2. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA CRÍTICA

La exposición que acabamos de realizar constituye una apretada síntesis de la tesis defendida en esta investigación, por lo que conviene ir aclarando algunas cuestiones preliminares que hacen a la crítica al control judicial de la ley. En efecto, los debates sobre la justificación del control judicial pueden resultar oscurecidos a falta de un conocimiento claro de las cuestiones puntuales objeto de discusión. De modo que a fin de evitar malentendidos, conviene dejar en claro que la crítica al control constitucional por vía jurisdiccional que será presentada en esta investigación se restringe a una serie de especificaciones relativas (a) al alcance del control judicial del que se predica la crítica; y

---

York, 1993, p. 144, escribe: “The amendment power no doubt subjects decision-making to a final popular appeal in theory; but in practice, judges have to take some of the fundamental decisions about the interpretation and application of any current (and often, in practice, very long enduring) charter or bill or convention defining basic rights”.

<sup>26</sup> P. Yowell, *Judicial Review of Legislation and Selected Issues of Institutional Competence*, tesis sometida para la obtención del grado de MPhil. en la Universidad de Oxford, 2004, p. 54, afirma que en casos que involucran derechos fundamentales que según el autor revisten una naturaleza “abierta”, no se ha registrado ninguna instancia exitosa de enmienda constitucional, con la excepción de *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857), pero que aun en este caso, la enmienda no se dirigió tanto contra la sentencia en sí misma sino contra todo el sistema de esclavitud vigente desde la época colonial. Más que una respuesta a un caso en particular, podría interpretarse la realización de la enmienda como una consecuencia de la Guerra Civil. En oposición a los derechos de naturaleza abierta que implican estándares de moralidad sustantiva, las enmiendas son más exitosas cuando tienen por objeto la parte estructural de la constitución, siempre según el mismo autor. En España, V. Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, en P. E. Navarro y M. C. Redondo (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, habla de un “tabú” a la hora de reformar la constitución, con lo cual ha llamado acertadamente la atención sobre el hecho de que, a parte de los mecanismos formales que el sistema pone a disposición de los actores, es relevante también la cultura jurídica y política de un medio determinado para evaluar la mayor o menor dificultad de llevar adelante una enmienda. En general, para un estudio sobre los problemas que plantea la enmienda, véase la compilación de S. Levinson (ed.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton, 1995.



(b) a cierto tipo de sociedades a las que se aplica la crítica. Estas cuestiones serán abordadas en los siguientes epígrafes<sup>27</sup>.

a) *El alcance del control judicial del que se predica la crítica*

En este epígrafe, circunscribiré la crítica a una serie de especificaciones relativas (a) al objeto de control; (b) por razones de una mejor delimitación de nuestro objeto de estudio, al tema específico de los derechos fundamentales; y (c) a ciertos modelos específicos de justicia constitucional.

En primer término, debe dejarse en claro que se trata de una crítica al control judicial de la *legislación* emanada de la asamblea ordinaria de representantes de una determinada comunidad política. Esto quiere decir que la crítica no se aplica al control judicial de los actos normativos que emanen del poder ejecutivo o de otras agencias estatales, o bien, de los actos de la justicia ordinaria<sup>28</sup>. Instituciones similares al amparo, por ejemplo, y en general, la defensa de los derechos fundamentales por parte de los tribunales ordinarios de justicia, no resultan afectadas por la crítica, siempre y cuando no esté en juego la validez de una disposición de rango legal<sup>29</sup>. De modo que se deja a salvo además el control de la afectación de los derechos fundamentales que pueda producir la actuación de la administración, que por cierto constituye el ámbito de mayor importancia en muchos países para la salvaguarda de los derechos fundamentales<sup>30</sup>. En síntesis, la

---

<sup>27</sup> En este modo de delimitar la crítica sigo en buena medida los lineamientos de Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit.

<sup>28</sup> Lo cual blindará en cierta forma a la crítica de determinados reproches que tienen por objeto cuestiones que son ajenas a sus pretensiones, como serían algunos de los que plantea E. Chemerinsky, “In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer”, 92 *California Law Review* 1013 (2004), contra el constitucionalismo popular de Larry Kramer.

<sup>29</sup> En el mismo sentido, Habermas, *Facticidad y Validez...*, cit., p. 334, quien en su crítica a la autocomprensión metodológica del Tribunal Constitucional alemán pretende dejar a salvo el amparo. Cabe recordar nuevamente aquí que *Marbury v. Madison*, U.S. (1 Cranch) 137 (1803), no tenía por objeto específico controlar la adecuación constitucional de la ley.

<sup>30</sup> Un enfoque similar es el M. Tushnet, “Democracy versus Judicial Review. Is it Time to Amend the Constitution?”, *Dissent*, Spring (2005), quien con relación a una hipotética propuesta de enmienda de la Constitución de los EE.UU. (el EJRA), tendente a abolir el control judicial de la ley, escribe: “The EJRA addresses judicial review of statutes, but courts would still have an important role in enforcing the Constitution. Think of the notorious ‘hitching post’ case in which Alabama prison

crítica se ciñe estrictamente al control de adecuación constitucional de la ley, con lo cual lo que se disputará es la idea de que la legislación deba ser sometida a una instancia externa de control jurídico que deba revisar las actuaciones del legislativo para determinar su corrección de conformidad a parámetros constitucionales, al menos cuando dicha revisión adquiere carácter definitivo y afecta a los derechos fundamentales.

Frente a esta delimitación se podría objetar que, en términos cuantitativos, la invalidación de las leyes por parte de los órganos de la justicia constitucional en el constitucionalismo contemporáneo resulta ínfima<sup>31</sup>. Sin embargo, el hecho de que esto sea en efecto así no significa que la importancia de estas decisiones sea escasa, ni tampoco que su impacto para determinar la suerte de los derechos fundamentales en una comunidad política no sea de una gravitación enorme. Difícilmente se podría minimizar la trascendencia para la teoría constitucional de un tema de esta envergadura –en el que se discute quién debe tener la capacidad de adoptar las decisiones finales en materia de derechos fundamentales en una comunidad política–, sobre la base de que los órganos de la justicia constitucional de distintos países conocen solamente alrededor de una centena de casos al año.

---

guards allegedly tied a prisoner to a post in the hot sun and gave him no water for most of a day. The proposed amendment wouldn't stop courts from finding this to be a violation of the prisoner's constitutional right to be free from cruel and unusual punishment. The EJRA is directed at statutes, not at the actions of, say, individual guards, police officers, or mayors. Of course, if a state enacted a statute saying, 'It's just fine for prison guards to hitch prisoners to posts,' the amendment would kick in. However, progressives ought to be quite happy to fight that statute in any legislature in the country'. Y añade: "The proposed amendment wouldn't insulate President Bush's decisions to detain so-called 'enemy combatants' at Guantánamo Bay from judicial review, either".

<sup>31</sup> "It is important to stress here how relatively rare judicial review in the narrow sense used here is in the United States. For the 53 year period from 1803 to 1856, only two Congressional statutes were declared unconstitutional by the Supreme Court: in the case that inaugurated judicial review in America (*Marbury*) and in solidifying the slave power by striking down the Missouri compromise in *Dred Scott*. This yields a judicial review rate of .0377 per year. In the thirty years after the Civil War, the nullification rate increased to around .67 per year...(counting 20 nullifications over that period...). Over the 35 year period (1953-1989) of the Warren and Burger courts—courts thought to be especially activist—the rate was around 4.63 nullifications of Congressional statutes per year (162 cases of judicial nullification out of 9976 dispositions...). In the thirteen years from 1990 through 2002, the rate was around 2.62 per year (34 federal statutes were held unconstitutional...). One method yields a measure of the yearly rate of all statutory nullifications as a percentage of the number of cases decided with full, signed opinions. The contemporary percentage here is just above 10% of Supreme Court cases per year". (C. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Constitutional Review*, cit., capítulo introductorio, nota 39 [referencias omitidas]). En España las estadísticas resultan de sobra conocidas.

Una segunda delimitación, impulsada por la necesidad de acotar de manera más adecuada nuestro objeto de estudio, circunscribe la crítica al control judicial de la ley teniendo en cuenta primordialmente el tema del pluralismo razonable en torno a los *derechos fundamentales*, por lo cual no me ocuparé de otras instancias de control en las que se emplean normas constitucionales que no guarden una relación inmediata con dichos derechos. Ahora bien, como señala Waldron, el control judicial orientado hacia los derechos forma apenas un capítulo del control judicial de la ley en general<sup>32</sup>. Esa es la razón por la cual, según este autor, el control judicial de la ley en materia de derechos normalmente se subordina a un argumento más genérico del rol que los tribunales deben desempeñar en su cometido de hacer prevalecer la constitución<sup>33</sup>. En ocasiones, los argumentos que dan respaldo a este último rol pueden ser más firmes cuando se refieren a cuestiones estructurales, en las que predominan los criterios de interpretación textuales o de aplicación menos controvertibles. Por ejemplo, Adrian Vermeule, en uno de los más importantes trabajos contemporáneos críticos hacia el control judicial, rechaza el empleo del control judicial aplicado al ámbito de determinados derechos fundamentales, pero deja a salvo un control judicial de estilo *thayeriano*, que podría aplicarse a cláusulas claras y tajantes como las contenidas en la parte orgánica de la constitución<sup>34</sup>. Esta aproximación al enjuiciamiento de cuestiones que afectan a la parte orgánica de las constituciones puede sin embargo llegar a resultar problemática cuando es aplicada al ámbito de los derechos, en el que, como se verá más abajo, el pluralismo razonable es omnipresente.

Nuevamente aquí se podría objetar ante esta delimitación que existen algunos derechos que están formulados en términos de reglas cuya aplicación resultaría relativamente sencilla, y que por tanto, su diferencia con las disposiciones estructurales de

---

<sup>32</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit.

<sup>33</sup> Id.

<sup>34</sup> A. Vermeule, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard, Cambridge/London, 2006. Dentro de la Constitución norteamericana, el autor descarta expresamente el empleo como parámetro de adecuación constitucional las “majestic generalities” del Bill of Rights, incluyendo la garantía de libertad de expresión de la Primera Enmienda, y las garantías de la Enmienda 14 (“due process of law” e “equal protection of the laws”) (p. 270). Otro autor que defiende la tesis según la cual el control judicial limitado a cuestiones estructurales puede mitigar la objeción democrática es S. G. Calabresi, “Textualism and the Countermajoritarian Difficulty”, 66 *George Washington Law Review* 1373 (1998), entre otros estudios. En términos parecidos a Vermeule, Calabresi considera viable esta propuesta en razón de que estas disposiciones pueden ser interpretadas de una manera menos controvertida.

una constitución no debería variar demasiado, con lo cual el argumento genérico en contra de las disposiciones que consagran derechos fundamentales debería cuando menos ser modificado para limitarse a un subgrupo de derechos<sup>35</sup>. Esto podría tener una base de verdad, y en la medida que ello sea así, la crítica perderá fuerza con relación a estos derechos. Sin embargo, no es menos cierto que aun los derechos que podrían hallarse formulados en términos de reglas intentan reflejar, en el fondo, principios más abstractos y fundamentales que podrían ser alegados por vía interpretativa, y en este caso, tendríamos igualmente un problema idéntico al que se da con las cláusulas redactadas en términos más abstractos, o si prefiere, en forma de principios<sup>36</sup>. Éste es más o menos el planteamiento que Dworkin sugiere con su “lectura moral” en cuanto al modo correcto de aproximarse a los derechos consagrados en la constitución<sup>37</sup>.

Al mismo tiempo, sin embargo, podría pensarse que muchos de los argumentos en contra del control judicial de la ley en materia de derechos podrían hacerse extensivos al control judicial que se dirige a hacer prevalecer ciertos aspectos estructurales de una constitución. Así, el control judicial de la ley que se dirige a hacer prevalecer, por ejemplo, el principio federal, puede resultar problemático en la medida en que existan diferentes opiniones, todas ellas razonables, sobre la correcta articulación de las relaciones entre el gobierno central y los gobiernos locales. En efecto, el concepto de “federalismo” puede resultar tan problemático como el concepto de “derecho a la libertad de expresión”<sup>38</sup>. En otros casos, el argumento en contra del control judicial de la ley puede debilitarse bastante. Si se trata de una disposición constitucional que no requiere una apelación al razonamiento moral (que sería el caso de las que están redactadas en forma de reglas), sino que puede resolverse de manera formalista y sin apelación a otras formas de argumentación más complejas, entonces la objeción puede debilitarse considerablemente. Tal sería el caso de una disposición estructural como la que establece

---

<sup>35</sup> Alexander, “What is the Problem of Judicial Review” (versión en poder del autor).

<sup>36</sup> Sobre el punto, véase Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, cit., p. 231.

<sup>37</sup> Véase la introducción de R. Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Cambridge, 1996.

<sup>38</sup> Cfr., sin embargo, Laporta, “El ámbito de la Constitución”, cit., pp. 473-4, para quien estos principios no serían exigencias éticas o políticas sino “mecanismos institucionales”, aunque éstos a su vez constituirían “articulaciones normativas que desarrollan o sirven de vehículo a la realización de los *principios*”.

la edad mínima para el cargo de presidente, por ejemplo<sup>39</sup>, con lo cual nuestro enfoque no necesariamente resultaría incompatible con el de Vermeule, aunque ello merecería ser objeto de un análisis más detenido<sup>40</sup>. Más allá de esta última observación, en esta investigación me limitaré únicamente a constatar esta cuestión, y pasaremos a centrarnos de manera preponderante en el control judicial de la ley en materia de derechos fundamentales<sup>41</sup>. Sólo resta señalar que en muchos países la justicia constitucional desempeña otras funciones adicionales a las del control judicial de la ley en materia de derechos y que se hallan más directamente vinculadas con el surgimiento de la institución en el contexto continental-europeo (y probablemente también del modelo norteamericano)<sup>42</sup>. Por ejemplo, los órganos de la justicia constitucional se encargan de resolver conflictos entre distintos órganos del estado o de resolver las disputas de competencia que puedan surgir en los estados compuestos. En principio, ninguna de estas funciones resulta comprendida bajo el ámbito de la crítica.

La última distinción relevante para delimitar el ámbito al cual se extiende la crítica es la que se da entre dos sistemas de control judicial, uno *fuerte* o de supremacía judicial, y otro *débil*. La crítica se dirige únicamente hacia el primero, no así hacia el segundo. Esta distinción es consecuencia de que, como se ha visto, lo que se critica en esta investigación no es la institución del control judicial en cuanto tal, sino el que dicha institución sea empleada como procedimiento definitivo para la adopción de decisiones

---

<sup>39</sup> Alexander, “What is the Problem of Judicial Review?”, cit.

<sup>40</sup> Una razón para ser cautos incluso con este enfoque minimalista nos lo proporciona el caso *Australian Capital Television v. Commonwealth*, 177 CLR 106 (1992), el primero de una serie de casos en los que el Alto Tribunal de Australia –país que hasta la fecha carece un Bill of Rights– ha extraído un principio de “libertad de expresión política”. En virtud del mismo, se invalidó una ley que pretendía exigir a las cadenas de televisión a que concedieran espacios libre de costos, durante las campañas electorales, para emitir propagandas políticas. El “principio” fue concebido como un derecho que se desprendía del compromiso de la constitución australiana hacia una forma de democracia representativa, lo cual demuestra que a veces hasta las disposiciones estructurales de la constitución pueden ser empleadas de manera laxa para invalidar iniciativas legislativas.

<sup>41</sup> Otro extremo que no será abordado aquí es el que se plantea en el marco de los estados compuestos. Así, algunos creen que no podría prescindirse en un estado federal del control judicial. Al decir del magistrado O. W. Holmes, Jr., “Law and the Court”, en su *Collected legal Papers*, 1920, pp. 291, 295-6: “I do not think the United States would come to an end if we lost our power to declare an Act of Congress void. I do think the Union would be imperiled if we could not make that declaration as to the laws of the several States”.

<sup>42</sup> Véase Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad...*, cit.; y S. L. Paulson, “Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings”, *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 2, junio (2003).

sobre derechos. Por “sistema fuerte” de control judicial se entiende básicamente cualquier sistema en el que los jueces y tribunales poseen la facultad de no aplicar una ley que resultaría en principio aplicable a un caso en particular, o bien, que confiera la facultad de modificar el efecto de la ley de modo a que su aplicación resulte conforme a los derechos individuales, sin que dicha modificación hubiera estado prevista en la ley. Además, las decisiones de los jueces y tribunales pueden establecer en la práctica, mediante un conjunto de técnicas como el *stare decisis* o la preclusión, que la ley que se han negado aplicar quede básicamente reducida a letra muerta. El efecto de estos sistemas fuertes o de supremacía judicial es que, a la larga, los contornos precisos, la configuración y la interpretación de los derechos fundamentales van siendo delineados por medio de la institución del control judicial, sin que los parlamentos se hallen formalmente autorizados a realizar ningún tipo de respuesta legislativa que les permita reaccionar ante una determinada orientación jurisprudencial contra la cual quepa razonablemente discrepar. A los efectos de esta investigación, el caso arquetípico del control judicial fuerte es el modelo americano de justicia constitucional, y como ya se ha dicho, contra él se dirigirá nuestra crítica de manera preponderante. De este modo, dejaré abierta la pregunta acerca de si la crítica resultaría aplicable al modelo europeo de justicia constitucional, en el que los tribunales constitucionales también poseen la última palabra, pero al que no obstante, sus particularidades propias podrían eventualmente hacerlo inmune frente a la crítica<sup>43</sup>.

A su vez, con la expresión “control judicial débil”, o “modelo o sistema débil de control judicial”, se alude a aquellas formas institucionales en las que los tribunales poseen una facultad restringida para entender en impugnaciones de leyes, y lo que es más importante aún, otorgan al parlamento la posibilidad de realizar una respuesta legislativa para disputar una determinada interpretación judicial sobre el modo de concebir o aplicar un derecho (dejando siempre a salvo la cosa juzgada, claro está). En algunos de estos sistemas, los tribunales se hallan facultados a declarar la invalidez de las leyes sometidas a su conocimiento, pero la asamblea legislativa retiene la palabra final al asignársele la

---

<sup>43</sup> En J. Ferejohn, “Constitutional Review in the Global Context”, 6 *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 49 (2002), pp. 58-9, señala que las tensiones que determinadas críticas al *judicial review* ponen de relieve, como la de Waldron, no son tan fuertes en el caso europeo.

posibilidad de acudir a una respuesta legislativa con la cual asignar un significado distinto a la interpretación realizada en sede judicial. En otros sistemas más débiles aún, los tribunales ni siquiera pueden dejar de aplicar las leyes sometidas a enjuiciamiento ni tampoco moderar los efectos de su aplicación en caso de que se considere que existe una violación de derechos, sino que a lo sumo pueden llamar la atención sobre la eventual incompatibilidad, o bien, intentar realizar una interpretación conforme a la constitución. La crítica que aquí presentaré, no se dirige, en principio, hacia ninguno de estos sistemas débiles de control judicial, en razón de que no constituyen procedimientos para la adopción *final* de decisiones. En consecuencia, no me ocuparé de los mismos sino hasta llegar al capítulo 6.

Aunque en algunos momentos de mi exposición plantearé algunas dudas, debe hacerse notar además que la distinción entre estos sistemas trae como consecuencia el que no necesariamente deba rechazarse el carácter “normativo” de la constitución (en lo que a las disposiciones que consagran derechos fundamentales se refiere), ni tampoco que deba abdicarse completamente de la protección judicial de los derechos fundamentales, siempre y cuando la configuración de los derechos resultante de dicha protección pueda ser modificada por medio de la institucionalización de algún tipo de respuesta legislativa, conforme se explicará en el capítulo 6.

*b) Sobre el tipo de sociedades a las que habrá de aplicarse la crítica*

Una vez explicitadas las restricciones que circunscriben el ámbito la crítica, paso a exponer ahora las presuposiciones que debemos asumir antes de entrar en la consideración del problema de la legitimidad que deberían revestir los procedimientos para la toma de decisiones colectivas en una comunidad política. Si bien la crítica que será efectuada presenta un nivel de abstracción que permite prescindir en cierta medida del desarrollo histórico o de las contingencias culturales de un determinado ordenamiento, ello no quiere decir que la misma se construya en el vacío o que se sitúe en el mundo de las ideas metafísicas. Por el contrario, la misma opera bajo el trasfondo de un conjunto de presuposiciones fácticas en torno a los rasgos que caracterizarían a ciertas sociedades occidentales contemporáneas. El propósito de explicitar estas presuposiciones es el de

excluir ciertos casos en los que el núcleo de la crítica en contra del control judicial de la ley no resultaría aplicable. De este modo, se logra dotar al debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional de mayor rigor y precisión. Además, la explicitación de estas presuposiciones resulta aconsejable en razón de que, como bien ha señalado Juan Carlos Bayón, en diferentes condiciones sociales pueden estar justificados distintos procedimientos de decisión<sup>44</sup>. Es decir, existe una relación entre un determinado contexto sociopolítico y el mecanismo de toma de decisiones que habrá de regir en dicho contexto. El análisis de Bayón, sin embargo, y salvo algunas indicaciones que guardan relación con lo que en esta investigación denominaré como “patologías”<sup>45</sup>, no nos proporciona los criterios en virtud de los cuales puede considerarse cuándo es aplicable un diseño institucional como el constitucionalismo débil que él propicia, y en este sentido, lo que sigue pretende “afinar” y mostrar de qué manera pueden concretarse dichos criterios.

Siguiendo los trabajos más recientes de Waldron, el contexto que aquí se asume, entonces, es bastante amplio, y está caracterizado por las siguientes presuposiciones: a) una legislatura que funcione de modo razonablemente aceptable de conformidad a valores democráticos; b) un poder judicial en buena forma; c) una cultura política capaz de sostener un consenso relativamente extendido en torno a la idea de los derechos fundamentales; y d) un trasfondo de desacuerdos profundos que dividen a los ciudadanos en torno a distintas concepciones sobre los derechos. Por comodidad del lenguaje, en esta investigación designaré a las sociedades que reúnan estas características con la expresión rawlsiana de “sociedades bien ordenadas”<sup>46</sup>. La pregunta que debe quedarnos una vez que las presuposiciones sean explicitadas es la siguiente: en una sociedad caracterizada por estos rasgos, ¿cuál es la razón para instituir un sistema fuerte de control judicial de la ley?<sup>47</sup> Veamos cada cuestión por separado.

En primer lugar, se presupone la vigencia en una determinada sociedad de instituciones democráticas estables y consolidadas, que incluyen una legislatura

---

<sup>44</sup> Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., p. 106.

<sup>45</sup> Id., pp. 129 y ss. Sobre el punto, véase el capítulo 4, apartado 5.

<sup>46</sup> Empleo aquí esta expresión porque me parece descriptiva, pero debo hacer notar que la idea no es exactamente igual a la de Rawls. Sobre el concepto de sociedad bien ordenada en Rawls, véase, por ejemplo, su obra *Political Liberalism*, Columbia, New York, 1996, pp. 35-40.

<sup>47</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., p. 1362.



representativa cuyos miembros son electos sobre la base del principio del sufragio universal. No se exige que el sistema sea perfecto, sino tan solamente que intente reflejar lo más adecuadamente posible valores de igualdad política, participación, representatividad, etc. Se presume que sus legislaturas tienen sus propias normas de organización y procedimiento, y que normalmente están compuestas por cientos de miembros que en teoría representan a casi todos los sectores políticos de la sociedad. A veces pueden presentar una composición bicameral, cuya función puede variar de país en país pero que normalmente añade un componente deliberativo o representativo adicional al sistema. Con frecuencia estas legislaturas se organizan en comisiones parlamentarias y en una serie de procedimientos que estructuran el debate, la presentación de propuestas, varias rondas de discusión y tratamiento, etc. En fin, estas legislaturas se hallan configuradas de manera a que se adopten en la misma, casi siempre de conformidad al principio mayoritario, las decisiones que hacen a los problemas comunes que requieren una solución a efectos de coordinar adecuadamente el desarrollo y las actividades de una determinada comunidad política. Vale decir, están concebidas par hacer frente a los problemas de la política ordinaria sobre la base de una articulación igualitaria de principios electorales, de “political accountability”, y de representatividad, etc.

La segunda presuposición incluye un poder judicial, no electo democráticamente ni responsable electoralmente (aunque en su conformación pueden intervenir órganos representativos), que funciona adecuadamente sobre la base de los principios de independencia, imparcialidad, etc. El poder judicial funciona como instancia en la cual se aplica la ley a casos concretos, se dirimen controversias, o incluso se controla la adecuación a la ley de los actos normativos del ejecutivo y de otras agencias estatales. Es de suponer que el órgano judicial cuente con una estructura jerárquica que permita una o más instancias de apelación, y en el que existen ciertos criterios legales que son seguidos para asegurar una cierta coherencia o unidad en la jurisprudencia. En fin, se trata de un órgano que desempeña todas las funciones tradicionales asignadas a esta rama de gobierno en el marco de un Estado de derecho contemporáneo que funcione de manera razonablemente aceptable.

En tercer lugar, se presupone la existencia de una sociedad cuya cultura política, tanto a nivel de la sociedad civil como de sus autoridades públicas, se halla comprometida con la idea de los derechos individuales y de las minorías e intenta ponerla en práctica.

Esta asunción no excluye que existan grupos minoritarios reticentes a la idea de los derechos (o incluso hostiles hacia la constitución, la democracia y las instituciones de la libertad en general). Todo lo que se exige es un mínimo de consenso que sostenga la idea de los derechos individuales y de las minorías. Quizás una muestra de este consenso sea la consagración de un catálogo de derechos cuya vigencia también se presupone. Si en la sociedad no existe este consenso en torno a la idea de los derechos, entonces sus problemas definitivamente serán de otra entidad y el debate sobre la justificación del control judicial debería plantearse en otros términos.

Por último, la crítica asume la presencia de una sociedad pluralista en la que existen profundos desacuerdos, mantenidos de buena fe y de manera persistente, que se extienden no sólo a cuestiones sobre la “buena vida”, como ha enfatizado una variante importante del liberalismo contemporáneo, sino que se aplica también, y a veces con especial intensidad, al ámbito de los derechos, conforme se verá más abajo. Cabe aclarar que esta presuposición no contradice a la anterior. El pluralismo no necesariamente se manifiesta a nivel de los grandes principios o valores a los que se adhiere una determinada comunidad política. Al contrario, una sociedad puede ser más o menos homogénea en torno a la aceptación generalizada de los principios y valores fundamentales que habrán de presidir la vida política<sup>48</sup>. El desacuerdo se produce a la hora de tornar operativos estos principios e intentar ponerlos en práctica, es decir, en la marcha ordinaria de los asuntos de la *polis*. Dada su importancia, la cuestión del pluralismo será objeto un mayor desarrollo en la segunda parte de este capítulo.

Es importante tener en cuenta que ninguna de estas cuatro presuposiciones deberían aparecer como utópicas, y por eso he intentado reflejarlas con las matizaciones correspondientes. Como ya he dicho, aquí son asumidas en razón de que consideramos que esa es la manera en la que de hecho funcionan muchas de las sociedades democráticas occidentales contemporáneas, en especial de aquellas que ya han logrado consolidar una tradición de instituciones políticas libres. El ámbito de sociedades en las se considera que la existencia del control judicial puede resultar problemática se

---

<sup>48</sup> Insiste en ello A. Marmor, “Authority, Equality, and Democracy”, 18 *Ratio Juris* 315 (2005), pp. 323 y ss.

circunscribe entonces a las “sociedades bien ordenadas”<sup>49</sup>. Esto implica que se excluye de dicho ámbito a aquellas sociedades que no han logrado consolidar una cultura democrática estable y arraigada y en que las que no existe una concepción pública de la justicia aceptada por la generalidad de sus ciudadanos, por emplear la fraseología rawlsiana.

En especial, estas distinciones ayudan a arrojar luz sobre dos supuestos diferentes. En primer lugar, las distinciones realizadas resultan relevantes en función a la diferenciación entre el papel que podría desempeñar la justicia constitucional en el contexto de un proceso de transición hacia la democracia, en contraste con una sociedad que ya ha logrado consolidar una cultura de instituciones libres<sup>50</sup>. En efecto, a veces suele emplearse el argumento del enorme y valioso papel desplegado por la justicia constitucional en regímenes que han logrado superar experiencias políticas traumáticas con el autoritarismo como modo de justificar el control judicial. Pero todo parece indicar que, una vez que se ha superado la etapa de transición, y una vez que ha cobrado arraigo una cultura política que sea capaz de sostener las instituciones del Estado de derecho, ello nos obligaría, cuando menos, a replantear el papel que debería desempeñar la justicia constitucional en tales circunstancias, sin menospreciar el valioso papel que ésta pudo haber desempeñado en el pasado.

En segundo término, de conformidad a las presuposiciones explicitadas, la crítica no resultaría aplicable a países aquejados de ciertas patologías, como sería el caso de algunos países latinoamericanos, por poner un ejemplo<sup>51</sup>. La delimitación del ámbito de la crítica resulta importante aquí en razón de que muchos de los argumentos comúnmente empleados en defensa del control judicial de la ley tienen que ver con sistemas políticos aquejados por ciertas patologías. Ésta es precisamente una de las razones por las que

---

<sup>49</sup> Aunque es justamente este tipo de sociedades las que para Rawls justificarían una institución como el control judicial (Rawls, *Political Liberalism*, cit., pp. 165-6, y 233-40).

<sup>50</sup> Insiste en la distinción también M. Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Civitas, Navarra, 2005, pp. 49 y ss., al aludir a la función de los tribunales constitucionales en las “democracias bien establecidas”.

<sup>51</sup> Para el caso argentino, véase G. R. Carrió, “Una defensa condicionada de la *judicial review*”, en AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 141 y ss., defendiendo la institución, con ciertos condicionamientos, sobre la base de que, según el autor, es una de las pocas instituciones que han funcionado bien en dicho país.

Waldron distingue entre los “casos centrales” (“*core cases*”) a los que se aplica la crítica, y los “*non-core cases*”, o casos periféricos aquejados de ciertas patologías en las que la crítica podría no sostenerse al fallar las presuposiciones con las que se trabaja. De modo que si tomamos en cuenta las condiciones bajo las cuales funciona una sociedad bien ordenada, surgirán muchas dudas sobre la solidez de los argumentos empleados para justificar la institución del control judicial de la ley. En otras palabras, quienes defienden la institución del control judicial de la ley en el ámbito de las sociedades bien ordenadas quizás estén desatendiendo el modo en el que funcionan estas sociedades, y quizás asuman, algo apresuradamente, que existen determinadas patologías que justifican la vigencia de la institución en las mismas.

Ahora bien, nada de esto autoriza a que automáticamente pueda justificarse el control judicial de la ley fuera de los casos centrales, como por ejemplo, en ciertos países en los que no se verifican una o más de las presuposiciones mencionadas. Ello requeriría una justificación independiente que tome en cuenta el estado actual de todas las demás presuposiciones. Por ejemplo, debería presuponerse que si bien el proceso político de estos sistemas resulta endémicamente corrupto, su sistema judicial es inmune a la corrupción generalizada; o que existe por lo menos una elite política minoritaria dispuesta a aceptar la idea los derechos, etc. Además, aun si pudiéramos presentar una justificación adecuada a favor del empleo del control judicial de la ley en sistemas patológicos –algo que en esta investigación dejaré abierto–, ello no constituiría un argumento positivo sobre su legitimidad como sistema de toma de decisiones colectivas. A lo sumo, todo lo que ello indicará es que, en casos *patológicos*, el empleo del control judicial de la ley puede resultar justificado como una especie de mal que debe tolerarse para solucionar una mal mayor, a saber, la corrupción generalizada o que afecta a ciertos ámbitos específicos de una sociedad “mal ordenada”. Pero de esto a afirmar la legitimidad del control judicial de la ley como mecanismo de toma de decisiones colectivas hay todavía un trecho bastante importante<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Sobre este argumento, véase J. Waldron, “Compared with What? Judicial Activism and the New Zealand Parliament”, (manuscrito en poder del autor), donde constata lo siguiente: “Judicial review and improved legislative procedures are not perfect substitutes for one another. Judicial power retains its legitimacy problem, even while it is a stop gap for the legitimacy problems of other institutions. To put it more positively, every improvement in our Parliamentary process diminishes the case that can be made for the work of an activist judiciary in regard to Parliamentary legislation.”

Para concluir, formularé una observación sobre si las presuposiciones serían aplicables universalmente a todos los sistemas políticos que reúnan, en mayor o menor medida, los rasgos señalados. Esta aclaración resulta importante en razón de que, a pesar de su generalidad, da la impresión de que, al articular estas presuposiciones, Waldron pretende circunscribir su crítica al reducido círculo de los países anglosajones. De modo que surge la pregunta, por ejemplo, de cómo afectaría el esquema presentado a otras democracias occidentales que puedan considerarse como “bien ordenadas” según los parámetros aquí empleados. Con relación a este problema, conviene tener presente la advertencia del politólogo Robert Dahl, en el sentido de que todos los juicios genéricos acerca de los arreglos constitucionales deben siempre ser matizados para adaptar dichos arreglos a las especiales condiciones de cada país<sup>53</sup>. Prescribir “recetas” genéricas para todos los países es desde luego algo poco sensato. Ahora bien, esto no quiere decir que el esquema propuesto carezca de toda utilidad más allá de un reducido círculo de países. A lo sumo, ello implica que las presuposiciones podrían afinarse aún más atendiendo a las circunstancias de cada sistema político en particular. En este sentido, la propuesta que aquí se formula debe considerarse como un marco genérico que proporcione apenas un punto de partida para evaluar las condiciones de las sociedades bien ordenadas. Pero un análisis caso por caso nos exigiría atender además a otro tipo de razones. Por ejemplo, se ha dicho que las condiciones no son las mismas al comparar un sistema de gobierno presidencialista, en el que el congreso es relativamente independiente del poder ejecutivo y está destinado a hacerle de contrapeso, a un modelo parlamentario en el que la institución representativa es prácticamente un apéndice del ejecutivo<sup>54</sup>. En este último caso, la supresión del control judicial de la ley puede implicar una disminución en la facultad de controlar al ejecutivo que normalmente es quien hace aprobar dichas leyes por medio de la mayoría parlamentaria que lo sostiene. A esto podrían añadirse aún otras matizaciones relativas al funcionamiento de los partidos en cada sistema, la cultura política y jurídica, el nivel y la calidad de la participación ciudadana, etc. Además, como explica el mismo Dahl, debe tenerse en cuenta que a parte de las instituciones principales

---

<sup>53</sup> R. A. Dahl, “Thinking About Democratic Constitutions: Conclusions from Democratic Experience”, en I. Shapiro y R. Hardin (eds.), *Political Order*, New York, New York/London, 1996, p. 195.

<sup>54</sup> Rosenfeld, “Constitutional Adjudication in Europe and the United States...”, cit., p. 634.

de cada país (parlamentarismo v. presidencialismo, sistema electoral de representación proporcional v. sistemas de “first-past-the-post”, etc.), existen múltiples variaciones institucionales posibles dentro de cada una de estas grandes líneas maestras que enseñan que, en definitiva, los arreglos constitucionales de cada país son únicos<sup>55</sup>.

En síntesis, las presuposiciones no deben considerarse como “cerradas”, sino abiertas a todas las matizaciones y precisiones empíricas y sociológicas que correspondan, lo cual podría llegar a afectar el resultado final del argumento<sup>56</sup>. En este sentido, aceptar el esquema propuesto puede resultar útil en razón de que obliga a quienes argumentan a favor de la legitimidad de la institución del control judicial a dar razones a favor de la misma. Por ejemplo, si se acepta el esquema propuesto, quien alegue que la crítica no resulta aplicable a un determinado sistema político, debería invocar las razones por las que considera que ello es así. Si se considera que en un determinado contexto están presentes ciertas patologías (por ejemplo, los parlamentos no son de fiar pero los jueces sí, o que la cultura política no se encuentra aún lo suficientemente madura, etc.), entonces quizás ello debería obligarnos a tolerar la justicia constitucional como un mal menor. Pero como se ha visto, esta conclusión no nos habrá dicho aún nada positivo sobre la legitimidad de la justicia constitucional como procedimiento para la adopción final de decisiones sobre derechos en el contexto de una sociedad bien ordenada a la que se aplica el núcleo del argumento que será expuesto en esta investigación.

En conclusión, con las salvedades apuntadas, mi intención es la de que esta investigación pueda constituir al mismo tiempo una modesta crítica a la teoría del control judicial del constitucionalismo democrático en general<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Dahl, “Thinking About Democratic Constitutions...”, cit., pp. 188-9.

<sup>56</sup> Desde una perspectiva favorable al control judicial, no parece tomar en cuenta esta distinción Dworkin, quien al referirse a la institución, y aunque a veces intente afirmar lo contrario, parece en ocasiones defender la misma con prescindencia de un determinado contexto, predicándolo como si se tratara de una elemento exportable a cualquier democracia constitucional. Para un crítica en este sentido, véase Yowell, cit., p. 3.

<sup>57</sup> El enfoque es metodológicamente viable, como lo explica J. C. Bayón, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, 1er cuatrimestre (1985), p. 152. Tras afirmar que, aunque se diferencien en sus “rasgos particulares”, todos los sistemas de justicia constitucional comparten los mismos grandes “problemas de fondo”, escribe lo siguiente: “...se pueden distinguir dos maneras, dos ‘estilos’ de hacer teoría constitucional: uno, que considera prioritarios los ‘problemas de fondo’ y permanece en constante comunicación con la teoría del derecho y la filosofía política; otro, que

*c) Algunas precisiones adicionales*

Cabe formular una última aclaración sobre dos aspectos relacionados que no serán abordados en esta investigación. En primer lugar, debemos recordar que, al lado del poder judicial, en las sociedades democráticas contemporáneas existen otras instituciones que serían deficitarias en términos democráticos, como es el caso del *Federal Reserve Board* en los Estados Unidos y de varias agencias administrativas que operan con amplios márgenes de discrecionalidad y alejadas del control ciudadano, por no hablar ya de instituciones internacionales con poderes de decisión sobre asuntos de vital interés para comunidades enteras que se hallan igualmente insuladas de formas más o menos directas de control ciudadano. Concebir la “dificultad contramayoritaria” como si se tratara de un problema que atañe exclusivamente al poder judicial es desde luego incurrir en una simplificación. Sin embargo, por razones de una adecuada delimitación de nuestro objeto de estudio, no abordaré el problema de otras instituciones potencialmente conflictivas. De todos modos, resulta dudoso que pueda intentarse minimizarse el problema del control judicial apelando a la existencia de otras instancias antidemocráticas –que es lo que han pretendido algunos–, en razón de que el señalar los defectos similares de otras instituciones difícilmente contribuirá a mejorar la legitimidad del control judicial en cuanto tal<sup>58</sup>.

En segundo lugar, y también por razones de una adecuada delimitación de nuestro objeto estudio, dejaré de lado los problemas que plantean los sistemas jurisdiccionales de

---

concentra su interés en esos ‘rasgos particulares’, estudiándolos con la metodología tradicional de la dogmática jurídica. Seguramente los dos son necesarios, cada uno en su nivel...”.

<sup>58</sup> R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origin and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Cambridge, 2004, pp. 214-17, argumenta que existe un patrón global que potencia la existencia de todas estas agencias insuladas, compuestas por profesionales y con una importante capacidad de adoptar decisiones en materias cruciales para la vida política, como los tribunales, los bancos centrales, las organizaciones internacionales financieras y de comercio, así como las burocracias supranacionales y sus tribunales, etc. El autor mantiene además que esta estructura institucional guarda relación con la defensa de determinados intereses políticos y económicos ante los eventuales asaltos de que podrían ser víctima por parte de la política democrática. Una observación similar en F. Ovejero, J. L. Martí y R. Gargarella, “Introducción”, p. 11, en la compilación ya citada de los mismos autores.

protección de los derechos fundamentales a escala internacional. A pesar de la importancia creciente de este fenómeno, así como de nuevas formas políticas supranacionales que son el resultado de un mundo globalizado, lo cierto es que resultaría imposible abarcar aquí el fenómeno junto con la dimensión interna de los Estados, que constituyen las unidades políticas básicas que aquí serán tenidas en cuenta. De todos modos, parece razonable suponer que antes de proceder a realizar una indagación a escala internacional, sería aconsejable tener una comprensión adecuada del problema a escala doméstica<sup>59</sup>. En este sentido, Richard Bellamy sugiere que, por ejemplo, si constatamos una tensión interna a nivel doméstico entre las técnicas del constitucionalismo y la democracia, es probable que estas tensiones acaben por agudizarse en el plano internacional<sup>60</sup>. Sea como esto fuere, lo cierto es que en esta investigación me veré obligado a dejar de lado el tratamiento de la cuestión desde la perspectiva internacional.

### 3. EL PLURALISMO COMO CONTEXTO DE LA CRÍTICA

Hasta ahora he intentado delimitar adecuadamente el ámbito de la crítica. En lo que resta de este capítulo introduciré el problema del pluralismo razonable y de las circunstancias de desacuerdo, que constituyen el contexto que hace surgir la crítica al control judicial de la ley como procedimiento para la adopción final de decisiones en materia de derechos fundamentales. En efecto, en un mundo más homogéneo, en el que existiera un consenso absoluto en torno a todos los grandes temas de justicia y de moralidad política, quizás la crítica al control judicial que aquí será planteada no tendría demasiada razón de ser.

Las críticas al control judicial de la ley normalmente suelen asumir alguna versión de la tesis de que la tarea de aplicar una constitución no puede ser concebida, como en su

---

<sup>59</sup> Una delimitación similar en Zurn, cit., capítulo introductorio.

<sup>60</sup> R. Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy” (manuscrito en poder del autor): “La globalización exacerba las tensiones entre constitucionalismo y democracia”, p. 60. Sobre este tema, véanse los artículos de Habermas, Weiler y otros, contenidos en la parte 5 de la compilación de Bellamy (citada en la bibliografía anexa a esta investigación).



día lo hicieron Hamilton y Marshall, como una labor puramente mecánica y predeterminada<sup>61</sup>. Si los jueces se limitaran a aplicar la constitución de esta manera, declarando un derecho objetivo preexistente y de manera no controvertida, no tendría demasiado sentido una objeción a la institución del control judicial. En este caso, la crítica más bien debería ser replanteada como un cuestionamiento a la idea de la supremacía constitucional, algo que en esta investigación no se pretende disputar, conforme se vio más arriba<sup>62</sup>.

En lo que sigue intentaré reconstruir la concepción de Jeremy Waldron sobre el pluralismo razonable y las “circunstancias del desacuerdo”, la cual resulta fundamental para comprender la crítica al control judicial de la ley que será expuesta en los capítulos siguientes<sup>63</sup>. Como veremos, la concepción de este autor sobre el problema es mucho más compleja de lo que inicialmente pudiera llegar a pensarse, y por eso la considero apropiada para guiar la discusión, ya que no se limita al ámbito de las teorías de la interpretación constitucional sino que, en cierta forma, lo trasciende para sustentarse igualmente en una tesis descriptiva sobre las condiciones de pluralismo razonable en las

---

<sup>61</sup> Son famosas las líneas de Hamilton expresadas en *El Federalista No. 78*: “El poder judicial no tiene ni FUERZA NI VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento...si pretendiera ejercer VOLUNTAD en vez de DISCERNIMIENTO, la consecuencia sería también la imposición de sus deseos frente a los del cuerpo legislativo”. (Cit. en I. Sánchez-Cuenca y P. Lledó (comps.), *Artículos Federalistas y antifederalistas*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 196-7, y 201.) Como es sabido, el razonamiento del juez Marshall en *Marbury v. Madison*, guarda notorias similitudes con este pasaje. Por lo demás, resulta significativo el hecho de que Marshall haya empleado como uno de sus ejemplos en esta decisión el de la disposición constitucional que establece el requisito de dos testigos para establecer la culpabilidad por traición, ante la hipótesis de que la legislatura se avenga a dictar una ley permitiendo la convicción con el testimonio de un solo testigo. Se trata de un caso paradigmáticamente “fácil”.

<sup>62</sup> Cfr., sobre el punto, la opinión de B. A. Ackerman, “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, 93 *Yale Law Journal* 1013 (1984), quien sugiere que aún si la interpretación fuera una labor “mecánica”, la objeción democrática al control judicial subsistiría, aunque ésta vez planteada ya en términos de una dificultad “intertemporal” o de la “tiranía del pasado”: ¿por qué deberían los jueces hacer prevalecer las decisiones de las mayorías del pasado? Es decir, esto nos llevaría hacia la otra vertiente del argumento sobre la dificultad contramayoritaria analizada más arriba. Cabe señalar de paso que una de las razones que se ofrecen para explicar el por qué en Europa no se ha sentido con tanta fuerza el problema de la objeción democrática al control judicial de la ley guarda relación con la creencia más arraigada en la cultura jurídica continental-europea sobre la mayor objetividad de la interpretación constitucional.

<sup>63</sup> Para hacerse una idea de la importancia que el autor concede al tema del desacuerdo aplicado al ámbito de los derechos, en J. Waldron, “Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators”, 23 *Supreme Court Law Review* (2d) 7 (2004), p. 11, afirma enfáticamente: “Now I regard this assumption –of reasonable disagreement about rights– as fundamental, and I am not prepared to talk about judicial review with anyone who will not grant it”.

que se desenvuelven las sociedades contemporáneas. Como tendremos ocasión de ver, este enfoque trae aparejado algunas consecuencias importantes que no siempre se desprenden de los análisis que se centran en las dificultades que plantea la interpretación constitucional. De todas maneras, conviene aclarar que algunas de las implicaciones de esta concepción recién serán apreciadas en toda su magnitud a lo largo de la investigación. En este capítulo me propongo más bien exponer a grandes rasgos la concepción del pluralismo razonable, insinuando algunos de los principales problemas que la misma plantea.

*a) La idea del desacuerdo y su extensión al ámbito de los derechos*

Un buen punto de partida para comenzar a aproximarnos al problema que tenemos por delante es la idea del “desacuerdo” en torno a los temas morales y políticos que hacen a una moderna sociedad liberal. Adaptando una frase de John Rawls, Waldron mantiene que las “circunstancias de la política” están dadas por dos factores: por el hecho de que deba adoptarse una decisión colectiva o curso de acción común o esquema de cooperación, por un lado, sumado al hecho de que existan desacuerdos en torno a qué decisión, curso de acción o esquema debe ser adoptado, por el otro<sup>64</sup>. La proposición que Waldron nos hace es que dado el pluralismo en el que vivimos, el desacuerdo constituye la regla, no la excepción, en política, y que debemos prestar mayor atención a estas circunstancias a la hora de evaluar nuestras instituciones políticas<sup>65</sup>.

La consecuencia principal que produce la idea del desacuerdo sobre la evaluación de dichas instituciones puede sintetizarse del siguiente modo: puesto que la vida política se desenvuelve en condiciones de pluralismo razonable<sup>66</sup>, entonces los procedimientos

---

<sup>64</sup> J. Waldron, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999, pp. 101 y ss. La frase constituye una adaptación de las “circunstancias de la justicia” a las que alude Rawls (y Hume), y que se refiere a la escasez moderada y al altruismo limitado, lo cual que hace que la justicia sea posible y que constituya una virtud.

<sup>65</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, cit., p. 15. Véase además, del mismo autor, “Deliberación, desacuerdo y votación”, en H. Hongju Koh y R. C. Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 251.

<sup>66</sup> Claro que también existen doctrinas “irrazonables” en cualquier sociedad, pero como el propio Rawls se apresura en decir, “I am concerned with an ideal normative conception of democratic

para la adopción de decisiones políticas deben reflejar una cierta sensibilidad hacia este pluralismo, de manera a evitar en lo posible la imposición arbitraria de ciertas concepciones sobre otras, pues esto implicaría una falta de respeto hacia los ciudadanos iguales, autónomos y racionales que sostienen otras concepciones razonables distintas. Esta manera de concebir la política como signada por el pluralismo tiene entonces profundas implicaciones para una teoría sobre la legitimidad de los procedimientos para la adopción de decisiones colectivas que a la postre acaban por tener una influencia decisiva en la crítica al control judicial. Si todos compartiéramos la misma noción de la justicia y de los derechos, no tendría desde luego demasiado sentido preocuparse por la legitimidad de los procedimientos para la toma de decisiones colectivas. Sólo habría que preocuparse de diseñar un procedimiento que tenga mayores probabilidades que cualquier otro de arribar a las soluciones que fueran conformes a la noción común de la justicia y de los derechos que los ciudadanos ya poseen. Como esto no es así en las sociedades democráticas contemporáneas, Waldron sugiere, siguiendo la estela del pensamiento hobbesiano, que precisamos una *teoría de la autoridad* que nos permita lidiar adecuadamente con los desacuerdos. Es decir, una teoría que nos indique cómo deben resolverse, de un modo que satisfaga criterios de legitimidad, los desacuerdos que se producen en el seno de una comunidad democrática. La teoría waldroniana es, en el fondo, una teoría sobre la legitimidad de la autoridad, y en este contexto debe entenderse la crítica al control judicial, en razón de que, como se verá más adelante, el mismo constituye un procedimiento para la adopción de decisiones colectivas revestidas de autoridad<sup>67</sup>.

---

government, that is, with the conduct of its reasonable citizens and the principles they follow, assuming them to be dominant and controlling". (J. Rawls, "The Idea of Public Reason Revisited", en del mismo autor, *The Law of Peoples*, Harvard, Cambridge, 1999, p. 131, n. 3.)

<sup>67</sup> Para Waldron, *Law and Disagreement*, cit., p. 7, la legitimidad de las instituciones políticas deriva, a parte de los criterios instrumentales y procedimentales que serán expuestos más adelante, de su capacidad para dotar de un marco de referencia común en base al cual podemos actuar coordinadamente ante una situación de desacuerdo. Esta concepción va unida a su vez a una concepción del derecho a la que se conoce como "normative positivism" o "ethical positivism". Sobre el punto, véase J. Waldron, "Normative Positivism", en R. P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon, Oxford, 1996; y en general, T. Campbell, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Cavendish, London/Portland, 2004, quien también explora el problema y su conexión con la institución del control judicial.

La noción de desacuerdo presenta unos problemas especialmente agudos para el constitucionalismo cuando la aplicamos a los derechos, y es en este ámbito en el que centraremos la atención. Waldron nuevamente asocia aquí su idea de los desacuerdos al “pluralismo razonable” de Rawls, pero le da un giro diferente que acaba llevando la teoría de Rawls hasta las últimas consecuencias. En su *Liberalismo Político*, Rawls había destacado la importancia para cualquier teoría política de tomar en cuenta el “hecho del pluralismo razonable” en torno a las “doctrinas comprensivas” sobre lo bueno, hecho que ha de considerarse como un rasgo permanente de una sociedad que goza de instituciones libres<sup>68</sup>. En una formulación característicamente liberal, Rawls sostiene que, habida cuenta la pluralidad de doctrinas razonables sobre lo bueno, el Estado debe abstenerse de tomar partido por alguna de ellas si es que pretende tratar a todos los ciudadanos por igual y respetar sus facultades morales. Según esta concepción, las normas fundamentales de la comunidad deben limitarse únicamente a regular cuestiones de justicia básica y de derechos para que cada quien pueda realizar su propio proyecto de vida personal<sup>69</sup>.

Waldron, sin embargo, pretendiendo actuar más consecuentemente que Rawls, extiende el hecho del pluralismo más allá del ámbito de las doctrinas comprensivas sobre la buena vida y lo aplica al ámbito de los derechos y de la justicia<sup>70</sup>. La idea de Waldron y de otros autores es básicamente que no sólo tenemos desacuerdos en torno a los valores éticos que dan sentido y que especifican lo que es una buena vida, sino que además mantenemos una pluralidad de opiniones en cuestiones de moral intersubjetiva, como por ejemplo, en torno a cuáles son los términos justos de la cooperación social, qué es lo que podemos exigir de los demás y lo que ellos pueden exigir de nosotros mismos

---

<sup>68</sup> Véase, en general, J. Rawls, *Political Liberalism*, cit.; y del mismo autor, “The Idea of Public Reason Revisited”, cit.

<sup>69</sup> Véase, en general, Rawls, *Political Liberalism*, cit. Para una crítica comunitaria a esta concepción liberal del Estado, véase M. Sandel, “La república procedimental y el yo desvinculado”, en F. Ovejero, J. L. Martí y R. Gargarella (comps.), *Nuevas Ideas Republicanas. Autogobierno y libertad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 2004, pp. 75 y ss.

<sup>70</sup> Véase Waldron, *Law and Disagreement*, cit., capítulo 7.

en aras a la satisfacción del interés colectivo, etc.<sup>71</sup> En este mismo sentido, John Gray, uno de los críticos más importantes de Rawls, escribe lo siguiente:

“la gente difiere en sus concepciones sobre la justicia del mismo modo en que lo hacen con relación a sus creencias religiosas y a sus valores morales, y la idea de un consenso moral por solapamiento, que la teoría de Rawls invoca, apenas refleja la condición de las sociedades democráticas contemporáneas. Es verdad que el lenguaje de la justicia y de los derechos es omnipresente, pero el mismo esconde amplias divergencias entre las concepciones morales y cosmovisiones existentes. ¿Qué pueden tener en común los activistas gay con los homófobos fundamentalistas, las feministas liberales con los fanáticos del derecho a la vida, los defensores ‘green’ del medio ambiente con aquellos que conciben al planeta como un recurso para ser aprovechado por los seres humanos? Puede que tengan algunas creencias y valores compartidos, pero éstos difícilmente serán suficientes para generar un acuerdo sobre qué libertades humanas son más importantes y cómo deben distribuirse otros bienes sociales. El hecho es que las sociedades democráticas contemporáneas carecen de un consenso profundo en valores...”<sup>72</sup>.

Es este énfasis en el desacuerdo en el que reparan éstos y otros autores<sup>73</sup>, aplicado al ámbito de los derechos, uno de los pilares sobre el que habrá de edificarse toda la

---

<sup>71</sup> La primera categoría intenta responder a la pregunta acerca de cómo *uno* desea vivir su propia vida, en tanto que la segunda intenta responder a la pregunta acerca de cómo *queremos* vivir la vida en sociedad. Cabe señalar que la distinción entre ética y moral intersubjetiva es una distinción de raíz kantiana aceptada por corrientes liberales contemporáneas pero rechazada por otras corrientes, como el comunitarismo, el iusnaturalismo, etc.

<sup>72</sup> J. Gray, “In Theory”, *The Nation*, junio (2006), disponible en <http://www.thenation.com/doc/20060605/gray>. Véase además, del mismo autor, *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Paidós, Barcelona, 2001.

<sup>73</sup> Ha insistido en el pluralismo también F. I. Michelman, por ejemplo, véase su “Morality, Identity and ‘Constitutional Patriotism’”, *Ratio Juris* Vol. 14 No. (2001), pp. 253-71; y T. Campbell, “Human Rights: A Culture of Controversy”, en su compilación *Prescriptive Legal Positivism...*, cit. A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2ª ed., Hart, Oxford/Portland, 2005, escribe que el argumento del consenso fracasa en razón de que “it relies on a widespread consensus which is illusory. It is true that in pluralistic societies we do tend to agree on the rights which are enshrined in the bill of rights, but this is a very tenuous agreement which breaks down as soon as a conflict comes to the surface. Since it is conflict between rights, or rights and other values, that gets litigated in the constitutional cases, we are bound to discover that there is not going to be any consensual basis on which such conflicts can be resolved”. Los autores hasta ahora mencionados se inscriben dentro de corrientes afines al liberalismo, pero como nos recuerdan R. Gargarella y J. L. Martí, “La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos”, estudio preliminar de J. Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, p. XVI, desde otras concepciones políticas (comunitarismo, postmodernismo, feminismo, etc.), también se ha criticado la tendencia homogeneizante del liberalismo político contemporáneo, p. XVI.

crítica al control judicial como procedimiento final para la adopción de decisiones colectivas. Así como Rawls exigía tomar en cuenta el pluralismo razonable en torno a las concepciones de la buena vida a la hora de evaluar el diseño institucional, Waldron sugiere que lo propio debe darse en el caso de los derechos. Si en el ámbito de las concepciones del bien resultaría arbitrario hacer prevalecer ciertas concepciones sobre otras, en el ámbito de los derechos ocurre lo mismo una vez que aceptamos que en su seno también se reproducen las circunstancias del desacuerdo razonable<sup>74</sup>. De todas maneras, a diferencia de las cuestiones éticas que especifican lo que es una buena vida, las comunidades políticas deben contar con procedimientos para la adopción de decisiones en el ámbito de los derechos fundamentales, en los que se regulan aspectos de moral intersubjetiva para los cuales se requiere de la coordinación social<sup>75</sup>. En consecuencia, surge la pregunta acerca de qué tipo de procedimientos serían más adecuados para adoptar decisiones sobre los derechos fundamentales cuando éstos son objeto de profundos desacuerdos<sup>76</sup>. Uno de estos procedimientos es del control judicial de la ley. Otro de ellos es la toma de decisiones por medio de una asamblea legislativa. En los próximos dos capítulos intentaré determinar cuál de ellos resultaría más adecuado para adoptar decisiones finales sobre el reconocimiento, el contenido y el alcance de los derechos fundamentales.

Ahora bien, los desacuerdos que afectan a los derechos no necesariamente habrán de estar motivados por el interés, la ignorancia, la mala fe o el error. Sus causas deben más bien buscarse en las “cargas del juicio” de las que da cuenta el propio Rawls, es

---

<sup>74</sup> También enfatiza que Rawls en este punto se queda corto R. Bellamy, “Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights: Republican Reflections on the EU Charter and the Human Rights Act”, en T. Campbell, K. D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001. Cfr., sin embargo, un análisis crítico de las implicaciones de la teoría waldroniana del pluralismo interpretativo para el problema de la legitimidad de los sistemas democráticos en J. Habermas, “On Law and Disagreement. Some Comments on ‘Interpretative Pluralism’”, *Ratio Juris* Vol. 16 No. 2 (2003), pp. 187-94.

<sup>75</sup> Siempre según la concepción liberal que se viene exponiendo, claro está, pues desde otras concepciones políticas y filosóficas que objetan la distinción, esto podría resultar cuestionable.

<sup>76</sup> De este modo, según T. Christiano, “Waldron on Law and Disagreement”, *Law and Philosophy* 19: 513-543 (2000), Waldron se aleja de los modos tradicionales de justificar la autoridad, el instrumental (Raz, Dworkin) y el del consenso (Rawls), con lo cual acaba privilegiando el procedimiento antes que las concepciones de lo bueno pero también de lo correcto. Sobre el punto, véase además la recensión de la obra de Waldron realizada por A. Marmor, en *Ethics*, Jan. (2002). Sin embargo, la dimensión instrumental también desempeñará una función importante en la teoría que será expuesta en esta investigación. Véase, sobre todo, el capítulo 3.

decir, en ciertas dificultades que afectan a todo proceso de razonamiento moral y que hacen difícil que éste desemboque siempre en un consenso en cuestiones morales y políticas<sup>77</sup>. Ello explica el hecho de que ciudadanos de buena fe puedan mantener desacuerdos razonables sobre complejas cuestiones de principio sin que deban necesariamente arribar a un consenso. Como se verá con mayor detalle en el capítulo 4, las condiciones de desacuerdo de una sociedad no necesariamente deben verse como una patología o como el resultado de la deliberación tendenciosa de agentes egoístas reacios a mirar más allá de sus propios intereses personales. También cabe considerar la posibilidad de que estos desacuerdos sean producto de una sociedad libre en la que sus miembros, como agentes con capacidad de deliberar moralmente, hacen uso de sus facultades intelectuales, y al hacerlo, llegan a distintas concepciones sobre los derechos. Los desacuerdos pueden entonces ser interpretados como resultado del libre ejercicio de las facultades morales e intelectuales de ciudadanos que se desenvuelven en el marco de instituciones libres, y que al ser aplicados a problemas sumamente delicados y complejos, alejan la perspectiva de un punto de vista único y uniforme en el desenvolvimiento del proceso político de una democracia signada por el pluralismo, sin entrar a juzgar o no sobre la existencia de una verdad absoluta u objetiva que, de todas maneras, no parece estar al alcance de ninguna institución política<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Rawls, *Political Liberalism*, cit., pp. 54-58. Entre las fuentes más obvias que Rawls identifica como “cargas del juicio” se encuentran las siguientes: a) la complejidad de la evidencia empírica y científica de que disponemos y la dificultad de estimarla y evaluarla; b) el desacuerdo acerca del peso que debe darse a las consideraciones que estimamos relevantes; c) la vaguedad e indeterminación de nuestros conceptos, lo cual a su vez invita a que se produzcan distintas interpretaciones, acerca de las cuales personas razonables pueden diferir; d) la diversidad de nuestras perspectivas vitales, lo cual nos hace evaluar y ponderar valores morales y políticos de modo diverso; e) el conflicto entre diferentes tipos de consideraciones normativas de diferente fuerza a ambos lados de una disputa, lo cual dificulta la realización de una evaluación de conjunto, etc. Para un recuento distinto de las fuentes del desacuerdo en política, véase además A. Gutmann y D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Harvard, Cambridge, 1996, pp. 29 y ss., donde insisten en los factores de escasez, altruismo limitado, entendimientos parciales o incompletos, y valores incompatibles; y A. Gutmann y D. Thompson, “Moral Disagreement in a Democracy”, en E. Frankel Paul, F. D. Miller, Jr., y J. Paul, *Contemporary Political and Social Philosophy*, Cambridge, Cambridge, 1995, pp. 90 y ss.

<sup>78</sup> Así, F. I. Michelman, “Human Rights and the Limits of Constitutional Theory”, *Ratio Juris* Vol. 13 No. 1 (2000), pp. 63-76, escribe: “Reasonable interpretive pluralism does not place truth in this matter beyond reasoned argument, or make it just a matter of opinion, or desire, or power; it makes it politically unavailable, in real political time among people who, aware of human frailty and ‘burdens of judgment,’ all perhaps sharing the belief that there is a truth of the matter, can neither all agree on what is, nor dismiss as unreasonable, their opponents’ positions”. Y en otro lugar, afirma:

Debe destacarse además que la existencia de desacuerdos no necesariamente debe considerarse como indeseable. En primer lugar, porque como ya he dicho, dichos desacuerdos parecen ser la consecuencia natural de una sociedad que goza de instituciones libres<sup>79</sup>. Por lo demás, algunos autores han argumentado que las sociedades necesitan del disenso para llevar a cabo un cúmulo de funciones sociales importantes, fomentando la creatividad, la diversidad de perspectivas que enriquece a una comunidad, sentimientos de empatía hacia los demás, etc.<sup>80</sup> Finalmente, los desacuerdos tampoco

---

“there being such a meaning-fact, if there is one, does and cannot preclude frequent, persisting disagreement in practice over what that fact *is...*”. (F. I. Michelman, “Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life”, en A. Sarat y T. R. Kearns, *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, University of Michigan, Ann Arbor, 1996, p. 142.) La crítica no necesariamente se basa, entonces, en una concepción metaética relativista. En este sentido, R. Warner, “Adjudication and Legal Reasoning”, en Golding y Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, cit., p. 267, afirma que el estar de acuerdo con la tesis del pluralismo razonable de Rawls no entraña un relativismo completo sobre los valores: “It is consistent to contend, for example, that it is a universally valid moral truth that all persons, simply by virtue of being persons, are owed a certain degree or kind of respect. What widespread, rationally unresolvable disagreement shows is that such universally valid moral truths as there may be do not provide a sufficient basis for many of the decisions we face”. Gutmann y Thompson, “Moral Disagreement in a Democracy”, cit., p. 88, van más lejos aún al señalar lo siguiente: “...moral relativism is seldom an issue in practical political ethics”. Sobre la concepción de Waldron y su relación con cuestiones metaéticas, véase el capítulo 8 de *Law and Disagreement*; y “Moral Truth and Judicial Review”, 43 *American Journal of Jurisprudence* 75 (1998); así como J. Waldron, “The Irrelevance of Moral Objectivity”, junto con el intercambio con M. Moore, “Law as a Functional Kind”, ambos en R. P. George, *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon, Oxford, 1994. La idea básica del autor es que la cuestión metaética no afecta las implicaciones de las circunstancias del desacuerdo de cara al diseño de nuestras instituciones políticas. Una clásica postura reticente al activismo judicial basada en el escepticismo moral es la de Oliver Wendell Holmes. De todas maneras, quizás lo más importante de cara a la crítica al control judicial es que, independientemente a si las proposiciones morales son susceptibles o no de ser medidas con arreglo a valores de verdad o de falsedad, ello no autoriza a suponer, conforme se verá en el capítulo 3, que un órgano jurisdiccional esté en mejores condiciones de alcanzar la verdad.

<sup>79</sup> Rawls, *Political Liberalism*, cit.

<sup>80</sup> Cfr. además el clásico de J. S. Mill, *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1997: “...en un estado imperfecto del espíritu humano, los intereses de la verdad requieren una diversidad de opiniones” (p. 121), y “si no existieran impugnadores de las verdades fundamentales sería indispensable imaginarlos y proveerlos con los argumentos más fuertes que pudiera inventar el más hábil abogado del diablo” (p. 103). Valorando el pluralismo, C. R. Sunstein, *Why Societies Need Dissent*, Harvard, Cambridge, 2003, pp. 210-1: “Organizations and nations are far more likely to prosper if they welcome dissent and promote openness. Well-functioning societies benefit from a wide range of views...”. Sobre por qué determinados conceptos que promueven el debate desde el desacuerdo son valiosos, véase J. Waldron, “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, 82 *California Law Review* 509 (1994). El propio Rawls, *Political Liberalism*, cit., p. xxvi, insiste en que “[e]l concebir el pluralismo razonable como un desastre es concebir el ejercicio de la razón bajo condiciones de libertad en sí mismo como un desastre”. A lo cual N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, p. 77, añade que “una sociedad en que no se admita el disenso es una sociedad muerta o destinada a morir”.



deben ser vistos como un obstáculo insalvable para la articulación de una teoría sobre la legitimidad de la autoridad política, pues algunas de las más importantes concepciones contemporáneas de la política y de la democracia se edifican teniendo en mente alguna variante del pluralismo y de las circunstancias del desacuerdo, enfatizando la importancia de valores como la participación y la deliberación en condiciones de desacuerdo como elemento legitimador del proceso político<sup>81</sup>. La propia crítica al control judicial que aquí será desarrollada constituye un esfuerzo por articular una adecuada teoría de la autoridad, en el ámbito específico de los derechos fundamentales, en el contexto de una sociedad pluralista.

*b) El desacuerdo y los catálogos de derechos*

El mantener que los derechos son objeto de profundos desacuerdos puede causar una cierta perplejidad una vez que constatamos que existe una especie de consenso generalizado y universal sobre los derechos humanos, reflejado, por ejemplo, en documentos de alcance universal o regional como la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o el Convenio Europeo de Derechos Humanos. De hecho hoy día existen no sólo documentos de alcance universal o regional que consagran extensas listas de derechos humanos, sino que además, la gran mayoría de los países alrededor de mundo cuentan con un catálogo de derechos que la mayoría de las veces figura en el vértice jurídico y axiológico de sus respectivos sistemas políticos<sup>82</sup>. A pesar de ello, quienes enfatizan el pluralismo en el ámbito de los derechos consideran que ningún consenso generalizado en torno a un catálogo abstracto de derechos puede ocultar el hecho de que, cuando llega la hora de lidiar con problemas concretos sobre los derechos, sea el desacuerdo profundo en torno a los mismos el que predomine. En palabras de Waldron,

---

<sup>81</sup> Existen, sin embargo, algunas corrientes contemporáneas del pensamiento político, como ciertas variantes del comunitarismo, que condenan el pluralismo ético y abogan por la homogeneidad.

<sup>82</sup> Como se ha dicho, hoy por hoy, probablemente sea Australia la única democracia occidental que no cuente con un “Bill of Rights”.

“aún si existe un entendimiento *grosso modo* o un consenso por solapamiento en torno a un grupo de derechos básicos o libertades civiles tales como aquellos consagrados por las enmiendas de la Constitución de los EE.UU. o los consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), hay un feroz desacuerdo acerca de las implicaciones de este consenso con relación a sus aplicaciones concretas. ¿Implica el *Bill of Rights* de los EE.UU. un derecho a la privacidad que a su vez genera una base para invalidar leyes que restrinjan el aborto? ¿Exige la 2ª enmienda que las legislaturas permitan que individuos particulares así como las milicias estatales reguladas porten armas de asalto? ¿Permite la CEDH el castigo corporal en las escuelas? No importa si denominamos a estas disputas ‘desacuerdos sobre derechos’ o ‘desacuerdos de interpretación’. Lo que importa es que ellas nos dividen en controversias feroces e irresolubles”<sup>83</sup>.

En otras palabras, los desacuerdos no se dan tanto en el nivel de los grandes principios abstractos, sino que más bien se proyectan a la hora de aplicarlos a circunstancias concretas, establecer sus relaciones de prioridad, balancearlos entre ellos o de cara a otras consideraciones morales y políticas, explicitar las condiciones en las que cabrían excepciones a su aplicación, sus definiciones, etc.<sup>84</sup> En fin, todo aquello que constituye el objeto de los casos que normalmente son sometidos a revisión judicial<sup>85</sup>. Por ponerlo en términos aún más generales, podría decirse que es muy probable que se produzcan desacuerdos razonables cada vez que pretendamos que los derechos resulten operativos en la práctica. Como nos advierte el filósofo del derecho Tom Campbell, no debemos caer en la ingenuidad de pensar que el acuerdo generalizado en torno a ciertas

---

<sup>83</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 11-2.

<sup>84</sup> Con relación a las condiciones en las que cabrían excepciones para la aplicación de los principios abstractos, el caso de los derechos que deben ceder ante situaciones de emergencia previsto por varios instrumentos es digno de mención. Por ejemplo, el artículo 15.1. de la Convención Europea de Derechos Humanos prevé lo siguiente: “En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación...”. Cualquier persona que se adhiera a la idea de los derechos puede en determinadas ocasiones especiales considerar que éstos deben ceder, y los desacuerdos también estarán presentes en estas instancias, pues quizás se presentan dudas sobre si bajo las condiciones en cuestión los derechos realmente deberían ceder, el tiempo de duración de las condiciones de excepción, etc. El problema adquiere plena actualidad con las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo. En general, para una discusión sobre los conflictos entre los derechos individuales y bienes colectivos, véase R. Alexy, “Derechos individuales y bienes colectivos”, en del mismo autor, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 179 y ss.

<sup>85</sup> J. Waldron, “Freeman’s Defense of Judicial Review”, 13 *Law and Philosophy* 27 (1994), p. 35.

vagas formulaciones de derechos, así como la carga emotiva favorable que dichas formulaciones conllevan, deba verse como una señal de consenso en torno a cómo debemos tratarnos los unos a los otros en la práctica, así como acerca de qué tipo de conductas políticas deberían considerarse inaceptables, es decir, en torno a cuestiones en las que aparecen envueltas los derechos fundamentales en el día a día de una comunidad política<sup>86</sup>.

Por lo demás, debe señalarse que el que los derechos sean normalmente formulados en términos tan abstractos como en los catálogos mencionados no es pura casualidad. Como bien explica Victor Ferreres, la abstracción es el recurso al que apelan los constituyentes no sólo para lograr un acuerdo entre las distintas fuerzas políticas que actúan en el proceso constituyente, sino para obtener la adhesión de la mayor cantidad de miembros posibles de la sociedad, los cuales abrigan convicciones ideológicas diversas<sup>87</sup>. A su vez, la abstracción y la generalidad son los rasgos que posibilitan, como suele decirse, que diversos signos políticos puedan sentirse identificados con las cláusulas de una misma constitución<sup>88</sup>. Pero nada de esto debería hacernos perder de vista que el consenso existe, como acaba de verse, sólo en la superficie, y que las constituciones presentan en general cláusulas de derechos que, en palabras de William Brennan, pueden ser gráficamente descritas con la expresión “majestic generalities”. Una vez que

---

<sup>86</sup> Campbell, “Human Rights: A Culture of Controversy”, cit., p. 197. A su vez, N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 79, con su lucidez habitual, se mostraba sorprendido ante la creencia de que el ejercicio de los derechos era algo sencillo, lo cual atribuía a que la mayor parte de los derechos son aceptados por el sentimiento moral común.

<sup>87</sup> Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, cit., pp. 230 y ss.

<sup>88</sup> Véase la STC 11/1981: “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo...”. A su vez, F. Rubio Llorente, “La interpretación de la constitución”, en su compilación *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 608, escribe: “...los preceptos materiales de la Constitución, a diferencia de los preceptos legales, no pueden disciplinar conductas o habilitar para concretas actuaciones de ejecución, sino garantizar el respeto a determinados valores, o asegurar a los ciudadanos unos derechos que ... han de ser necesariamente definidos en términos que hagan posibles diversas políticas, esto es, diversas interpretaciones”. En el contexto norteamericano, el *locus classici* de este argumento es el voto disidente del juez Holmes en *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905): “a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States”.

intentemos hacer operativas estas “generalidades”, será el desacuerdo el que prevalezca, o al menos eso es lo que cabe esperar en condiciones de pluralismo razonable.

Ante esta imagen que evoca la omnipresencia de los desacuerdos, algunos podrían objetar que la vida política en realidad no puede prescindir de algún tipo de acuerdo sobre el cual asentar la vida en comunidad. En respuesta a este argumento, y de conformidad a lo dicho en el párrafo anterior, podría alegarse que la tesis del desacuerdo puede resultar compatible con la existencia de acuerdos generalizados sobre las grandes cuestiones abstractas que habrán de presidir la vida política de una determinada sociedad, pero es cuando debemos lidiar con la aplicación de ese telón de fondo abstracto de principios y valores a los problemas ordinarios de la vida política para hacerlos operativos en la práctica que se suscitan los desacuerdos. Además, aún si concediéramos que existen principios o valores fundamentales que quizás podrían considerarse sustraídos al desacuerdo, lo cierto es que en el ámbito de los derechos fundamentales, éste no parece ser el caso<sup>89</sup>. Los catálogos de derechos proporcionan a lo sumo un marco que puede servir como punto de partida o como referencia en torno a la cual habrá de girar una discusión sobre los derechos, pero no llevan en sí mismos unos contenidos bien definidos de los que se puedan extraer conclusiones precisas ni tampoco pueden determinar de antemano todas las cuestiones concretas ni las disputas que puedan surgir con relación a los derechos<sup>90</sup>. Los desacuerdos comenzarán a emerger ni bien intentemos emplear las

---

<sup>89</sup> Quien intente argumentar lo contrario debería poder explicar satisfactoriamente cómo es que existen tantas concepciones antagónicas en torno a los derechos. Por ejemplo, si nos fijamos en la literatura filosófico-política contemporánea, notaremos que existe una gran profusión de teorías sobre los fundamentos de los derechos individuales. Una excelente muestra de cómo distintas teorías políticas (republicanas, comunitarias, liberales, etc.), se relacionan con el fenómeno de los derechos de modos diversos, en R. Bellamy, “Citizenship and Rights”, en R. Bellamy (ed.), *Theories and concepts of politics...*, cit., capítulo 3. Algunas de éstas ponen énfasis en consideraciones relacionadas a la libertad; otras priorizan en cambio consideraciones vinculadas a la autonomía o bien, en consideraciones sobre la igualdad; a su vez, otras concepciones consideran que deberían tomarse en cuenta otro tipo de intereses y necesidades, etc. (Waldron, *Law and Disagreement*, cit., p. 215.) El resultado final de la elaboración de estas teorías nos deja como saldo una topografía de teorías sobre los derechos de los más diversos signos, que difieren no sólo en cuanto al contenido de los derechos que consagran, sino en el modo de articular sus relaciones recíprocas de prioridad. Así, podemos constatar construcciones de carácter más bien libertarias, otras de carácter más bien social-demócratas, otras de tinte feminista, otras de perfiles iusnaturalistas, etc., las cuales enfatizarán de manera distinta a grupos de derechos distintos. Quizás ésta sea la muestra más evidente no sólo de que el desacuerdo sobre los derechos es más frecuente de lo que podría pensarse.

<sup>90</sup> Una crítica contra quienes pretenden ver en el catálogo unos contenidos ya bastante definidos en A. Pintore, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, *Doxa* 23 (2000), p. 142, quien alega que las constituciones no proporcionan catálogos con contenidos, sino a

formulaciones abstractas para resolver cualesquiera de los problemas ordinarios de la vida política, como por ejemplo, al tratar de relacionar disposiciones abstractas sobre los derechos a casos concretos (v. gr., si una determinada ley viola o no la libertad religiosa), o en el contexto de casos individuales difíciles (por ejemplo, la libertad de expresión en tiempos de emergencia nacional, el derecho de las parejas homosexuales a adoptar, los límites y condiciones del derecho a la autodeterminación de los pueblos, etc.)<sup>91</sup>. En otras palabras, las fórmulas abstractas de los catálogos de derechos no sólo no pueden abarcar y dar por zanjados de una vez por todas los asuntos vinculados a los derechos, sino que en ocasiones ni siquiera pueden ser de mucha utilidad cuando necesitamos resolver los más elementales problemas de la convivencia. Problemas como el tratamiento de derechos no expresamente comprendidos en el catálogo, o la delimitación del contenido de los derechos que sí están incluidos, sus relaciones con otro tipo de consideraciones morales, y las relaciones entre distintos derechos entre sí, seguirán aflorando a pesar de la existencia del catálogo.

Desde la teoría del derecho pueden ofrecerse distintas explicaciones del fenómeno. Una de éstas enfatiza la conocida distinción entre un “concepto” y sus distintas “concepciones”<sup>92</sup>. Así, se ha señalado que las formulaciones canónicas intentan recoger *conceptos* de los derechos, o que al menos deberían ser concebidas como si recogieran conceptos. Sin embargo, ni bien intentemos hacer operativos dichos conceptos, nos encontraremos ante distintas *concepciones* de los mismos, las cuales articulan los argumentos más dispares desde distintos puntos de vista (filosóficos, políticos y morales) para dar soporte a un determinado entendimiento sobre los derechos en juego. De modo que al penetrar en este nivel de profundidad nos encontraremos con que la “sustancia” que se pretende atribuir a los derechos puede llegar a ser muy

---

“grandísimas líneas”, y que las constituciones presumiblemente nunca serán capaces de brindar un catálogo de este tipo “mientras persista el pluralismo de valores que caracteriza a nuestras sociedades”. Sobre el punto, véase además J. Reiman, “The Constitution, Rights, and the Conditions of Legitimacy”, en A. S. Rosenbaum (ed.), *Constitutionalism. The Philosophical Dimension*, Greenwood, New York/Connecticut/London, 1988: “Nuestras diferencias acerca de la constitución quedan plasmadas e incluidas en el léxico moral de la constitución, y constituyen, por tanto, diferencias sobre cosas sobre las que hemos convenido disentir”.

<sup>91</sup> J. Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., pp. 20-1

<sup>92</sup> Para esta distinción, véase J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard, Cambridge, 1971, y R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard, Cambridge, 1986, pp. 70-73.

controvertida, aún cuando los eslóganes o cánones tradicionales en los que se formulan los derechos no lo sean<sup>93</sup>.

Otra explicación esclarecedora nos la proporciona la teoría de los derechos de Joseph Raz, muy influyente en el ámbito del análisis contemporáneo de los derechos. Como es sabido, el autor defiende una determinada concepción de los derechos basada en la noción de interés<sup>94</sup>. Según Raz, afirmar que “A tiene derecho a X” implica sostener que A posee un interés suficiente que justifica la imposición de deberes hacia los demás para satisfacer dicho interés. De conformidad a esta concepción, los derechos son “conclusiones intermedias” que toman como punto de partida la consideración de los intereses de A para acabar en conclusiones sobre los deberes que son debidos para satisfacer el interés de A<sup>95</sup>. Pero si esto es en efecto así, surge entonces la pregunta acerca de la utilidad del concepto de los derechos, ya que éstos constituirían sólo pasos intermedios de un razonamiento práctico que arranca destacando la importancia del interés en juego para acabar en conclusiones sobre los deberes que la satisfacción de dicho interés exige.

Al parecer, dos son los argumentos que señalarían la utilidad del concepto. En primer lugar, los derechos actúan como puntos de encuentro que cumplen la finalidad de evitar que el discurso práctico deba partir en cada ocasión desde las primeras premisas, lo cual puede convertirlo en demasiado tedioso y poco práctico. En segundo lugar, y esto es más importante aún, los pasos intermedios del discurso práctico, como los derechos, “nos permiten arribar a un conjunto de conclusiones intermedias compartidas, *a pesar de que existe un considerable desacuerdo sobre los fundamentos* de esas conclusiones intermedias”<sup>96</sup>. Es decir, los derechos nos permiten puntos de acuerdo aun cuando en el fondo estemos en desacuerdo sobre las consideraciones morales más profundas que dan sustento a los derechos. Así, “el discurso sobre los derechos nos permite que se forme

---

<sup>93</sup> J. Waldron, “Rights and Majorities: Rousseau Revisited”, en la compilación del mismo autor, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge, 1993, p. 401.

<sup>94</sup> Como es sabido la principal escuela rival es la “*choice theory of rights*” defendida entre otros por H.L.A. Hart. Una exposición útil de este debate en N. E. Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, Sweet & Maxwell, 2002, pp. 304 y ss.; así como en A. Harel, “Theories of Rights”, en Golding y Edmundson (eds.), cit.

<sup>95</sup> J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1986.

<sup>96</sup> Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, cit., p. 152.

una cultura común en torno a ciertas conclusiones intermedias, precisamente en razón de su naturaleza intermedia”<sup>97</sup>.

De esta concepción se desprendería que, aun a pesar de que exista una cultura común sobre los derechos, que gira en torno a los derechos consagrados en los catálogos constitucionales de las democracias occidentales o en sus documentos de alcance internacional o supranacional, ello no debería llevarnos a la idea equivocada de que el consenso que puede existir en torno a los mismos sea absoluto, pues ni bien intentemos extraer conclusiones prácticas de dichos catálogos, comenzarán a surgir las diferencias profundas enraizadas en modos distintos de concebir las primeras premisas morales o las conclusiones sobre deberes que finalmente habrán de derivarse, lo cual dependerá, a su vez, de la teoría moral y política más amplia que se emplee para justificar dichos intereses y deberes. Así, tanto un social-demócrata como un libertario pueden estar de acuerdo en prestar su adhesión a un abstracto derecho a la propiedad privada. Sin embargo, a la hora derivar conclusiones más precisas de esta fórmula abstracta para aplicarla a los problemas sociales, es probable que las diferentes concepciones sobre las que se sustentan las adhesiones al derecho en abstracto acaben por arrojar conclusiones muy diversas. En suma, las formulaciones textuales o canónicas de los derechos, en su carácter de conclusiones intermedias, poseen, a todos los efectos prácticos, una finalidad bastante limitada, aunque no por ello trivial, pues el hecho de que actúen como conclusiones intermedias permiten por lo menos un punto de apoyo en torno al cual articular un diálogo en torno a una noción que cuando menos resulta vagamente compartida.

c) *¿Un problema de indeterminación del derecho?*

Lo dicho hasta aquí podría inducir a creer, erróneamente, que la tesis del pluralismo razonable nos conduce hacia algo semejante a la tesis de la indeterminación radical del derecho. Desde el realismo jurídico norteamericano de la primera mitad del

---

<sup>97</sup> Id. Cfr. este pasaje de J. S. Mill, cit. en C. R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, New York/Oxford, 1996, p. 2: “As mankind are more nearly of one nature, than of one opinion about their own nature, they are more easily brought to agree in their intermediate principles...than in their first principles”.

siglo XX, pasando por el *Critical Legal Studies* que tuvo su momento de esplendor durante los años 80 del siglo pasado, y llegando hasta algunas corrientes jurídicas contemporáneas influidas por el postmodernismo, una objeción recurrente al control judicial –y al ejercicio del poder jurisdiccional en general– se ha producido previa constatación de la supuesta indeterminación radical del derecho, y consiguientemente, de la ilimitada discrecionalidad judicial. Según esta postura, como bien explica el Profesor Prieto Sanchís, “la Constitución viene a ser poco más que un trozo de papel sin significado, una norma vacía, un dúctil instrumento que sirve para casi todo, repleto de preceptos vagos, porosos y contradictorios y que permiten los más arriesgados juegos de malabarismo interpretativo”<sup>98</sup>. Desde esta perspectiva, la objeción al control judicial de la ley halla su fundamento último en que dicha institución supone dotar a los jueces de una discrecionalidad casi absoluta.

En contraposición a este realismo extremo, podría argumentarse, en defensa de la institución del control judicial, que la gran mayoría de las formulaciones de los derechos contenidas en los catálogos de derechos de las constituciones, si bien son abiertas, indeterminadas y están redactadas en general en forma de principios y no de reglas claras que permitirían la subsunción, aún así serían susceptibles de adquirir un significado relativamente estable por medio de una interpretación adecuada, o cuando menos, serían susceptibles de ser interpretados de modo tal que puedan discernirse razonamientos correctos de otros que no lo son, aún cuando esto no asegure una única respuesta correcta<sup>99</sup>. Desde este punto de vista, podría sostenerse que el desacuerdo no es tan profundo como a primera vista podría parecer, y que en consecuencia, no podemos asignarle una importancia desmedida al evaluar, por ejemplo, el diseño de nuestras instituciones políticas, entre ellas el control judicial.

La tesis de la indeterminación radical resulta, en efecto, poco plausible, y en ese sentido, suscribo en parte la apreciación recién expuesta. Es verdad que las constituciones poseen diversos tipos de indeterminación que pueden dar lugar a divergencias interpretativas. Así, se mencionan con frecuencia las indeterminaciones

---

<sup>98</sup> Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 163.

<sup>99</sup> Una estrategia que persigue una vía similar, concibiendo los conceptos constitucionales abstractos como conceptos esencialmente controvertidos, en M. Iglesias Vila, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa* 23 (2000), pp. 77 y ss.



semánticas producidas por instancias distintas de vaguedades o ambigüedades del lenguaje; o las indeterminaciones sintácticas y pragmáticas; y finalmente, las indeterminaciones lógicas que se traducen en lagunas, contradicciones, y redundancias que aquejan a los textos normativos<sup>100</sup>.

En lo que hace al ámbito específico de los derechos fundamentales, que es el que ocupa nuestra atención en esta investigación, se presentan aún otras complicaciones adicionales. En efecto, a las indeterminaciones ya citadas se añaden otras que acaso resulten más acentuadas en el ámbito de los derechos fundamentales, como la abundancia de conceptos esencialmente controvertidos en las cláusulas que consagran derechos<sup>101</sup>. Como es sabido, dichos conceptos apelan a un criterio moral pero sin especificar su contenido, con lo cual contribuyen a generar disputas morales sobre cómo habrá de entenderse el criterio adecuado que permita dotar de contenido al derecho en cuestión. Consiguientemente, esto tiende a acrecentar la indeterminación<sup>102</sup>. Otro dato significativo consiste en la formulación frecuente de los derechos en términos de “principios” que traen aparejados la técnica de la ponderación a la hora de su aplicación en lugar de reglas de aplicación subsuntiva, lo cual tiende a igualmente incrementar la indeterminación<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> C. S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 81 y ss.; J. Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, *passim*; V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 19 y ss.

<sup>101</sup> Una excelente discusión en Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 24 y ss.; y Waldron, “Vagueness in Law and Language...”, cit. Sobre los “conceptos esencialmente controvertidos”, cabe señalar que la expresión, aparentemente empleada por primera vez en el ámbito de la filosofía del lenguaje por Gallie, es luego recogida por autores como Hart y Rawls, para ser posteriormente aplicada al ámbito específico de la teoría constitucional por Dworkin, por ejemplo, en *Law’s Empire*, cit., pp. 70-3, y también en su trabajo previo, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978.

<sup>102</sup> En general, P. S. Atiyah y R. S. Summer, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon, Oxford, 1987, pp. 42-53, alegan que los “content-oriented standards”, como los principios constitucionales que consagran derechos fundamentales, generan más incertidumbre en el derecho.

<sup>103</sup> Como explica C. Bernal, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa* 26 (2003), p. 238, “...la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones...La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación”. Todo ello sin restar mérito al valor metodológico que posee esta técnica. En el mismo sentido, L. Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en

Finalmente, se destaca también la potencial situación de colisiones entre disposiciones que, por hallarse todas consagradas en el mismo documento, no pueden resolverse normalmente acudiendo a los criterios tradicionales de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*, sino que sólo pueden resolverse acudiendo a ciertos tipos de valoraciones. Estas colisiones a veces enfrentan a valores “incommensurables”, lo cual nuevamente introduce dificultades considerables desde el punto de vista de la interpretación constitucional<sup>104</sup>.

Conviene hacer mención además de ciertas características propias no tanto de los textos jurídicos considerados en sí mismos sino de los procesos de interpretación de estos textos. Por ejemplo, es sabido que dichos procesos se realizan a través de distintos pasos que plantean la necesidad de realizar opciones axiológicas diversas en cada paso, con lo cual no logran eliminar cierta dosis de subjetividad y de discrecionalidad en el intérprete<sup>105</sup>. Además, debe tenerse en cuenta la mayor o menor libertad con la que los intérpretes emplean las diversas convenciones interpretativas aceptadas por la cultura jurídica de un determinado medio y que pueden conducir a soluciones dispares según cuál de éstas se emplee, no existiendo un criterio superior externo a la práctica misma del derecho que pueda actuar de instancia de jerarquización o de supraordenación de los distintos cánones de interpretación<sup>106</sup>.

---

M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 151, afirma que no cree “que pueda negarse el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta el juicio de ponderación”. Por su parte, D. Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard, Cambridge, 1997, pp. 322-3, nos recuerda que en los EE.UU., fue precisamente la constatación de las implicaciones del “balancing” una de las razones que motivó el surgimiento del realismo jurídico.

<sup>104</sup> Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, cit., p. 27 y ss. Sobre el problema de los conflictos y colisiones entre reglas y principios, véase además R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993. Sobre el problema de la “incommensurabilidad” y su relevancia para la teoría de la interpretación jurídica, una excelente discusión en B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Clarendon, Oxford, 2003.

<sup>105</sup> Nino, *Fundamentos de derecho constitucional...*, cit., pp. 103 y ss.

<sup>106</sup> Con relación a este tema de las convenciones interpretativas, véase P. Bobbit, “Constitutional Law and Interpretation”, en D. Patterson (ed.). El autor identifica seis modalidades de interpretación constitucional: histórica, textual, estructural, doctrinal (precedentes), éticas y prudenciales. Bobbit sostiene que cualquiera de estas modalidades puede emplearse de manera independiente para realizar una argumentación constitucional, pero que fuera de éstas no existe ninguna otra modalidad que pueda englobar u ordenar jerárquicamente a todas las demás. En un sentido similar, aunque empleando una categorización distinta de las modalidades, véase Brison y Sinnott-Armstrong, “A Philosophical Introduction to Constitutional Interpretation”, cit.

De todas maneras, y a pesar de todo lo dicho, ninguno de estos problemas debería hacernos caer en un realismo extremo. En cuanto a la indeterminación de los textos legales, la tesis más plausible a mi criterio sigue siendo la de J. J. Moreso, quien ha sostenido que las constituciones no son ni la “pesadilla” (indeterminación radical), ni el “noble sueño” (determinación total), sino más bien la “vigilia”, es decir, una posición intermedia: las constituciones a veces son indeterminadas y a veces no<sup>107</sup>. A veces existen “casos difíciles”, pero también “casos fáciles”<sup>108</sup>. En cuanto a los problemas que suscitan los procesos de interpretación de los textos legales, podría asimismo responderse que, a pesar de las dificultades señaladas, existen determinadas convenciones aceptadas por una comunidad de intérpretes y formas de argumentación jurídica que por lo menos ayudarían a disciplinar en cierta forma las decisiones judiciales. Está claro además que a las formulaciones de derechos contenidas en un catálogo constitucional no pueden atribuirse cualquier tipo de significados como si se trataran de fórmulas completamente vacías. Existen constreñimientos que vienen dados por el lenguaje o por determinadas convenciones interpretativas que servirían para dotar de cierta estabilidad al contenido de cada derecho. Si bien es cierto que después del realismo jurídico la concepción de la

---

<sup>107</sup> Véase J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, capítulo 5. En el mismo sentido, H.L.A. Hart, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en P. Casanovas y J. J. Moreso (eds.) *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, aunque limitado al contexto americano: “He retratado la teoría del Derecho norteamericana como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el Derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual nunca los jueces crean Derecho...La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y a veces otra”. Sobre la indeterminación del derecho, a título de ejemplo (pues la literatura es amplísima), véase L. B. Solum, “Indeterminacy”, en D. Patterson (ed.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996; y F. Schauer, “Easy cases”, 58 *Southern California Law Review* 399 (1985), así como las siguientes monografías: H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon, Oxford, 1994; Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit.; T.A.O. Endicott, *Vagueness in Law and Language*, Oxford, Oxford, 2000; y en el ámbito de habla hispana, G. R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973.

<sup>108</sup> La distinción entre “casos fáciles” y “casos difíciles” se ha hecho famosa en buena medida a raíz de la influencia de la obra de Ronald Dworkin, quien además ha defendido una controvertida posición según la cual siempre hay una respuesta correcta, incluso en los casos difíciles. Véase, por ejemplo, su contribución en Casanova y Moreso (eds.), cit. La literatura crítica es amplísima. Por citar un ejemplo, Warner, “Adjudication and Legal Reasoning”, cit., pp. 263-4, critica la tesis de la respuesta correcta sobre la base de su irrelevancia, pues aun cuando existiera una respuesta correcta que pudiera colegirse de todo el material jurídico existente y de los principios morales con los que ponderarlos, ésta simplemente no está a nuestro alcance.

función jurisdiccional no puede concebirse ya en términos “formalistas”, ello no significa que no haya sobrevivido al realismo la creencia en la posibilidad de alcanzar decisiones judiciales racionales y fundamentadas. Aunque las decisiones judiciales no siempre se hallen completamente predeterminadas por las normas, ello no quiere decir que dichas decisiones no puedan verse constreñidas por el derecho, que cuando menos marca los límites posibles de toda decisión, así como por el razonamiento jurídico, que impone sus propias restricciones al proceso de decisión judicial.

Ahora bien, el que todo esto sea así no implica desconocer que en la práctica se produzcan divergencias interpretativas considerables, sobre todo teniendo en cuenta que probablemente los casos que lleguen a una instancia judicial versarán normalmente sobre cuestiones acerca de las cuales quepan dudas razonables, pues en los casos claros los incentivos para litigar se reducen considerablemente<sup>109</sup>. De modo que, sin necesidad de suscribir la tesis de la indeterminación radical, lo importante es hacer notar que tanto los rasgos de los procesos de interpretación como las indeterminaciones parciales de la constitución contribuirían, acaso de manera inevitable, a generar divergencias interpretativas importantes en el ámbito de la interpretación constitucional, con mayor fuerza aún cuando ésta recae sobre los derechos fundamentales<sup>110</sup>. El problema de la “brecha interpretativa” es, pues, difícil de obviar<sup>111</sup>. Lo cual nos conduce directamente al meollo de la cuestión. Al decir de Juan Carlos Bayón, sin poner en tela de juicio la cuestión de si desde un punto de vista jurídico pueden o no haber respuestas correctas y otras que no lo son, o sin intentar responder a la pregunta acerca cuáles son las formas de argumentación jurídica más adecuadas para arribar a una determinada conclusión, lo cierto es que lo que cuenta, de cara al debate sobre la justificación del control judicial, es la posibilidad de que *distintos* agentes puedan realizar *distintas* interpretaciones de los derechos, sumado al hecho de que, independientemente de la corrección o incorrección de la interpretación efectuada por estos agentes, sus decisiones firmes pueden acabar por trazar los límites efectivos del poder normativo de otros agentes a quienes se asigna

---

<sup>109</sup> Solum, “Indeterminacy”, cit., pp. 497-8.

<sup>110</sup> Aunque el mismo no se explaye demasiado sobre el asunto, al parecer Waldron rechaza la tesis de la indeterminación radical del derecho. Véase, por ejemplo, *Law and Disagreement*, cit., pp. 82-3.

<sup>111</sup> La expresión es de R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 59 y ss.

igualmente la función de interpretar<sup>112</sup>. Esto significa que independientemente de que por vía interpretativa se pueda matizar el impacto de la tesis del desacuerdo (al negar, por ejemplo, la tesis de la indeterminación radical), lo cierto es que el problema de la diversidad de opciones interpretativas habrá de generar con relación al problema del diseño de nuestras instituciones, sobre cuando de lo que se trata es determinar a qué institución deberá corresponder la decisión final, no puede menospreciarse<sup>113</sup>.

Más allá de todo lo dicho hasta aquí, también puede ocurrir con frecuencia que las disputas sobre los derechos fundamentales en una comunidad política pluralista no constituyan meros ejercicios de interpretación de textos jurídicos, pues los derechos fundamentales también poseen una dimensión moral y política<sup>114</sup>. En ocasiones los debates en torno a los derechos pueden ser articulados como disputas morales y políticas que, aun cuando tomen como punto de partida el catálogo de derechos constitucionales, se desarrollan de conformidad a un discurso que no puede caracterizarse simplemente como un ejercicio de interpretación o de aplicación de esos textos<sup>115</sup>. Puede incluso darse

---

<sup>112</sup> Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., p. 72, nota 13 (énfasis añadido). Una variante de este argumento se encuentra ya delineado en el antifederalista (aunque aplicado al ámbito de los estados): “The judicial power will operate to effect, in the most certain, but yet silent and imperceptible manner, what is evidently the tendency of the constitution: - I mean, an entire subversion of the legislative, executive and judicial powers of the individual states. Every adjudication of the supreme court, on any question that may arise upon the nature and extent of the general government, will affect the limits of the state jurisdiction. In proportion as the former enlarge the exercise of their powers, will that of the latter be restricted” (Essay XI).

<sup>113</sup> Llama acertadamente la atención sobre ello Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., pp. 134-5: “...los perfiles que presenta el actual debate acerca de quién debe tener la última palabra, si el legislador o los jueces, revelan o, al menos, son un indicio de que el problema central no consiste en determinar el órgano más indicado o mejor dotado para llevar a cabo ese ejercicio de común racionalidad...Lo que se discute son más bien problemas ideológicos y de poder sobre el presupuesto de que los resultados de la racionalidad legislativa y de la racionalidad judicial no han de ser siempre los mismos o, dicho de otro modo, sobre el presupuesto de que el común sometimiento a la Constitución que se predica, no promueve necesariamente una única respuesta, ni jurídica ni moral; tal vez porque, junto al ejercicio de racionalidad que requiere una Constitución de principios, en la legislación y en la jurisprudencia queda siempre un hueco para la decisión, para el acto de poder”. De todas maneras, como se verá en el capítulo 3, en esta investigación también se toma en cuenta la cuestión de la capacidad institucional a la que alude el Prof. Prieto Sanchís.

<sup>114</sup> G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 36 y ss: “Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”.

<sup>115</sup> Así, Waldron, “Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators”, cit., p. 13, al referirse a los desacuerdos, mantiene que afrontarlos “requires us to do something more than consult a dictionary: we have to wrestle with major issues about the implications of a certain rights-ideal or a

el caso de que existan disputas sobre los derechos que se consideran fundamentales y que se invocan desde diversas perspectivas plurales de la sociedad pero que no pueden reconducirse fácilmente a ninguna de las formulaciones contenidas en el catálogo constitucional<sup>116</sup>. En ambos casos, los desacuerdos que resulten de esta manera de abordar los derechos serán más acentuados aún, pues se derivarían de un razonamiento moral y político que por su propia naturaleza constituirá una fuente fecunda de desacuerdos<sup>117</sup>.

De lo dicho hasta aquí se sigue que la idea del pluralismo razonable constituye una tesis descriptiva de las condiciones en las que se desenvuelve el discurso sobre los derechos fundamentales en determinados tipos de sociedades, pero la misma no necesariamente debe ser reducida a una tesis sobre la indeterminación del derecho o sobre la existencia o no de discrecionalidad judicial. Quizás la idea del pluralismo razonable no deba concebirse como si involucrara únicamente un problema de interpretación del derecho, aunque también conlleva consecuencias considerables con relación a este problema. Como hemos visto, aun a pesar de que existan catálogos de derechos vigentes, y aun a pesar de que los ciudadanos tiendan a desarrollar sus debates al amparo de alguna de las disposiciones de dicho catálogo, en el fondo no son sólo las formulaciones canónicas las que promueven las divergencias, sino también las concepciones morales y políticas más profundas en torno a los mismos que sostienen el entendimiento que los ciudadanos poseen de los derechos. En definitiva, los desacuerdos pueden ser no sólo

---

particular principle of individual rights, and address the ramifications that rights have for the whole way in which we organize law and governance in a given area". Y más adelante, p. 14, añade: "It is not just that lawyers and judges disagree about how to read a given text; their disagreements will reach down into the watershed philosophical issues that underlie what appears initially to be textual abstraction or indeterminacy". En un sentido aún más robusto, J. Goldsworthy, "Legislative Sovereignty and the Rule of Law", en Campbell, Ewing y Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, cit., p. 73, escribe: "The contents of a judicially enforceable bill of rights are principles of political morality whose 'interpretation' is indistinguishable from moral and political philosophy. The fact that they are written is irrelevant. Whether elected legislators, or judges, have ultimate authority to weigh up competing moral principles, and decide which of them ought to prevail, their decisions necessarily depend on controversial judgments of political morality".

<sup>116</sup> Waldron, "Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators", cit., p. 11.

<sup>117</sup> Waldron llega incluso a poner en tela de juicio la utilidad de que los debates sobre cuestiones que involucran derechos fundamentales deban ser reconducidos inexorablemente y en todas las ocasiones hacia las formulaciones de los catálogos constitucionales, lo cual, como se verá en el capítulo 3, puede llegar a tener un efecto nocivo sobre la naturalidad, la fluidez y la flexibilidad del discurso sobre los derechos.

“interpretativos”, sino versar además sobre la existencia y el modo de concebir derechos que aunque puedan relacionarse con el catálogo, constituyen cuestiones morales y de principios muy profundas que no se hallan resueltas de antemano en las abstracciones de dicho documento.

Por último, conviene señalar que nada de lo dicho debe ser empleado como pretexto para descalificar las teorías normativas sobre la interpretación jurídica<sup>118</sup>. Quien reconozca la fuerza descriptiva de la tesis del pluralismo razonable no debe necesariamente desconocer los avances producidos en el campo de la interpretación, en especial, en lo que hace el extraordinario desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica y su aplicación al derecho constitucional de los derechos fundamentales<sup>119</sup>. Es más, como se verá más abajo, nuestra crítica al control judicial no se extiende necesariamente a todos los sistemas de justicia constitucional. En la medida en que haya cabida para ciertos modelos de justicia constitucional, las teorías de la argumentación podrían, aunque bajo ciertas reservas que serán formuladas en su momento, desempeñar un papel relevante. De modo que hay un espacio para el derecho y el razonamiento judicial en el marco de una concepción sobre el pluralismo razonable<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> L. Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-ago (2004), p. 53, tras afirmar que la objeción judicialista tiende al realismo, y que no toma debidamente en cuenta las posibilidades de racionalidad jurídica en materia de derechos, mantiene, en una nota al pie, que “[é]ste es, por ejemplo, el caso de J. Waldron”. Además, sugiere que Waldron apela a la “vieja crítica de la inevitable discrecionalidad de cualquier forma de justicia constitucional”. Sin embargo, como hemos visto, esto no necesariamente constituye el núcleo de la tesis del pluralismo razonable.

<sup>119</sup> Para dos buenas exposiciones sobre el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica, véase R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; y M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

<sup>120</sup> Cfr., sin embargo, el capítulo 3, apartado 3, epígrafe a), donde se sugiere que determinadas formas del discurso jurídico pueden empobrecer el debate sobre los derechos fundamentales.

*d) Algunos ejemplos como muestra*

Quizás resulte conveniente proporcionar algunos ejemplos que puedan servir para ilustrar la tesis del desacuerdo sobre los derechos. Pongamos por caso el tema del aborto. Normalmente los catálogos guardan silencio sobre la cuestión del aborto, justamente en razón del carácter abstracto que suelen revestir<sup>121</sup>. En el caso del aborto, los ciudadanos pueden mantener posiciones claramente enfrentadas sobre el tema. Un primer grupo de ciudadanos puede mantener que, bajo determinadas condiciones, existe un derecho reproductivo que puede dar lugar en determinadas circunstancias a la provocación de un aborto. Además, podrían añadir que los fetos no tienen el estatus de “personas” y que, en consecuencia, no puede invocarse en este contexto la existencia de derechos que puedan truncar una opción reproductiva. Un segundo grupo puede defender el derecho a la vida del feto, considerar que ninguna otra consideración puede llegar a tener más peso, y que no existe un derecho al aborto, justificando en consecuencia la criminalización del mismo. Las disputas pueden o no realizarse al amparo de normas contenidas en el catálogo de derechos. Los partidarios del aborto, por ejemplo, pueden inferir el derecho a abortar de un derecho más genérico a la privacidad de la mujer. Los partidarios del bando contrario pueden formular su posición al amparo de un genérico derecho a la vida consagrado en el catálogo, o bien, derivarlo de una concepción ética más genérica. De cualquier manera, lo cierto es que el catálogo abstracto no contiene una solución al problema. Existen profundos desacuerdos en torno a la cuestión del aborto, todo dependiendo de cómo se conciba la existencia o no de los derechos en discusión, su alcance y ponderación en atención a otros derechos o consideraciones morales potencialmente en conflicto, y en general, de las convicciones morales más genéricas que den sustento a las concepciones específicas sobre el aborto y el estatus moral de los fetos.

Existen todavía otros casos en los que el derecho en discusión puede en efecto estar consagrado en el catálogo, pero aun así resultar inútil para suscitar un acuerdo generalizado en torno a cómo ha de concebirse el mismo o cómo ha de ser empleado para resolver una cuestión concreta. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la libertad de

---

<sup>121</sup> Sobre la abstracción de los catálogos de derechos, véase el ya citado trabajo de Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, cit.



expresión, al que probablemente una buena parte de la sociedad bien ordenada brindará su adhesión en abstracto. Supongamos que se pretenda trazar un límite a este derecho, de manera a balancearlo adecuadamente con otros derechos o consideraciones morales. De entrada nos enfrentamos con el problema de que existe toda una corriente de pensamiento para la cual este derecho quizás no tenga límites<sup>122</sup>. Sin necesidad de llegar a este extremo, es muy probable que cualquier discusión sobre el alcance que habrá de tener el mismo despierte posiciones encontradas apoyadas en distintas opiniones, sin que debamos necesariamente considerar que algunas de ellas son irrazonables o simplemente erróneas. Quizás una prueba de ello sea que la libertad de expresión se regula de manera distinta en distintos países democráticos que gozan de una cultura relativamente consolidada de instituciones libres. En Alemania, por ejemplo, se considera que existen restricciones más estrictas a este derecho cuando se trata de proteger a la democracia contra movimientos antisistema, como los grupos nazis. En otras democracias, sin embargo, el derecho no es sometido a estas restricciones. Incluso dentro de cada sociedad puede haber ciudadanos que abriguen distintas concepciones sobre el modo de entender la libertad de expresión y los límites adecuados a la misma. Así, algunos argumentarán a favor de extender la protección del derecho a determinados tipos de discursos que puedan herir ciertas sensibilidades sociales, en tanto que otros abogarán por una concepción más amplia del derecho en cuestión<sup>123</sup>.

Por último, si nos preguntáramos qué tipo de medidas interfieren con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, es probable que nuevamente nos encontremos con un abanico de concepciones razonables en torno a este derecho, sus límites y alcances, así como la interpretación adecuada que el mismo debe recibir en determinados contextos o situaciones. ¿Implica la prohibición de portar el velo en los colegios una afrenta a una determinada creencia? ¿Viola la libertad religiosa de los no cristianos la presencia de

---

<sup>122</sup> Para autores como John Stuart Mill este derecho casi no tiene límites. Véase su obra *Sobre la libertad*, cit., capítulo 2.

<sup>123</sup> M. Tushnet, “Scepticism about Judicial Review: A Perspective from the United States”, en Campbell, Ewing y Tomkins (eds.) *Sceptical Essays on Human Rights*, cit., sugiere que el estado de la jurisprudencia sobre la regulación de la libertad de expresión hace que en el contexto estadounidense se contravenga el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 20(2) prohíbe el “hate speech”, lo cual es una muestra de las profundas divergencias interpretativas que aquejarían a este derecho, el cual es interpretado de distintas maneras en diversos sistemas políticos.

símbolos como el crucifijo en las aulas? Al parecer, todo depende de la concepción que podamos tener sobre lo que es el derecho a la libertad religiosa, sus alcances, la teoría filosófica, política, y moral más profunda que le sirva de fundamento, y el entendimiento que tengamos sobre la manera en que el mismo debe ser sopesado de cara a otros derechos o bienes y valores colectivos.

Los ejemplos podrían multiplicarse: las exigencias concretas del derecho a la educación, a la salud, a la igualdad de trato, a la libertad de información, al desarrollo de la propia personalidad, a las exigencias de la tutela judicial efectiva, a la propiedad privada, los derechos de los acusados de cometer crímenes, las condiciones para el ejercicio del derecho a la autodeterminación política, la discriminación positiva, los derechos de minorías culturales, los derechos de los inmigrantes ilegales, el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, etc., etc., por no hablar ya de los derechos sociales y de los de “tercera generación”. Además, tal como sugiere esta lista meramente enunciativa, no parece que los desacuerdos se restrinjan a determinados grupos o categorías de derechos, sino que incluso pueden estar presentes en los más tradicionales derechos civiles y políticos, pues al decir de un autor, “[a]un en el caso de los derechos civiles y políticos, la concretización de los derechos al nivel de especificidad requerida para decidir casos particulares debe siempre resultar política y moralmente controvertida”<sup>124</sup>.

De todas maneras, es importante hacer notar que, en primer lugar, como lo evidencian los ejemplos, se trata de cuestiones harto complejas, lo cual brinda sustento a la tesis de que puede que sean las “cargas del juicio” y no necesariamente la intención de desconocer lo que uno considera como la verdad en materia de derechos la razón que explica que puedan producirse desacuerdos sobre las mismas. En segundo lugar, se trata no de cuestiones superfluas o de casos raros o infrecuentes. Por el contrario, se trata de complejos asuntos de principios que con toda probabilidad habrán de situarse de manera persistente en el foro público de cualquier sociedad democrática contemporánea y que

---

<sup>124</sup> Campbell, “Human Rights: A Culture of Controversy”, cit., p. 189. Cfr. Rawls, *A Theory of Justice*, cit., para quien la complejidad del principio de la diferencia es una de las razones para sustraerlo al consenso constitucional, con lo cual parece asumirse implícitamente que los derechos tradicionales son de más fácil aplicación. Para varios autores, por ejemplo, F. J. Laporta, “Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema”, en J. Betegón *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, cit., p. 321, la explicación de Rawls resulta poco convincente en este punto.

resultarán de suma importancia por su eventual impacto en la vida de las personas y en el modo en que se organizan políticamente dichas sociedades<sup>125</sup>.

De los ejemplos que acabo de traer a colación espero que se desprenda además con toda claridad que las circunstancias del desacuerdo no autorizan a concluir que una postura crítica hacia el control judicial se enraíza necesariamente en una reticencia hacia la idea de los derechos individuales. El debate sobre la justificación del control judicial no necesariamente debe reducirse a una discusión entre partidarios y enemigos de los derechos, como se ha visto en la introducción<sup>126</sup>. En efecto, las circunstancias del desacuerdo hacen que el debate gire en torno a un problema distinto, a saber, el de cómo debemos resolver los desacuerdos razonables que se producen no entre los partidarios y enemigos de los derechos, sino entre concepciones *distintas* de los derechos. Ahora bien, ello no quiere decir que no puedan existir posturas irrazonables o simplemente contrarias a la idea los derechos, pero de ellas me ocuparé con mayor detalle en el capítulo 4<sup>127</sup>.

*e) El control judicial como procedimiento de decisión*

Una consecuencia de primera magnitud que se derivaría de lo que ha sido expuesto hasta aquí consiste en que, bajo las circunstancias del desacuerdo, no puede considerarse que los catálogos de derechos de antemano impongan restricciones sustantivas, al menos en un sentido *fuerte*, a un procedimiento empleado para la aplicación de los derechos en él contenidos o para la determinación de su concreto contenido y alcance. La razón de esto debe a estar alturas resultar evidente: en condiciones de pluralismo razonable, y con las salvedades apuntadas más arriba, no podemos saber de antemano y con toda certeza cuál es el contenido preciso que habrá de asignarse a un determinado derecho hasta que no lo apliquemos a una circunstancia

---

<sup>125</sup> Waldron, “Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators”, cit., pp. 12-3.

<sup>126</sup> Véase la introducción, apartado 2.

<sup>127</sup> Merece la pena reiterar aquí que, siguiendo a Rawls, nuestro enfoque pretende de manera primordial edificar una concepción ideal normativa de lo que debería ser un gobierno democrático, tomando en consideración la conducta de sus ciudadanos razonables, y asumiendo además que los principios a los éstos se adhieren resultan prevalecientes en una determinada sociedad. (Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited”, cit., p. 131.)

particular. Ello es así sólo en un sentido fuerte, porque en un sentido débil, como ya se ha visto, no puede afirmarse que de cada derecho puedan extraerse cualquier tipo de conclusiones como si tratara de fórmulas completamente vacías, aunque de todas maneras las opciones interpretativas serán siempre amplias y a veces incluso contrapuestas. Desde este punto de vista, la idea del constitucionalismo como mecanismo concebido para imponer límites sustantivos a las decisiones mayoritarias sobre la base de los derechos quizás merecería ser objeto de una profunda revisión. En la práctica, y siempre según esta concepción, el control judicial no viene a constituir un mecanismo diseñado para “hacer prevalecer” una constitución que de antemano impone determinadas restricciones al contenido de las decisiones que pueden ser adoptadas. En lugar de ello, el control constitucional viene a ser más bien un “procedimiento de decisión” que nos permite dotar de contenido a los derechos en circunstancias concretas ante la existencia de desacuerdos profundos<sup>128</sup>. La manera en que los propios paneles de magistrados constitucionales deciden los casos sometidos a su estudio mediante el empleo, por ejemplo, del principio mayoritario cuando no logran alcanzar un consenso, es quizás una prueba de esto<sup>129</sup>.

Como se ha visto, el hecho de que exista un catálogo de derechos al que los jueces deban referir sus opiniones no significa que los mismos determinen de antemano la cuestión sometida a su revisión. Esto sería admitir que la adjudicación constitucional es una tarea puramente formalista y mecánica, algo que hoy día nadie se atrevería a sostener con seriedad<sup>130</sup>. Aun cuando existan ciertos acuerdos más o menos generalizados acerca de cómo debería procederse a interpretar un texto legal (lo cual es de por sí dudoso<sup>131</sup>), no

---

<sup>128</sup> J. C. Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 215, escribe: “la verdadera regla de decisión colectiva con la que se compromete quien acepta la primacía de una Constitución considerablemente rígida, combinada con un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad, no es en realidad ‘lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere derechos básicos’, sino –en la práctica– ‘lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos’. Y más adelante, p. 217, señala que la firmeza de las decisiones de los tribunales no están condicionadas a su corrección material. Véase además la p. 225 del mismo ensayo.

<sup>129</sup> Waldron, “Freeman’s Defense of Judicial Review”, cit., pp. 30-1. Sobre el punto, véase además el capítulo 4, apartado a).

<sup>130</sup> Este reproche ya formulaba H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, a Carl Schmitt.

<sup>131</sup> Piénsese en las numerosas teorías de la interpretación del derecho constitucional norteamericano. Para un mapeo sobre las distintas concepciones interpretativas, véase Sinnott-Armstrong y Brison (eds.), cit.

puede afirmarse que hayan criterios objetivos allí fuera esperando simplemente a ser aplicados. Es en este sentido que la justicia constitucional puede caracterizarse como un procedimiento para la adopción de decisiones, en este caso, en torno a la determinación del concreto significado o alcance que habrá de asignarse a los derechos para hacerlos operativos en la práctica.

Ahora bien, el que los catálogos de derechos no constituyan en verdad límites sustantivos a las decisiones que puedan adoptarse no significa que no sean útiles y que debamos simplemente dispensar de ellos<sup>132</sup>. Los catálogos de derechos, y en general, los textos constitucionales, pueden desempeñar una gran variedad de funciones políticas importantes. Pueden servir, por ejemplo, para fundar una comunidad política que antes no existía como entidad, como fue el caso del documento constitucional norteamericano; pueden establecer el marco normativo e institucional que haga posible el desenvolvimiento de una práctica democrática<sup>133</sup>; pueden asimismo ofrecer un marco para la discusión pública en torno a un conjunto de valores compartidos en abstracto que ayuden a los ciudadanos de una determinada comunidad política a concebirse como embarcados en una empresa común, y en consecuencia, a fomentar lazos de solidaridad y pertenencia<sup>134</sup>; pueden además desempeñar una función educativa importante, sobre todo en aquellas sociedades que salen de experiencias políticas traumáticas y en las que no existe una base más sólida sobre la cual asentar una cultura de los derechos<sup>135</sup>; y así

---

<sup>132</sup> Postura que parecería desprenderse de los trabajos anteriores de Waldron, por ejemplo, en *Law and Disagreement*, cit.

<sup>133</sup> S. Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México. Otra función que Holmes asigna a las constituciones es la de actuar como “reglas mordaza”. Véase su artículo “Las reglas mordaza o la política de la omisión”, en la misma compilación citada. Un análisis riguroso de las dificultades de este enfoque, véase F. J. Laporta, “El ámbito de la constitución”, cit., pp. 459 y ss. En general, para un excelente análisis de las interrelaciones entre constitución y democracia, véase además MacCormick, “Constitutionalism and democracy”, cit.

<sup>134</sup> Ferreres Comella, “Una defensa de la rigidez constitucional”, cit., aunque aquí la justificación de la constitucionalización aparece conectada de modo muy íntimo con el control judicial, algo que en esta investigación se pretende disputar.

<sup>135</sup> A. Schmitt, “¿Necesita la democracia una Constitución protegida?”, en Navarro y Redondo (eds.), cit., capítulo 10. Véase además la discusión obrante en Laporta, “El ámbito de la constitución”, cit., pp. 469 y ss.

sucesivamente<sup>136</sup>. Pero como ya se ha visto, lo que está en juego en esta investigación no son los catálogos de derechos ni las constituciones en cuanto tales, sino cuál es el procedimiento que debería ser definitivo al adoptar decisiones sobre los derechos fundamentales en las circunstancias del desacuerdo.

Una última implicación de esta concepción de los derechos bajo las circunstancias del desacuerdo consiste en que nos llevaría a aceptar la tesis según la cual los actos de la legislatura no pueden estar sometidos al “*rule of law*”, es decir, al ideal de un “Estado de derecho”, tesis que nuevamente va en contra de una corriente muy representativa del constitucionalismo tradicional, la cual considera que la imposición de límites jurídicos a la legislatura es una conquista más en pro del ideal de lograr un Estado plenamente sujeto al derecho, no sólo en los ámbitos de los poderes ejecutivo y judicial, sino también del legislativo<sup>137</sup>. Esto es así, nuevamente, en un sentido fuerte de la expresión “someter la legislatura a derecho”, conforme a lo ya señalado. En efecto, en un sentido débil, habrán cláusulas, sumamente abstractas, abiertas e indeterminadas, pero al fin y al cabo no completamente vacías, que limiten aunque sea en un grado mínimo las posibilidades de actuación de los distintos órganos estatales sin que se incurra en una violación a dichas cláusulas. Pero en cuanto a la realización específica de estas cláusulas, las posturas enfrentadas serán tan profundas que, si somos estrictos, resultaría inapropiado afirmar, una vez que la decisión haya sido adoptada, que la misma haya estado gobernada por una pauta jurídica establecida con anterioridad<sup>138</sup>.

Cabe añadir que la razón para adoptar una postura de este tipo no se basa en un mero capricho o en un rechazo hacia el ideal del Estado de derecho o del imperio de la ley, sino que es consecuencia del reconocimiento de la imposibilidad de someter a la

---

<sup>136</sup> Véase A. Martín de la Vega, *Trabajo para la habilitación del puesto de Profesor Titular*, apoyándose en K. Hesse y realizando una ilustrativa discusión sobre las funciones de las constituciones (de organización, integración, dirección jurídica, legitimación y limitación del poder), p. 30, y pp. 50 y ss.

<sup>137</sup> Para una exposición, véase, por ejemplo, L. Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit. Como es sabido, existen diferencias conceptuales entre las expresiones “*rule of law*”, el “Estado de derecho”, el “*état de droit*”, “imperio de la ley”, etc., en las cuales, sin embargo, no resulta necesario incursionar en este lugar.

<sup>138</sup> Está claro que este modo de concebir los catálogos de derechos se contraponen al entendimiento según el cual las constituciones presentan un denso contenido de valores y principios sustantivos más o menos bien definidos, conforme se vio en una nota anterior. Sobre el punto véase además la discusión contenida en el capítulo 6, apartado 2, epígrafe b).

legislatura a límites reales y efectivos bajo las circunstancias del desacuerdo (y por qué no decirlo, también de los demás órganos estatales, incluidos los órganos de la justicia constitucional, pues las condiciones de pluralismo afectan a todos los órganos por igual), salvo que aceptemos que quien se encargue de velar por la efectividad de los límites supuestamente establecidos de antemano en el catálogo de derechos sea realmente quien trace esos límites mediante un ejercicio de poder que en buena medida será *ex post facto*<sup>139</sup>. De todos modos, a lo largo de esta investigación intentaré disipar los temores que esta imagen de una legislatura, no sujeta al derecho en un sentido fuerte, puede llegar a provocar. Por ahora sólo puedo decir que, si aceptamos la plausibilidad de tesis sobre las circunstancias del desacuerdo y el modo en el que la misma impacta sobre los derechos fundamentales, entonces ello nos obligaría a ser cautos con la retórica del imperio del derecho aplicado al ámbito de las legislaturas, haciéndonos recordar al mismo tiempo que el derecho no puede controlar todas las instancias de ejercicio del poder. Al lado del derecho existen también, como es sabido, otras pautas de conducta, sociales, políticas y morales, que cumplen igualmente la función de limitar el poder, acaso de modo más efectivo y menos ilusorio.

*f) Algunas justificaciones del control judicial excluidas por el pluralismo*

Al concebir el problema de la justificación del control judicial a partir del pluralismo de valores, ello excluye de antemano algunas propuestas de justificación del control judicial. Una vez que aceptamos la fuerza descriptiva de la tesis del pluralismo razonable, ya no es posible apelar a justificaciones del control judicial de la ley orientadas hacia ciertos lugares comunes que no se compadecerían con las circunstancias del desacuerdo que también afectan a los derechos fundamentales, como a todo otro tema importante para la vida política de una sociedad. Por ejemplo, la justificación de un modelo fuerte de control judicial sobre la base de la necesidad de hacer prevalecer la “supremacía” de una constitución que debe ser resguardada pero cuyos contenidos en

---

<sup>139</sup> Sobre el punto, y a título de orientación de una literatura profusa, véase Goldsworthy, cit., así como la extensa bibliografía allí citada. Desde una perspectiva del “critical legal studies”, véase M. Tushnet, “Constitutionalism and Critical Legal Studies”, en Rosenbaum (ed.), cit.

materia de derechos son objeto de disputas enconadas, aparece como poco plausible. Bajo condiciones de desacuerdo, el razonamiento Hamilton-Marshall, y en general, todos los que pretendan seguir una vía similar o pretender la afirmación de derechos autoevidentes, naturales, trascendentes, o inscritos en el universo y a los que podríamos acceder si tan sólo contáramos con una especial pericia en materia moral, quedan bastante desacreditados<sup>140</sup>.

En segundo lugar, tampoco resultan ya justificables, al menos en algunas de sus manifestaciones, aquellas concepciones que apelan a un trasfondo valorativo dado que forma parte de la vida ética de una determinada comunidad, y que el tribunal tiene por misión resguardar. En condiciones de pluralismo no sólo no cabe asumir la existencia de un trasfondo ético compartido que en realidad no existe, sino que el intentar operar sobre la base de ese supuesto inexorablemente habrá de generar una teoría de la autoridad política sesgada que no tome en consideración el respeto debido a los ciudadanos libres e iguales que, en uso de su capacidad para deliberar moralmente, podrían llegar a mantener concepciones razonables pero distintas. Una variante específica de este argumento alega que cuando el control judicial hace prevalecer una determinada concepción específica de los derechos, no se está sino dando expresión a un consenso social básico existente en torno a dicha concepción, es decir, a un determinado entendimiento de cómo deberían interpretarse determinados derechos que gozan de un extendido respaldo social. Pero quienes razonan de este modo parecen apoyarse en la ambigüedad que caracteriza a los

---

<sup>140</sup> M. Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa...cit.*, p. 116, señala que sería reconfortante si los derechos fueran evidentes, como querían los padres fundadores, pero esto no es así, aun cuando esta noción continúe inspirando ciertos constitucionalismos. De hecho R. A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago, Chicago, 1956, nos recuerda que ni siquiera en la época de la revolución norteamericana había un consenso sobre los derechos. R. D. Parker, *Here The People Rule. A Constitutional Populist Manifesto*, Harvard, Harvard, 1994, pp. 79-80, afirma que existe una especie de fetichismo constitucional contemporáneo que imagina que la constitución no es susceptible de diversas interpretaciones plausibles, sino que ésta posee respuestas correctas sobre el significado constitucional. La implausibilidad de esta concepción hace que ni siquiera un iusnaturalista tradicional defienda hoy el control judicial sobre la base de que los derechos constituyan verdades supuestamente autoevidentes. Véase, por ejemplo, R. P. George, "Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review", en la compilación del mismo autor, *The Clash of Orthodoxies. Law, Religion, and Morality in Crisis*, ISI, Delaware, 2001, pp. 169 y ss. Pero véanse, sin embargo, otras variantes del iusnaturalismo contemporáneo, en especial M. S. Moore, quien ha defendido el control judicial sobre la base de una concepción metaética realista. Entre otros, véase "Law as a Functional Kind", cit., y "Natural Rights, Judicial Review, and Constitutional Interpretation", en J. Goldsworthy y T. Campbell, *Legal Interpretation in Democratic States*, Ashgate, Dartmouth, 2002, capítulo 10.



derechos constitucionales según la tesis del desacuerdo: consenso en torno a las grandes formulaciones abstractas, por un lado, y desacuerdo profundo en torno a los detalles y las concepciones específicas, por el otro. De modo que quienes esgrimen este argumento quizás confundan ambos planos, pues lo que se pretende hacer prevalecer en realidad no son las fórmulas abstractas, sino más bien las concepciones específicas y detalladas sobre cómo habrán de ser aplicadas dichas fórmulas a circunstancias particulares. Además, como ha dicho Michael Klarman, en no pocas ocasiones lo que se intenta proyectar sobre el conjunto de la sociedad en estos casos es más bien la postura predominante de una determinada elite académica, jurídica o política, que según se presume, es compartida por todos los ciudadanos, cuando que en realidad se circunscribe a las creencias particulares de dicha elite, con lo cual se incurre en la falacia de la generalización indebida<sup>141</sup>. En consecuencia, resulta más que dudoso que las concepciones que se intenten hacer prevalecer sean en el fondo expresión de algún tipo de consenso social generalizado.

Por último, algunos parten del reconocimiento de que el control judicial no debería interferir en la tarea legislativa de interpretar y dotar de contenido a los derechos fundamentales, pero afirman que esto es válido únicamente en la medida en que la legislatura presente una interpretación expansiva de los derechos, no así cuando se disponga a restringirlos, pues según un canon interpretativo del derecho constitucional contemporáneo, debe estarse siempre a favor de los derechos. Pero bajo las circunstancias del desacuerdo, debería resultar claro que lo que para algunos puede resultar una “restricción”, para otros puede resultar una interpretación más generosa de los derechos. Por ejemplo, una interpretación que propicie un respeto irrestricto hacia la propiedad privada puede ser concebida para una categoría de ciudadanos propietarios como una expansión y protección adecuada al derecho de propiedad, en tanto que para otras clases de ciudadanos más desposeídas puede ser vista como una restricción al acceso igualitario a la propiedad privada. En otras palabras, lo que haya de constituir una expansión o una restricción es una cuestión abierta. Es más, la restricción o expansión de un derecho puede muy bien suponer al mismo tiempo la restricción o expansión de otro derecho. Tal sería el caso de los derechos potencialmente en conflicto, como la libertad

---

<sup>141</sup> M. J. Klarman, “What’s So Great About Constitutionalism?”, 93 *Northwestern University Law Review* 145 (1998).

de prensa y de expresión, por un lado, y los derechos al honor o a la intimidad, por el otro. Del mismo modo, la prohibición del aborto puede ser concebida como una expansión del derecho a la vida al ámbito de las personas por nacer, en tanto que para otros puede ser concebida como una restricción al derecho a la privacidad de la mujer<sup>142</sup>.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La delimitación del ámbito de la crítica, expuesta en la primera parte de este capítulo, nos permitirá determinar los supuestos en los que se presume que los argumentos en contra del control judicial son válidos, diferenciando así aquellos supuestos en los que no resultaría aplicable la crítica. Por ejemplo, si estamos ante una sociedad mal ordenada; ante un supuesto de control judicial de adecuación constitucional de un acto de la administración pública; ante un sistema de control que no otorgue la última palabra al órgano jurisdiccional; o ante cualquier circunstancia que caiga fuera del ámbito delimitado, deberá entenderse que mis argumentos no se hallan dirigidos a descalificar estos supuestos. De esta manera, pretendo que la discusión sea llevada a cabo con un cierto rigor y precisión, pues la crítica al control judicial que aquí se pretende plantear no es absoluta ni incondicional, sino que se halla restringida de la manera especificada en la primera parte de este capítulo.

Hemos tenido ocasión de ver además que, en sociedades caracterizadas por el hecho del pluralismo razonable y por las circunstancias del desacuerdo que dicho pluralismo genera, se hace ineludible la pregunta acerca de cómo debemos resolver nuestros desacuerdos, incluyendo aquellos que recaen sobre el modo de concebir los

---

<sup>142</sup> En el mismo sentido, D. Smith, “Disagreeing with Waldron: Waldron on Law and Disagreement”, *Res Publica* 7: 57-84 (2001): “Unfortunately, however, there is no clear or undisputed divide between decisions which *limit* the scope of rights and those which *expand* their scope. Expanding the scope of one right (e.g. free speech) will often involve limiting the scope of another right (e.g. the right not to have one’s reputation defamed). Thus we cannot avoid the problem of disagreement regarding rights by requiring courts only to *expand* the scope of rights when reviewing Parliamentary decisions. Instead, we must consider each legal system individually, and decide for ourselves whether judges generally expand or limit the rights recognised by Parliament”. Véase además Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., pp. 90-1, realizando el mismo argumento; y Bobbio, *El Tiempo de los derechos*, cit., aludiendo al problema de las colisiones entre derechos, por citar sólo algunos ejemplos.

derechos fundamentales. Es este pluralismo entonces el que hace surgir la pregunta acerca de qué tipo de procedimientos deberíamos emplear para resolver estos desacuerdos, cuáles son los rasgos que deberían caracterizar a estos procedimientos, y en definitiva, cuáles son las instituciones a las que deberíamos otorgar la facultad de decidir, con carácter definitivo, sobre estas cuestiones. Todo ello será objeto de desarrollo en los próximos capítulos.



## Capítulo 2

### EL DERECHO A PARTICIPAR Y SU INSTITUCIONALIZACIÓN

“En su mejor expresión, sólo la concepción democrática, nunca la del tutelaje, puede brindar la esperanza de que, al participar en el gobierno de sí mismos, todos los integrantes de un pueblo, y no únicamente unos pocos, aprendan a actuar en forma moralmente responsable como seres humanos”.

-R. Dahl<sup>1</sup>

#### 1. DOS CRITERIOS COMPLEMENTARIOS DE DISEÑO INSTITUCIONAL

En el capítulo anterior se ha introducido el problema del pluralismo y de las circunstancias del desacuerdo en función del cual se constata que el catálogo de derechos constitucionales es en verdad objeto de desacuerdos profundos, razón por la cual el contenido preciso de los derechos no está predeterminado en el texto constitucional, y que además, existen cuestiones de derechos que desbordan a cualquier catálogo para enraizarse en disputas morales y políticas más profundas. Surge entonces la pregunta acerca de a quién debe corresponder la configuración definitiva de los derechos consagrados en la constitución, así como de aquellos que no aparecen directamente ligados al catálogo. Pero antes de responder a esta pregunta, debe recordarse igualmente

---

<sup>1</sup> R. A. Dahl, *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 100.

que estamos trabajando bajo el presupuesto de que nos hallamos en presencia de una sociedad bien ordenada, caracterizada por los siguientes rasgos: instituciones representativas y judiciales que funcionan de manera relativamente aceptable, así como una cultura política que sostiene y defiende la idea de los derechos, aun cuando los mismos son objeto de desacuerdos profundos, todo ello de conformidad a cuanto se expuso en el capítulo anterior<sup>2</sup>. Siendo así las cosas, ¿cómo debemos determinar a cuál de los órganos del Estado, el legislativo o el judicial, debe atribuirse la palabra final en materia de interpretación y especificación de los derechos contenidos en el catálogo constitucional? En otras palabras, ¿cuál de estos procedimientos de decisión resultaría más adecuado para desempeñar esta tarea?

Para clasificar los procedimientos de decisión se suele acudir a una famosa tipología rawlsiana en función de la cual se distinguen tres esquemas, a saber, los de justicia procesal “pura”, “perfecta” e “imperfecta”<sup>3</sup>. Si bien esta clasificación no deja de tener su utilidad, también ha contribuido a oscurecer, como podremos ver en seguida, una dimensión importante a la hora de evaluar los procedimientos para la adopción de decisiones políticas. Según Rawls, un esquema de justicia procesal pura sería aquel en el que no contamos con criterios independientes para evaluar el resultado de un procedimiento y en el que con sólo seguir el mismo se asegura un resultado justo (por ejemplo, una lotería). En segundo término, un esquema de justicia procesal perfecta asegura siempre la obtención de un resultado correcto que a diferencia del anterior, puede ser evaluado de manera independiente al procedimiento y que se obtiene con sólo seguir el mismo (por ejemplo, asignar la tarea de cortar un pastel al que habrá de tomar el último pedazo). Ahora bien, ninguno de los esquemas hasta ahora mencionados se adecuan a los procedimientos de decisión empleados en el ámbito público. En el caso de la justicia procesal pura, ello es así en razón de que en dicho ámbito siempre contamos con criterios independientes para evaluar la corrección de los resultados. En el caso de la justicia procesal perfecta, porque los procedimientos de decisión empleados en el ámbito público

---

<sup>2</sup> Véase el capítulo 1, apartado 3.

<sup>3</sup> J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard, Cambridge, 1971. Para una justificación del control judicial que toma en consideración esta categorización rawlsiana, véase J. J. Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, en F. J. Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

son siempre falibles. Es aquí donde entra en escena el tercer supuesto, a saber, el de un esquema de justicia procesal imperfecta, en el que si bien se cuenta con un criterio para evaluar los resultados, en la práctica no siempre puede asegurarse la obtención de un resultado justo cuando se sigue el procedimiento. A partir de esta clasificación, se suele asumir entonces que los procedimientos de decisión de una comunidad política sólo podrían ser casos de justicia procesal imperfecta. Y a esto suele añadirse todavía una tesis adicional, dándose a entender que, en el marco de una teoría de la justicia que tome en cuenta la idea de los derechos, el Estado constitucional unido al control judicial de la ley constituye una forma de justicia procesal imperfecta adecuada, en razón de que, si bien no escapa a la posibilidad de error, tiene mayores probabilidades que cualquier otro tipo de diseño institucional para dar con respuestas correctas la mayor cantidad de veces. De este modo, la preferencia por este tipo de diseño institucional viene dada por su valor *instrumental*, es decir, por su mayor probabilidad de generar respuesta correctas.

Ahora bien, como acertadamente ha señalado Juan Carlos Bayón, al parecer se ha tendido a interpretar que la tipología rawlsiana es exhaustiva, y ello ha llevado a algunos desconocer una dimensión importante a la hora de evaluar el diseño de las instituciones de una determinada comunidad política<sup>4</sup>. En efecto, al lado de las consideraciones instrumentales que el esquema de justicia procesal imperfecta acaba privilegiando, existe asimismo un valor *procedimental* para medir no ya los resultados de los procedimientos de decisión, sino la *legitimidad* que habrán de revestir esos procedimientos en sí mismos, con prescindencia de los resultados que los mismos podrían arrojar en la práctica<sup>5</sup>. Y ésta es la intuición que la clasificación tripartita rawlsiana ha contribuido a oscurecer. De este modo, no han sido pocos quienes, llevados por una preocupación puramente instrumental,

---

<sup>4</sup> J. C. Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004. En el mismo sentido, C. Beitz, *Political Equality. An Essay in Democratic Theory*, Princeton, Princeton, 1989, p. 47: “it appears that Rawls believes the three-part analysis exhausts the possibilities...But the analysis is incomplete”.

<sup>5</sup> J. Waldron, “Rights and Majorities: Rousseau Revisited”, en la compilación del mismo autor, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge, 1993, p. 393, realiza una distinción entre “legitimidad” y “justificación”. El que una decisión esté justificada significa que la decisión es correcta desde el punto de vista de sus méritos. Ahora, el que una decisión política sea legítima tiene que ver más bien con el procedimiento, es decir, si el modo en la decisión fue adoptada es adecuado. Aquí emplearé ambos términos indistintamente, aunque conviene tener presente la distinción por razones de claridad conceptual.

no han sido capaces de vislumbrar la importancia del criterio procedimental<sup>6</sup>. Así, el Rawls de *A Theory of Justice*, sostuvo que el “criterio fundamental para juzgar cualquier procedimiento es la justicia de sus probables resultados”<sup>7</sup>. A su vez, Joseph Raz, uno de los pensadores más importantes sobre el problema de la legitimidad de la autoridad, ha llegado a sostener que “es la verdad o solidez de las decisiones lo que cuenta en definitiva”, de modo que, por ejemplo, la democracia entendida como procedimiento para la adopción de decisiones resultaría justificada únicamente en tanto que conduzca, en términos generales, a un buen gobierno<sup>8</sup>. Ronald Dworkin, aplicando los criterios más directamente a su teoría del control judicial, ha señalado que no ve más alternativa que aplicar un *test* que tome como referencia los resultados, vale decir, la probabilidad de alcanzar los resultados correctos, para lo cual aconseja adoptar un diseño institucional que incorpore el control judicial<sup>9</sup>. Larry Alexander, también considerando la institución del control judicial, mantiene que las “instituciones gubernamentales, incluyendo la institución del control judicial, se justifican solamente por las consecuencias que producen, incluidas las consecuencias sobre las violaciones de derechos”<sup>10</sup>. En consecuencia, si con el control judicial estamos mejor que sin él en dichos aspectos, “eso es todo lo que la justificación exige”, y no hace falta ya atender a razones de orden procedimental<sup>11</sup>.

Teniendo en mente ambos criterios de diseño institucional señalados —el instrumental y el procedimental—, en este capítulo y en el siguiente me propongo defender

---

<sup>6</sup> Sin embargo, como ha señalado el mismo Bayón, cit., p. 106, desde un liberalismo político de raíz kantiana (del tipo al que suscriben autores como Rawls, Habermas, etc.), tanto el aspecto procedimental como el instrumental serían “componentes igualmente esenciales e irrenunciables de un liberalismo político consecuente”.

<sup>7</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p. 230. Para una interpretación de Rawls como un autor que favorece un balance entre consideraciones instrumentales y procedimentales, véase Bayón, cit.

<sup>8</sup> J. Raz, “Liberalism, Skepticism, and Democracy”, 74 *Iowa Law Review* 761 (1989), pp. 778 y ss. Véase además, J. Raz, “Disagreement in Politics”, 43 *The American Journal of Jurisprudence* 25 (1998), pp. 45-6.

<sup>9</sup> Véase la introducción en R. Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Cambridge, 1996, así como la discusión en el capítulo 5, apartado 4.

<sup>10</sup> L. Alexander, “Is Judicial Review Democratic? A Comment on Harel”, 22 *Law and Philosophy* 277 (2003), p. 283.

<sup>11</sup> Id. Véase además, del mismo autor, “What is the Problem of Judicial Review” (manuscrito en poder del autor).



lo siguiente. En primer lugar, en contra de la postura puramente instrumental, intentaré argumentar que un procedimiento para la adopción de decisiones debe ser valorado no únicamente en función a su valor instrumental, es decir, por los resultados que sea capaz de producir, sino que además debe atender a criterios de legitimidad procedimental que atiendan a la justicia de los procedimientos en virtud de los cuales las decisiones son adoptadas en una sociedad bien ordenada. En segundo lugar, que el depositar la decisión final en materia de derechos en una asamblea legislativa salvaguarda mejor ciertos requerimientos procedimentales que la opción de hacer recaer la palabra final en un órgano de naturaleza jurisdiccional. Todo ello será objeto de tratamiento en el presente capítulo.

En lo que hace al siguiente capítulo, me propongo recoger la preocupación instrumental que también debe ser tenida en cuenta a la hora de evaluar el diseño institucional de una comunidad política, como bien señalan los autores “instrumentalistas” arriba citados (aunque soslayando por completo el criterio procedimental)<sup>12</sup>. Sin embargo, y contrariamente a una creencia muy difundida, intentaré argumentar que el asignar la palabra final en materia de derechos a un órgano de naturaleza jurisdiccional no necesariamente eleva la capacidad del sistema de generar respuestas correctas la mayor cantidad de veces. Si nos fijamos en ciertos rasgos estructurales que hacen tanto a los procesos legislativos como a los judiciales, notaremos que ambos poseen ventajas y desventajas importantes que hacen que, cuando menos, no pueda establecerse de manera concluyente la superioridad de ningún procedimiento sobre otro. Siendo así las cosas, concluiré que el balance de consideraciones entre criterios instrumentales y procedimentales inclina la balanza a favor del proceso legislativo, y éste será el núcleo del argumento en contra del control judicial de la ley, así como del argumento positivo a favor de la legislatura como procedimiento adecuado para la adopción final de decisiones en materia de derechos en el marco de una sociedad bien ordenada.

---

<sup>12</sup> En general, para una exposición introductoria a trabajos que defienden el valor “intrínseco” o meramente “instrumental” de la democracia, véase T. Christiano, *Philosophy and Democracy. An Antology*, Oxford, Oxford, 2003, partes I y II, respectivamente.

## 2. EL CONTENIDO DE LA LEGITIMIDAD PROCEDIMENTAL

### a) *El derecho a participar*

Dijimos en el apartado introductorio que a la hora de evaluar un determinado modelo institucional deben entrar a tallar no sólo consideraciones de orden instrumental, sino además aquellas que guarden relación con la justicia de los procedimientos considerados en sí mismos, es decir, prescindiendo de los resultados que dichos procedimientos pudieran llegar a producir. Ahora bien, ¿cuál es el criterio que nos permite afirmar que un procedimiento para la adopción de decisiones colectivas se halla revestido de un mayor o menor grado de legitimidad procedimental? La respuesta a esta pregunta puede variar según las circunstancias. En lo que a esta exposición concierne, debemos asumir que lo que estamos discutiendo es el modo de evaluar la justicia de un procedimiento para la adopción de decisiones en una sociedad bien ordenada en materia de derechos fundamentales (haciendo de momento a un lado la cuestión de los resultados, lo cual será objeto de tratamiento en el siguiente capítulo). Teniendo esto presente, en este apartado intentaré defender que la clave para determinar la mayor o menor legitimidad de un procedimiento para la adopción de decisiones colectivas tiene que ver con la posibilidad de *participar*, en términos equitativos, en la adopción de las decisiones que dicho procedimiento pueda contemplar. Un procedimiento será legítimo, al menos en parte, en la medida en que los afectados por las decisiones a ser adoptadas sean hechos partícipes de su adopción sobre una base razonablemente igualitaria<sup>1</sup>.

La idea básica detrás de la exigencia de participación puede expresarse sintéticamente acudiendo al adagio latino del derecho medieval que reza “*quod omnes tangit ab omnibus decidetur*”, es decir, que todos los afectados por una decisión han de tener derecho a participar en dicha decisión. Conviene hacer notar que, así como está expresado, el adagio no incorpora ninguna exigencia de tipo instrumental. La

---

<sup>1</sup> J. Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006).

participación en sí misma puede llegar a constituir un valor autónomo, es decir, no ligado a consideraciones instrumentales. Por ejemplo, muchos padres piensan que sus hijos adolescentes deben aprender a tomar por sí mismos sus propias decisiones con miras ir adquiriendo un sentido de responsabilidad y de control sobre sus propias vidas, incluso cuando al hacerlo puedan cometer errores. El ejemplo sugiere que en determinadas circunstancias puede existir un valor en la participación que no sea reducible a consideraciones de tipo instrumental.

Aunque la idea de la participación ha sido defendida desde distintas concepciones políticas, me interesa sobre todo aquí la justificación ofrecida por el liberalismo político contemporáneo del que Waldron forma parte<sup>2</sup>. Conviene recordar nuevamente aquí que este autor ha sido uno de los que con mayor insistencia ha llamado la atención sobre este derecho y su aplicación al debate sobre la justificación del control judicial. Dentro del ámbito del liberalismo político, quizás la justificación más importante de la atribución del

---

<sup>2</sup> Más allá de esta concepción, la idea de la participación ha sido tomada en cuenta por distintas corrientes políticas e ideológicas que han ofrecido un cúmulo de razones distintas por las que se debería valorar la participación. El derecho a participar está asociado en la historia de las ideas políticas al republicanismo clásico y medieval, y tiene dos vertientes, que D. Held *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1991, pp. 64 y ss., cataloga de “desarrollista” y “protector”. La desarrollista pone énfasis en el valor intrínseco de la participación, por cuanto que así puede favorecerse una mejor toma de decisiones y un mayor desarrollo de la ciudadanía. A su vez, el republicanismo protector insiste en el valor meramente instrumental de la participación política, es decir, se valora la participación como un medio eficaz para garantizar la libertad y los derechos. Otro argumento tendente a justificar la participación es el argumento aristotélico del hombre como animal político, que a efectos de desarrollar plenamente su naturaleza, debe ser capaz de desplegar libremente sus facultades en el ámbito público, para lo cual la participación se constituye en un medio imprescindible. De allí que tantas concepciones de la democracia hayan puesto énfasis en la dimensión participativa, en abierta confrontación con los modelos de democracia elitista. Por ejemplo, C. Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge, 1970; y B. Barber, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, University of California, Berkeley, 1984. El hecho de la participación ciudadana en la adopción de las decisiones políticas de una comunidad también puede ser considerado como un bien en sí mismo, al fomentar una sociedad civil robusta y participativa. Pero véase, sin embargo, una postura contraria, que defiende el carácter meramente instrumental de la participación, en J. Elster, “The market and the forum: three varieties of political theory”, en J. Elster y A. Hylland (eds.), *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge, Cambridge, 1986, capítulo 4. Defendiendo el valor de la participación, algunos podrían añadir incluso que la misma produce una mayor calidad en la vida cívica, al potenciar lazos de pertenencia y solidaridad, etc. También se alega que, en determinados supuestos, puede haber una conexión epistémica entre la participación y los resultados de un procedimiento. Sobre el punto, véase el capítulo 3, apartado 3, epígrafe c). A su vez, esto último puede ser empleado al mismo tiempo como un argumento de autoprotección, según la conocida tesis de Mill: quienes participan directamente protegen de este modo sus propios intereses mejor que nadie: “...the rights and interests of every or any person are only secure from being disregarded when the person interested is himself able, and habitually disposed, to stand up for them” (J. S. Mill, “Representative Government”, en R. Dahl, I. Shapiro y J. A. Cheibub (eds.), *The Democracy Sourcebook*, MIT, Cambridge/London, 2003, p. 312).

derecho a participar sea aquella en virtud de la cual se considera a las personas como seres racionales capaces de deliberar moralmente y a los que, en función a dicha capacidad deliberativa, se los trata como dignos de respeto y en consecuencia, aptos para participar y hacer oír sus puntos de vista en las decisiones que tienen que ver con sus propios intereses<sup>3</sup>. Quienes parten de premisas liberales normalmente asumen que las personas deben tener asegurado un espacio de autonomía privada que les permita adoptar por sí mismos sus propias decisiones y a escoger sus propios modelos de vida. El excluir a las personas del derecho a participar en cuestiones que tengan que ver con sus propios intereses implicaría tratarlos de manera irrespetuosa y poco acorde a su estatus de seres racionales o autónomos dotados de dignidad y capaces de deliberar moralmente<sup>4</sup>. Si se desea ser consecuentes con esas mismas premisas liberales que conciben a las personas como seres autónomos, entonces debe admitirse que en el ámbito público esas mismas personas, en tanto que ciudadanos, deben tener la capacidad de ser autores del modelo de sociedad en la que viven y de intervenir en la toma de las decisiones que habrán de afectar potencialmente a todos por igual<sup>5</sup>. La exclusión de la toma de decisiones en el ámbito público puede traer aparejada además otras consecuencias derivadas, como por ejemplo, un sentido de no pertenencia a la comunidad, de que la valía de uno no se considera igual a la de los demás, etc.

---

<sup>3</sup> En este mismo sentido, Bayón, cit., p. 123, escribe con elocuencia: “Parece, sin embargo, que hay poderosas razones para entender que el derecho a un igual poder político, entendido en concreto como el derecho a la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones políticas, es un corolario de la idea de que todos somos merecedores de un igual respeto no sólo como individuos privados, sino también como ciudadanos. Y que, del mismo modo que valoramos la autonomía individual por la importancia intrínseca de desarrollar una vida autónoma, y no porque esperemos que las elecciones de un individuo autónomo tiendan necesariamente a ser las más correctas, apreciamos el procedimiento democrático no meramente por su mayor o menor valor instrumental, sino, –como dice Rawls...– por lo que representa en sí mismo ‘para la calidad moral de la vida cívica’, para ‘la autoestima y el sentimiento de aptitud política del ciudadano medio’, en suma por el valor no instrumental, sino expresivo o simbólico, de sentirse parte de una comunidad cuyos miembros organizan la esfera pública a partir de su reconocimiento recíproco como iguales”.

<sup>4</sup> En el mismo sentido, A. Marmor, “Authority, Equality, and Democracy”, 18 *Ratio Juris* 315 (2005), p. 319.

<sup>5</sup> Por eso autores como Habermas o Rawls hablan de la cooriginalidad o implicación mutua de la autonomía pública y la privada. Véase, por ejemplo, J. Habermas, “Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, 29 *Political Theory* 766 (2001). Por su parte, R. Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., p. 100, escribe: “Así como rechazamos el paternalismo en las decisiones individuales pues impide el desarrollo de la capacidad moral, rechazamos el tutelaje en los asuntos públicos porque detiene el desarrollo de la capacidad moral de un pueblo íntegro”.

Ahora bien, en el plano colectivo, el derecho a tomar parte en los asuntos públicos aparece ligado a una exigencia adicional, a la que Robert Dahl denomina el “principio categórico de la igualdad”<sup>6</sup>, y sin la cual la idea de la participación en sí misma resultaría incompleta. El principio se funda en la creencia de que, en una determinada comunidad política, ninguno de sus miembros considera que alguno o algunos de ellos están mejor capacitados que los demás para gobernar en nombre de la asociación o colectividad. Por el contrario, los miembros del grupo coinciden en que “todos están igualmente calificados para participar en un pie de igualdad en el proceso de gobierno de la asociación”<sup>7</sup>. Visto desde esta perspectiva, en la idea de la participación en pie de igualdad puede hallarse la idea de la democracia en su estado embrionario.

Pero más allá de esta idea, la participación aparece como una herramienta especialmente apta para resolver el problema de la adopción de decisiones en condiciones de pluralismo razonable. En este sentido, siguiendo a Waldron podríamos considerar al derecho a participar como “el derecho de los derechos”<sup>8</sup>. Pero esta fórmula no debe entenderse en el sentido de que el derecho a participar deba tener una superioridad axiológica por sobre todos los demás derechos, de modo tal a que, por ejemplo, en caso de conflicto con otros derechos, deba prevalecer el derecho a la participación<sup>9</sup>. La fórmula se vincula más bien a la idea de que el derecho a participar se encuentra en un plano distinto al de todos los demás derechos, ya que en virtud al mismo podemos lidiar con el problema de la adopción de una decisión *sobre o acerca de* todos los demás derechos, incluido el mismo derecho a la participación, en condiciones de pluralismo razonable. Conforme pudo verse en el capítulo anterior, son precisamente estas

---

<sup>6</sup> Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., p. 45.

<sup>7</sup> Id.

<sup>8</sup> Véase el capítulo 11 de J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford, 1999, pp. 232 y ss. La expresión se atribuye a William Cobbett, un político y reformista inglés del siglo XIX. Como nos lo recuerda el propio Waldron, “Rights and Majorities...”, cit., pp. 394-5, ya Bentham se había referido al principio: aún cuando se requiere un zapatero experto para hacer un zapato, la única persona que puede juzgarlos es la que usa el zapato. El principio incluso puede rastrearse hasta Aristóteles, aunque no procederé a realizar una genealogía histórica en este lugar. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el derecho a participar es empleado aquí con cierta abstracción, pero no se trata en puridad de un derecho en concreto sino de un conjunto de derechos que englobaría a los derechos políticos tradicionales (libertad de expresión, asociación, sufragio activo y pasivo, etc.), y quizás aún de otros, dependiendo de la teoría política en la que se articule dicho derecho. Véase además el capítulo 5.

<sup>9</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 232, y 248-9.

circunstancias del desacuerdo las que hacen surgir la necesidad de acudir a un procedimiento de decisión, y de allí que la participación se ofrezca como una posible respuesta a esta necesidad. Desde la perspectiva de una teoría política y moral que ponga énfasis en la idea de los derechos individuales, el atractivo de la solución a favor del derecho a participar consiste en que se trata de una opción, *basada en un derecho*, para lidiar con el problema de cómo dotar de contenido concreto a los derechos en condiciones de pluralismo razonable. De modo que quien valore la idea de los derechos, así como las razones que tenemos para asignar derechos a las personas como agentes dotados de un sentido de justicia y capaces de deliberar moralmente, debería poder notar el potencial atractivo que posee esta solución, ya que en el fondo, la respuesta al problema de cómo determinar el contenido de los derechos en circunstancias de desacuerdo está dada por la apelación a un determinado derecho que posibilita el ejercicio de dichas capacidades deliberativas. En definitiva, lo que esta propuesta sugiere es que puede que en el derecho a participar se halle una de las claves en torno a cómo diseñar un modelo adecuado para la toma de decisiones colectivas.

Quizá la importancia de la participación pueda ser resaltada trayendo a colación un ejemplo que nos muestre cómo funcionaría un procedimiento para la toma de decisiones colectivas en el que no se tomara en cuenta la exigencia participativa. Supongamos que una comunidad política decida investir a una persona, en razón de su sabiduría, con la facultad exclusiva de adoptar decisiones en nombre de la comunidad<sup>10</sup>. Dada su sabiduría, se presume que las decisiones que la persona así investida habrá de adoptar serán, la mayor cantidad de veces, decisiones correctas o adecuadas. Está claro que existen razones para dudar de la veracidad de esta suposición. Por ejemplo, los seguidores de John Stuart Mill consideran que existe una conexión estrecha entre la posibilidad de participar en un procedimiento de decisión con la promoción adecuada de los intereses de los afectados. Puesto que nadie es mejor juez de sus propios intereses que uno mismo, un autócrata no estaría bien situado para adoptar la decisión que mejor

---

<sup>10</sup> El ejemplo se inspira en Platón y su preferencia por el gobierno de los filósofos: “Como los filósofos no gobiernen los Estados...no hay remedio posible para los males que arruinan los Estados”, *La República*, cit. en Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., p. 99.

defienda los intereses de quienes habrán de resultar afectados por la misma<sup>11</sup>. Pero dejemos esta posibilidad a un lado y supongamos que un autócrata realmente pueda hallar las soluciones más correctas. Aun suponiendo que esto sea realmente así, podría objetarse la legitimidad de este procedimiento sobre la base de las ideas expuestas más arriba. Así, podría mantenerse que importa no sólo la corrección de los resultados, sino que independientemente a éstos, importa además la posibilidad de haber sido hecho partícipes de un procedimiento de decisión, por todo lo que ello implica para el sentido de igualdad de las personas, el respeto a su autonomía, la circunstancia de sentirse miembro libre de una comunidad política con capacidad de participar en pie de igualdad con los demás en la toma de sus decisiones, por mínima que sea su influencia en el resultado, etc.<sup>12</sup>

A pesar de todo lo dicho hasta aquí, se podría, sin embargo, rechazar la importancia de la participación e insistir en su lugar y de manera exclusiva en la dimensión instrumental, afirmando que todo lo que cuenta es la capacidad del procedimiento de decisión de producir soluciones correctas, es decir, de arribar a un estado de cosas que se considera valioso. Pero está claro que se trataría entonces de una concepción para la cual la democracia y el ideal del autogobierno colectivo que se materializan a través de la participación de todos los afectados en pie de igualdad no desempeñarían ningún papel importante. O en el mejor de los casos, desempeñarían un papel meramente subordinado, es decir, se valorarían estos ideales en función a su capacidad de promover un estado de cosas que se considera valioso, pero prontos a ser dispensados si por otros medios pudieran lograrse iguales resultados<sup>13</sup>. Desde esta

---

<sup>11</sup> Cfr. este pasaje: “Sólo puede garantizarse que no se descuiden los derechos e intereses de las personas si cada una de ellas es capaz de defenderlos y está normalmente dispuesta a hacerlo... Los seres humanos sólo estarán a salvo del mal ajeno en la medida en que tienen el poder de *autoprotégese*”. (Cit. en Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., p. 97.)

<sup>12</sup> Bayón, cit., pp. 122-3, señala que el instrumentalista estricto no opondría ningún reparo a una propuesta como la del voto plural de Mill, asumiendo que las suposiciones empíricas sobre las que descansa esta propuesta –que las personas educadas pueden contribuir a aumentar la probabilidad de alcanzar resultados correctos–, sean verdaderas.

<sup>13</sup> Esta última es, en efecto, la postura de quienes consideran que la democracia es valiosa únicamente en función a sus probabilidades de conducir a un estado de cosas deseable, es decir, que la democracia tiene un valor no intrínseco, sino meramente instrumental, discutida más arriba. J. Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, 13 *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1993), p. 36, critica esta idea diciendo que, en tal caso, estaríamos ante una “Whiggish Lockean theory of the Augustan Age”, que enfatice ciertos derechos como la vida, la propiedad y la libertad

perspectiva, puede concluirse entonces que la introducción de una institución autocrática como la que plantea el ejemplo traído a colación supondría, en palabras de un autor,

“un defecto del sistema de legitimidad de la democracia y apoya[ría] la teoría elitista de Platón según la cual la barca debe ser conducida por el capitán. Si aceptamos esto, entonces debemos admitir que el barco que es el Estado debe ser conducido por la élite que sabe lo que es correcto y lo que es erróneo. Este argumento sugiere que existen personas bien informadas e inteligentes que pueden ser guardianes de la democracia y que definen lo que es bueno y lo que es malo. Si bien este sistema podría funcionar muy bien, está lejos de la idea central de la democracia y de su idea central del autogobierno. El despotismo ilustrado no es una forma de democracia”<sup>14</sup>.

En contraposición a la perspectiva elitista o de “tutelaje”<sup>15</sup> que se refleja en el ejemplo traído a colación, la participación puede erigirse en fundamento legitimador de la democracia como sistema de gobierno y constituir al mismo tiempo una teoría atractiva de la autoridad política. Recordemos nuevamente que, como se ha dicho, necesitamos una teoría de la autoridad en razón de que existen desacuerdos profundos en torno a los derechos que dividen a los miembros de una comunidad política y acerca de los cuales debe adoptarse una decisión. Hasta ahora he criticado el enfoque puramente instrumental en razón de que desatiende por completo el derecho a participar. Ahora introduciré otra razón para ser cautos con un enfoque puramente instrumental y que guarda relación con las circunstancias del desacuerdo a las que se aludía en el capítulo anterior. Como se ha tenido ocasión de exponer, en dichas circunstancias, y en lo que toca a las decisiones que deben adoptarse en el ámbito público, no podemos determinar de manera inequívoca cuáles son las decisiones más correctas, independientemente a nuestra creencia de que existan o no verdades políticas y morales. El problema con un enfoque puramente instrumental consiste entonces en que parece incurrir en una petición de principio, pues

---

civil. La participación sería entonces sólo un instrumento más, entre otros, para asegurar dichos bienes, pero si otras instituciones no participativas pudieran asegurarlos, entonces los electores podrían para siempre abjurar de la política y volver al comercio o la agricultura.

<sup>14</sup> A. Calsamiglia “Constitucionalismo y democracia”, en H. Hongju Koh y R. C. Slye (eds.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 168 (insinuando un paralelismo con el control judicial). Una crítica en general a la concepción platónica en Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., capítulo 5, “Una crítica del tutelaje”.

<sup>15</sup> Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit.



parece presuponer de antemano que estamos en posesión de la verdad, cuando que es justamente la presencia de desacuerdos profundos en torno a cuál es la decisión verdadera o correcta lo que produce la necesidad de acudir a un procedimiento de decisión<sup>16</sup>. Tal sería el caso, por ejemplo, de la estructura de la teoría de la justicia de Rawls, en la cual una vez determinados unos principios más o menos precisos en la posición originaria, las sucesivas etapas de progresivo levantamiento del velo de ignorancia y de justificación del diseño institucional a adoptarse (asamblea constitucional, legislación, y aplicación), proceden bajo la suposición de que ya se ha asumido la validez de dichos principios<sup>17</sup>. Aunque existe una manera alternativa y más prometedora de abordar la cuestión instrumental, conforme se verá en el siguiente capítulo, lo cierto es que si deseamos evitar que algunas concepciones razonables prevalezcan sobre otras de manera arbitraria por la afrenta que ello implicaría para la autonomía de las personas, no debe perderse de vista la dificultad que el hecho del pluralismo razonable plantea para de cara a un enfoque puramente instrumental de este tipo. Las circunstancias del desacuerdo nos conducen entonces de manera natural hacia la búsqueda de un procedimiento de decisión digno de respeto y que en lugar de favorecer la adopción de determinadas decisiones concebidas de apriorísticamente –lo cual, como nos recuerdan Gargarella y Martí, habitualmente halla su motivación en la desconfianza hacia lo que puedan eventualmente decidir “las masas”<sup>18</sup>–, pueda ser sensible ante los desacuerdos razonables de ciudadanos libres, iguales, y capaces de deliberar moralmente.

Teniendo esto presente, el argumento a favor de un procedimiento participativo podría ser resumido del siguiente modo. Supongamos que está en vigor un procedimiento que, a diferencia del anterior, respete las exigencias participativas al otorgar voz y voto a cada ciudadano sobre una base de igualdad, por lo cual puede decirse que el procedimiento es imparcial. Supongamos además que un ciudadano, A, haya votado por un determinado curso de acción, X, pero que sin embargo, el procedimiento decisorio que esté en vigor se haya decantado en su lugar por la opción Y. Asumamos igualmente que,

---

<sup>16</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 252-3.

<sup>17</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, cit.

<sup>18</sup> R. Gargarella y J. L. Martí, “La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos”, estudio preliminar de J. Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, p. XXV.

aunque se trata de decisiones distintas, tanto X como Y se enmarcan dentro del ámbito de las posturas razonables. ¿Cuál es la razón por la cual A debería prestar su adhesión a la decisión adoptada? Está claro que la apelación al resultado de la decisión no será de gran ayuda, pues se trata de una decisión que claramente no se ajustaba a sus preferencias y con la cual puede seguir estando en desacuerdo aún después de la votación. Es más, es la propia frustración que produciría el hecho de que la propia preferencia no haya prevalecido la que introduce la pregunta sobre por qué A debería asentir. De modo que una respuesta instrumental no resultaría satisfactoria en este caso para el ciudadano A. Sin embargo, si el procedimiento respeta ciertos requerimientos de igualdad, de inclusión, de voz, de respeto a las capacidades deliberativas de cada quien, puede que el ciudadano A acabe prestando su adhesión al curso de acción que había rechazado en razón de que se han respetado, en el proceso conducente a la toma de la decisión, ciertas exigencias que hacen que el procedimiento sea respetable, justo y equitativo, incluso cuando la decisión finalmente adoptada no le parezca correcta, teniendo en cuenta además que el mismo se desenvuelve en un contexto de pluralismo razonable en el que las decisiones correctas no siempre son susceptibles de ser demostradas de manera categórica. El asentimiento podría fundarse entonces en la *legitimidad del procedimiento* en virtud de la cual la decisión fue adoptada<sup>19</sup>.

Ahora bien, esto no constituiría todavía una teoría *completa* de la legitimidad de los procedimientos de decisión, al menos desde la perspectiva que aquí se adopta, ya que el encaje del elemento instrumental en esta teoría de la legitimidad política todavía no ha sido considerado<sup>20</sup>. Pero la solución propuesta reflejaría por lo menos una parte importante de una teoría de la legitimidad, que a diferencia de un enfoque puramente instrumental, posee dos virtudes de las que carece aquel. En primer lugar, otorga una cierta importancia a la participación y a los ideales asociados a ésta, como la democracia y el autogobierno colectivo. En segundo lugar, el procedimiento participativo tiene la

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, Waldron, J., "Principles of Legislation", en R. W. Bauman y T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006, p. 18. En Waldron, "A Right-Based Critique...", cit., p. 33, se ofrece otra explicación basada en la paradoja de la democracia identificada por R. Wollheim. Insisten también con claridad en que la autoridad moral de las decisiones dependen, al menos en parte, de la calidad moral de los *procedimientos* en virtud de los cuales se adoptan las decisiones, A. Gutmann y D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Harvard, Cambridge, 1996, p. 4.

<sup>20</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 3.

virtud de acomodar el hecho del pluralismo razonable de manera satisfactoria al optar por un procedimiento imparcial y equitativo a la hora de adoptar una determinada decisión, en lugar de apoyarse en consideraciones puramente instrumentales que parecen presuponer de antemano el conocimiento de la verdad y que, en consecuencia, difícilmente serían aceptadas por todos los ciudadanos de una sociedad pluralista en la que el desacuerdo constituye la regla y no la excepción en política<sup>21</sup>.

Por plausible que pudiera sonar la justificación recién expuesta, debemos recordar nuevamente que el objeto de esta investigación lo constituye la manera de adoptar decisiones colectivas *relativas a los derechos fundamentales*. Dada la importancia de la materia objeto de decisión, podría entonces pensarse que en efecto importa más la corrección de las decisiones sobre derechos que la legitimidad de los procedimientos considerados en sí mismos. Según este argumento, los derechos constituyen intereses tan importantes para las personas que lo que en definitiva debe buscarse es un procedimiento que tenga mayores probabilidades de alcanzar soluciones correctas en materia derechos. Si bien esta posición me parece en parte adecuada –razón por la cual el siguiente capítulo estará dedicado al examen de la cuestión instrumental– no es menos cierto que las mismas circunstancias parecen favorecer también aquí la institución de un procedimiento participativo. En primer lugar, como se vio en el capítulo anterior, los derechos son tan contestables como cualquier otra cuestión en política, y a pesar de su consagración en un catálogo y de la vigencia de un consenso sobre fórmulas abstractas, los mismos dan lugar en la práctica a desacuerdos profundos y persistentes, por lo cual debería optarse por un procedimiento que sea capaz de respetar la diferencia de perspectivas razonables de manera satisfactoria, evitando así que determinadas concepciones prevalezcan de manera arbitraria en el espacio público. En segundo lugar, resulta dudoso que cuando las decisiones tienen que ver con el modo en el que quedarán configurados los derechos en una determinada comunidad política simplemente se desvanezca la importancia de que

---

<sup>21</sup> Es importante señalar que ésta no es la única justificación que se sigue del ejemplo. Una justificación alternativa podría ser que, a pesar de que A considera que la decisión ha sido equivocada, la autoridad es legítima por cuanto que en la generalidad de los casos, la autoridad está en lo correcto. Véase, por ejemplo, Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p. 354, quien vincula la obligación de obedecer las decisiones injustas a la de obedecer a instituciones generalmente justas. Una crítica a este enfoque en Marmor, cit., p. 343, donde el autor resalta la importancia de la dimensión procedimental. Para una excelente discusión del problema de la obediencia al derecho en Rawls, véase J. M. Pérez Bermejo, *Contrato social y obediencia al derecho en el pensamiento de John Rawls*, Comares, Granada, 1997.

sean los propios afectados por dicha decisión quienes deban participar en la adopción de la misma. Las decisiones sobre derechos fundamentales constituyen sin duda parte de las decisiones más importantes que debe afrontar una comunidad política, pero dicha importancia no hace desaparecer las consideraciones vinculadas a la participación a la hora de adoptar decisiones sobre los derechos simplemente porque éstos sean demasiado importantes. Todo lo contrario, esto parece más bien reforzar aún más la necesidad de tomar en cuenta criterios participativos. Si consideramos que las personas son seres dignos de respeto y capaces de deliberar moralmente, no se ve por qué razón no habrán de poder intervenir a la hora de adoptar una decisión sobre los derechos, asumiendo de momento que éstos habrán de afectar al menos potencialmente a sus propias vidas por igual, así como a la comunidad de la que forman parte. El intentar limitar la participación en pie de igualdad en cuestiones como el derecho a la aborto, a la eutanasia, a la discriminación positiva, a la libertad de expresión, a la regulación de la propiedad privada, a los derechos sociales, culturales y económicos, etc., en razón de que todos ellos son demasiado importantes como para ser dejados a la decisión de ciudadanos comunes y corrientes nuevamente parece reflejar una inclinación elitista que reñiría con el “principio de igualdad categórica” expuesto más arriba.

Ahora bien, es cierto que existe toda una corriente muy difundida en el ámbito de la teoría constitucional que considera que los ciudadanos y sus representantes no son de fiar cuando se trata de adoptar decisiones que puedan poner en peligro los derechos de los individuos o de los grupos minoritarios. Esta hipótesis será discutida en buena medida en los capítulos siguientes. Pero de momento, y al sólo efecto de aprehender más cabalmente la importancia del derecho a participar, sugiero tener presente nuevamente que, en función a lo dicho en el capítulo anterior, nos hallamos en presencia de una sociedad bien ordenada en la que no cabe asumir una actitud de desconfianza sistemática como la que parecen sugerir algunas variantes influyentes de esta corriente. En condiciones de normalidad, no parecen haber razones concluyentes por las que el modo en el que quedarán configurados definitivamente los derechos en una sociedad bien ordenada no deben ser objeto de decisión por parte de los ciudadanos que a la postre resultarán afectados por dicha configuración. Sería útil recordar nuevamente aquí que, desde una concepción política liberal, la razón por la que atribuimos derechos a las personas es porque consideramos que los mismos son capaces de vivir sus propias vidas

de manera autónoma y responsable. Sin embargo, el privarles de la posibilidad de poder decidir sobre el contenido y el alcance de esos derechos que les son atribuidos no sólo parece ser inconsecuente, sino que parece reflejar además una desconfianza infundada hacia quienes se presume son seres responsables y capaces de elegir la manera en que habrán de vivir sus propias vidas. De cualquier manera, ésta es una cuestión que toca muchos aspectos fundamentales de esta investigación y que irán siendo abordados con mayor detenimiento a medida que vayamos avanzando. Por ejemplo, para salir al paso de la corriente escéptica, habría que lidiar con ciertos problemas de peso como el de la motivación de la participación ciudadana en la política, la función de los derechos y su relación con las decisiones mayoritarias, las diversas patologías que pueden afectar a los procesos políticos y que desaconsejarían la toma de decisiones en materia de derechos por medios participativos, el modo en que los derechos podrían afectar a todos los miembros de una sociedad por igual o sólo a determinados grupos minoritarios, etc.<sup>22</sup> El punto que debe quedar presente ahora es que, en condiciones de pluralismo razonable, el caso a favor de la participación no se evapora cuando las decisiones versan sobre el modo en que habrán de quedar configurados definitivamente los derechos en una determinada sociedad, sino que todo lo contrario, dada la importancia de estas cuestiones, la participación puede adquirir aún mayor perentoriedad.

Suele decirse que el ideal del “constitucionalismo democrático” constituye una fórmula compuesta que encierra dos elementos distintos que deben en cierta forma ser armonizados para que uno de ellos no acabe absorbiendo al otro por completo, ya que ello aniquilaría el significado de la fórmula compuesta<sup>23</sup>. Quizás pueda decirse que quienes valoran la idea de los derechos pero dejan de lado por completo la idea de la participación se adhieren al “constitucionalismo” a secas, pero no al “constitucionalismo *democrático*”. A esto se podría replicar, sin embargo, que es tan sólo un grupo de decisiones públicas, restringidas al ámbito de los derechos, las que resultarán sustraídas del conjunto de las decisiones que habrán de adoptarse de conformidad a la idea de la participación en

---

<sup>22</sup> Sobre el punto, véase especialmente el capítulo 4.

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, S. Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México; R. Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy” (manuscrito en poder del autor); C. S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997; y Bayón, cit., pp. 76-7.

igualdad de condiciones. Suponiendo que pueda hallarse una justificación adecuada a esta postura (que es lo que se intentará determinar en esta investigación), la misma sin duda implicaría una concepción bastante empobrecida del ámbito de las materias susceptibles de ser decididas por medios democráticos, en la que las decisiones participativas se restringirían a cuestiones de política social, económica o de cualquier otro tipo, pero no a las más importantes cuestiones morales y de principio que dividen a una comunidad pluralista, como son las cuestiones que atañen a los derechos fundamentales. A lo cual podría añadirse que, dada la llamada fuerza de “irradiación” de los derechos, bajo las modernas constituciones de principios prácticamente no existe ninguna cuestión que no pueda vincularse o reconducirse a los derechos fundamentales, con lo cual no sólo se retiraría de la agenda de la política democrática la decisión sobre cuestiones tan importantes para la vida la comunidad como lo son los derechos, sino que, de ser cierta la tesis de la fuerza expansiva de los derechos, lo que finalmente quede comprendido dentro de dicha agenda corre el riesgo de quedar notablemente disminuido, tal como ya se ha llamado la atención en un debate de sobra conocido<sup>24</sup>. Traigo este argumento sobre la importancia de concebir a los derechos como parte del contenido de las decisiones que habrá de atribuirse al proceso democrático de una sociedad bien ordenada no como una especie de argumento *ad hominem* contra quienes se oponen a esta concepción, sino porque el llamar la atención sobre ello puede movernos a reflexionar más profundamente sobre los ideales a los cuales creemos que estamos adheridos pero a los que –como ocurriría con quienes mantienen una postura puramente instrumental–, muchas veces no se asigna un equilibrio adecuado en la teoría ni tampoco en la práctica. Quizás en el derecho a participar pueda hallarse la clave de cómo lograr una armonización adecuada del ideal del constitucionalismo que se adhiere con firmeza a la idea de los derechos pero que pretende ser, al mismo tiempo, profundamente democrático.

---

<sup>24</sup> Sobre el efecto de “irradiación”, véase R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 507 y ss. Véanse además las críticas de J. Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998; y de E. W. Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993. Para la respuesta de Alexy, véase su “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, 66 *Revista Española de Derecho Constitucional* 13 (2002).

Las ideas discutidas y los ejemplos traídos a colación hasta el momento sugieren entonces que existen razones de peso para considerar el atractivo de la participación como un criterio importante a la hora de evaluar la legitimidad de los procedimientos para la adopción de decisiones colectivas, incluso cuando las decisiones se refieren a cuestiones que involucren derechos fundamentales. En el siguiente apartado intentaré salir al paso de algunas de las objeciones más frecuentes e importantes que suelen esgrimirse contra el derecho a participar, lo cual nos aportará algunos elementos de juicio adicionales para apreciar el valor y el atractivo de la participación como criterio para evaluar la justicia de los procedimientos para la adopción de decisiones colectivas.

#### *b) Objeciones al derecho a participar*

A pesar de las virtudes de la participación que se han venido exponiendo, como queda dicho, hay algunas objeciones que conviene considerar antes de proseguir<sup>25</sup>. Algunas de éstas se refieren a la idea de la participación en sí, en tanto que otras llaman la atención sobre el encaje del derecho a participar en el contexto de una teoría que asuma las circunstancias del desacuerdo descritas en el capítulo anterior. En primer lugar, se

---

<sup>25</sup> La participación se ha discutido en las últimas décadas extensamente en la teoría de la democracia. Es sabido que Schumpeter reaccionó contra el paradigma clásico de la teoría democrática, poniendo en entredicho la relevancia de la participación, entre otras ideas tradicionales, y que a su vez, recibió vigorosas respuestas. Dos estudios que enfatizan una concepción fuerte de la democracia, en la que se exigen dosis elevadas de participación, son los ya citados de Barber y Pateman. Como nos recuerdan F. Ovejero, J. L. Martí y R. Gargarella, “Introducción”, en la compilación de los mismos autores, *Nuevas Ideas Republicanas. Autogobierno y libertad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 2004, pp. 27 y ss., ciertas variantes del republicanismo también se hallan comprometidas con formas fuertes de democracia en el sentido apuntado. Estas concepciones fuertes de la democracia no se hallan, empero, exentas de problemas. Para un análisis crítico de las concepciones que promueven una participación robusta, véase el capítulo III de W. N. Nelson, *On Justifying Democracy*, Routledge y Kegan Paul, London, 1980; R. Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., p. 16; y G. Sartori, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Madrid, 2003, pp. 110 y ss. De todas maneras, no está claro que la concepción que aquí he intentado reconstruir conlleve la aceptación de una forma de democracia fuertemente participativa como la que sugieren algunos de los autores citados. Mi intención es la de defender un determinado diseño institucional, dejando abierta la cuestión de qué tan participativa debe ser una democracia. Vale decir, este enfoque podría ser perfectamente compatible con una democracia representativa que en realidad no fuera participativa en el sentido que sugieren las concepciones robustas de la democracia participativa. Por tanto, no me ocuparé aquí de los numerosos problemas y dificultades que estas vertientes participativas robustas de la democracia plantean.

podría objetar que, a diferencia de la democracia de los antiguos, en las condiciones en las que se desenvuelven las democracias contemporáneas la participación se diluye entre millones de personas hasta el punto de volverse prácticamente insignificante desde el punto de vista del impacto que la participación individual podría tener sobre las decisiones colectivas<sup>26</sup>. En otras palabras, ¿cómo podría asignarse tanta importancia a la participación, siendo que en las democracias contemporáneas la misma resulta prácticamente insignificante? La objeción no deja de tener su dosis de sentido común. Pero como acertadamente ha señalado Waldron, el valor que otorgamos a la participación, cuando consideramos los procedimientos de decisión de una comunidad política, tiene que ver no tanto con la posibilidad de influir de manera decisiva en el contenido de las decisiones a ser adoptadas. La participación adquiere sobre todo un carácter simbólico, y se vincula más bien al deseo de evitar el insulto, el deshonor, o la denigración que supone el excluir o el considerar de menor valía las opiniones de las personas a quienes las decisiones afectarán, del mismo modo en que habrán de afectar a los pocos privilegiados que habrán de adoptar finalmente la decisión en caso de optarse por un procedimiento excluyente, es decir, no participativo<sup>27</sup>. En consecuencia, no se trata tanto de una cuestión de impacto o de influencia, sino de una cuestión de moralidad política que atañe a la consideración de los ciudadanos como individuos dignos de respeto y plenamente capaces de adoptar las decisiones en las que sus intereses puedan verse afectados.

En segundo lugar, como ya pudo verse, existe una corriente de pensamiento que ve con cierta desconfianza el derecho a la participación, sobre todo cuando éste ha de aplicarse al ámbito de los derechos. Una de las manifestaciones específicas de esta postura alega que no debería existir un derecho a participar en los procesos de toma de decisiones públicas en razón de que no existe un derecho para ejercer poder sobre las

---

<sup>26</sup> Una crítica en este sentido la plantea Dworkin. Sobre el punto, véase además el capítulo 5, apartado 4.

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 238-9; así como Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., criticando a Dworkin: “El enfoque de Dworkin subestima radicalmente la noción de un *derecho* a participar, el *imperativo* de que uno sea tratado como igual en lo que concierne a la toma de decisiones de la sociedad, el sentido de *principio* que está en juego cuando alguien pregunta ‘Por qué ha sido *mi* opinión excluida de esta decisión que me afecta, a la que estoy sujeta, etc.’”



vidas de otras personas, de manera a dirigir cómo deben vivir sus vidas<sup>28</sup>. La idea básica detrás de esta inquietud es que el ejercicio del derecho a participar puede implicar la afectación del ámbito vital de los demás, lo cual puede terminar violentando valores como la autonomía personal, la responsabilidad, etc. Estos valores no pueden vulnerarse, ya que en definitiva el derecho a participar sólo puede cobrar sentido a partir del reconocimiento previo de los mismos. En efecto, si la autonomía privada no fuera respetada difícilmente podría desplegarse esa autonomía de manera satisfactoria en el ámbito público. En consecuencia, un procedimiento para la adopción de decisiones debe abocarse a proteger, antes que nada, los derechos básicos de autonomía individual, independientemente a consideraciones participativas. De modo que si un determinado procedimiento logra proteger estos derechos y valores básicos, aún cuando promueva la participación de los afectados, el mismo resultará inobjetable<sup>29</sup>.

Si bien es cierto que no puede existir un derecho a causar daño a los demás, como sugiere este argumento, existen sin embargo algunas réplicas importantes que podrían formularse contra el mismo. Primero, el ámbito de la autonomía individual de las personas no es un dato objetivo, metafísico o trascendente bien definido, sino que está sujeto a interpretaciones diversas y a desacuerdos profundos en torno a cómo debe articularse un esquema adecuado de cooperación en una determinada comunidad política que garantice un espacio satisfactorio de autonomía privada. Puesto que esto es así, ello significa que debe adoptarse una decisión para definir y delimitar adecuadamente los contornos y el contenido preciso de esta autonomía. Salvo que se quiera argumentar desde premisas anarquistas que nadie tiene derecho a adoptar las decisiones en una comunidad que necesariamente habrán de afectar las vidas de los demás, entonces debemos admitir que al menos alguien debe tener ese derecho. Una vez que llegamos a este punto, la pregunta entonces es a quién debe corresponder el derecho a adoptar las

---

<sup>28</sup> R. Arneson, "Democracy is not Intrinsically Just", en K. Dowding, R. E. Goodin, y C. Pateman (eds.), *Justice and Democracy*, Cambridge, Cambridge, 2004, p. 46. La posición de Arneson es más sutil, porque habla de un derecho "básico", complicación en la que no es necesario profundizar, ya que a los efectos de mi argumento es igual que se trate de un derecho básico o derivativo. El propósito más general que anima a Arneson es el de demostrar que la democracia no es intrínsecamente justa, como lo evidencia el título de su ensayo. En el mismo sentido, L. Alexander, "Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights", *17 Law and Philosophy* 19 (1998).

<sup>29</sup> Éste es también el esqueleto de la justificación del control judicial de la teoría de Dworkin, de la que me ocuparé con mayor detalle en el capítulo 5, apartado 4.

decisiones. Este problema nuevamente nos plantea un dilema: o asignamos el derecho a una persona o grupo de personas privilegiados por algún motivo, o bien distribuimos este derecho equitativamente entre todos<sup>30</sup>. En las sociedades bien ordenadas, la primera solución se vuelve poco plausible cuando el grupo de privilegiados lo habrá de ser en razón de su raza, condición social, etc., ya que estas sociedades han rechazado este tipo de discriminaciones y se han adherido al principio de igualdad categórica. Sin embargo, traducido en términos institucionales, esto puede implicar que existirían razones para dotar a un determinado órgano, por ejemplo, de naturaleza jurisdiccional, la posibilidad de adoptar estas decisiones. La solidez de las razones para optar por una solución de este tipo es precisamente lo que intentaré determinar en este capítulo y en el próximo.

Las siguientes dos objeciones al derecho de participación se hallan más estrechamente relacionadas entre sí y tienen que ver con la perplejidad que puede causar el argumento a partir del pluralismo de valores, discutido en el capítulo anterior, y su conexión con el citado derecho. En primer lugar, podría alegarse que, aún cuando el mismo sea aceptado, el derecho a la participación por el que Waldron se decanta puede resultar tan controvertido como todos los demás derechos. Desde el momento en que se parte de las circunstancias del desacuerdo, no resulta posible sustraer el derecho a participar, en tanto que solución al problema del desacuerdo, de esta misma objeción. En otras palabras, si lo que caracteriza a la vida política de una comunidad son los desacuerdos, no es dable asumir que estos desacuerdos habrán de limitarse a las distintas preferencias “sustantivas” de los ciudadanos. Lo más razonable es suponer que el desacuerdo también habrá de extenderse a las cuestiones “procedimentales”, es decir, a las cuestiones que guardan relación con el procedimiento a ser empleado para dirimir los desacuerdos sustantivos. Así como A y B están en desacuerdo con relación a si debe implementarse X o Y, es razonable suponer que A y B también abriguen desacuerdos al nivel en el cual se intenta determinar el procedimiento en virtud del cual las decisiones sustantivas habrán de ser adoptadas<sup>31</sup>. Como se verá con mayor detenimiento en el capítulo 5, la respuesta a

---

<sup>30</sup> Marmor, cit., p. 323. Sobre el punto, véanse además las críticas de Bayón, cit., pp. 86 y ss., a L. Ferrajoli, quien ha defendido una posición similar.

<sup>31</sup> La crítica la formulan varios autores. Por ejemplo, C. Fabre, “The Dignity of Rights”, 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 271 (2000), p. 274; T. Christiano, “Waldron on Law and Disagreement”, *Law and Philosophy* 19: 513-543 (2000); J. Raz, “Disagreement in Politics”, cit., pp. 45-6. Para un intercambio entre este último y Waldron sobre el tema, véase L. H. Meyer, S. L.

esta objeción consiste en mantener la discusión abierta sobre el modo de articular correctamente el derecho a la participación, de manera tal a que a través de dicha apertura el derecho a participar pueda ser configurado del modo más acorde con las convicciones de los ciudadanos, sin a su vez traicionar las premisas normativas sobre las que se asienta este derecho. Al no quedar “cerrado” el entendimiento del derecho a participar, y al reconocer en consecuencia que el mismo tampoco queda sustraído a las circunstancias del desacuerdo, ello cancelaría la objeción, aunque es forzoso reconocer que ello abre la posibilidad de que el procedimiento pueda resultar en la práctica desechado por los ciudadanos. Como tendremos ocasión de ver, ésta es una consecuencia inevitable de la democracia<sup>32</sup>.

La otra objeción es todavía más básica que la anterior, y alega que al partir del pluralismo de valores, a Waldron no le queda la opción de apostar por un procedimiento que priorice la participación, en razón de que las circunstancias del desacuerdo también podrán poner en entredicho esta solución. En otras palabras, ¿por qué deberíamos decantarnos por la participación, si es que en circunstancias de desacuerdo, alguien podría razonablemente argumentar a favor de una solución distinta? Según este argumento, bajo el pluralismo razonable “todo vale”, y en consecuencia, no tiene sentido defender ninguna posición en concreto, sino que conviene más bien centrarse en cuestiones sustantivas y privilegiar así el aspecto instrumental que nos permitirá alcanzar la corrección de acuerdo a nuestros criterios sustantivos<sup>33</sup>. No resulta fácil responder a esta inquietud, que es quizás la que con mayor insistencia se ha planteado a la concepción waldroniana<sup>34</sup>. El autor intenta ofrecer una defensa de orden “pragmático”. Según Waldron, las circunstancias del desacuerdo exigen que se deba adoptar una decisión, y entonces todo lo que podemos hacer es abandonar el discurso que se da en el plano sustantivo de nuestras preferencias concretas y subir al nivel del discurso sobre los procedimientos para la adopción de decisiones colectivas. En otras palabras, los procedimientos también deben

---

Paulson y T. W. Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford, 2003.

<sup>32</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 5, apartado 3.

<sup>33</sup> Para un ejemplo de esta posición, véase Raz, “Disagreement in Politics”, cit.

<sup>34</sup> En ocasiones se ha tendido a interpretar a Waldron en el sentido de que éste asume que sus propuestas se sustraen al desacuerdo. Véase, por ejemplo, Gargarella y Martí, cit., p. XXVI. En el texto aclaro la razón por la que no comparto esta apreciación.

ser defendidos desde razones, aunque es obvio que no podrán sustraerse al desacuerdo. De cualquier manera, cuando Waldron o cualquier ciudadano defiende el derecho de participación como medio adecuado para la adopción de decisiones colectivas, lo hace como un ciudadano más, intentando convencer a sus demás conciudadanos de que ésta es la manera correcta de diseñar un procedimiento para la adopción de decisiones. El que logre la adhesión o no a su posición es una cuestión distinta. Para desmarcarse de la acusación de que este argumento incurre en una especie de circularidad, Waldron sostiene que no necesariamente se trata de un círculo *vicioso*: la condición humana de la vida en común exige la adopción de decisiones que permitan la puesta en práctica de un esquema de coordinación para la vida en sociedad, y en consecuencia, debe haber algún procedimiento que nos permita la adopción de dichas decisiones<sup>35</sup>. Así como los ciudadanos se forman sus opiniones en el plano de las cuestiones sustantivas, *algo* deben poder decir también acerca del debate sobre los procedimientos, aún cuando éste tampoco pueda sustraerse a las circunstancias de desacuerdo. Como no podemos eludir esta realidad, ello significa que también debemos hacer un hueco en nuestra agenda teórica para lidiar con estas cuestiones procedimentales. Es justamente aquí donde entran a tallar los argumentos sobre la mejor manera de adoptar las decisiones colectivas.

De cualquier manera, es importante destacar, sobre todo para quienes consideran que esta posición podría resultar controvertida, que existen otros enfoques, como el de Juan Carlos Bayón<sup>36</sup>, que asumen una posición más moderada sobre el tema de los desacuerdos y su aplicación a los derechos, pero que sin embargo llegan a conclusiones muy parecidas a las de Waldron. De modo que la importancia otorgada al derecho a participar no depende completamente de la concepción específica articulada por Waldron.

---

<sup>35</sup> A pesar de las críticas que esto ha recibido, Waldron me ha manifestado en una conversación que no considera que nadie haya sido capaz de demostrar que se trata de un círculo *vicioso*. En parecidos términos, R. Bellamy y D. Castiglione, "Constitutionalism and Democracy: Political Theory and the American Constitution", *27 British Journal of Political Science* (1997), p. 603: "there is no circularity in devising a set of procedures to debate differences over procedures...For the adoption of a given procedural process does not necessarily bias the decision in such a discussion in its favour, as the ability of organizations to reform themselves amply testifies". Un problema distinto, acerca del cual no profundizaré aquí, es el de la adopción de una regla de decisión *ex nihilo*. Está claro que, como argumenta J. C. Bayón, "Derechos, democracia y Constitución", en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, una regla de decisión como la regla mayoritaria no se puede adoptar sin antes asumir algunos valores sustantivos que determinen quién y por qué habrán de votar, quiénes serán excluidos, etc.

<sup>36</sup> Bayón, "Democracia y derechos...", cit.

El sólo hecho de reconocer el hecho del pluralismo razonable, y de que los derechos fundamentales resultan tan controvertidos como cualquier otro asunto de la vida política, sumado a la aspiración de dar cabida a ideales de autogobierno colectivo en una teoría sobre la autoridad política, debería movernos a reflexionar sobre la importancia de otorgar al derecho a participar una importancia significativa a la hora diseñar nuestra instituciones para la toma de decisiones colectivas.

Conviene añadir además que el hecho de que tomemos en cuenta el pluralismo razonable no significa que debamos renunciar a nuestras propias convicciones ni caer en el escepticismo, sino que, a lo sumo, ello nos obliga a distinguir entre distintos niveles del discurso: el nivel de nuestras preferencias sustantivas y el nivel de los procedimientos para la adopción de decisiones colectivas. Podemos reconocer el pluralismo razonable y aceptar que el mismo debe ser tenido en cuenta a la hora diseñar nuestras instituciones, pero sin dejar de defender nuestras convicciones personales, tanto a nivel sustantivo (“yo estoy en contra o a favor del aborto”) como a nivel procedimental (“yo considero que la regla mayoritaria constituye el mejor procedimiento o que tirar una moneda al aire es preferible”). Ello es así aún cuando reconozcamos la posibilidad de que el procedimiento por el que optemos no necesariamente habrá de conducir a nuestros resultados preferidos en el plano sustantivo. Resulta lógicamente posible sostener que ciertas decisiones sobre derechos son correctas o incorrectas, pero ello no impide que, tomando en consideración la distinción entre la legitimidad procedimental y la legitimidad instrumental, pueda defenderse un procedimiento para la adopción de decisiones que no necesariamente lleve a la adopción de la opción que una determinada persona prefiera, y esto vale para cualquier procedimiento de decisión, no sólo para los procedimientos democráticos<sup>37</sup>. Una de las virtudes de la teoría de Waldron consiste en recordarnos que una teoría política *completa* debe incluir en su agenda no sólo una concepción sobre cuestiones sustantivas de justicia, sino que ser necesariamente complementada con una *teoría de la autoridad*, y para ser aceptable esa última debe obedecer a criterios de justicia y legitimidad del mismo modo

---

<sup>37</sup> Aunque normalmente se enfatiza que esto se da con frecuencia entre quienes intentan defender los procedimientos democráticos. Así, K. Dowding, R. E. Goodin y C. Pateman, “Introduction: Between Justice and Democracy”, en la compilación de los mismos autores, cit., p.15, escriben: “Every political philosophy that wants simultaneously to endorse justice and democracy seems to confront a similar conundrum. There is no guarantee that the form of democracy any given philosophy prescribes will necessarily end up embracing the form of justice that it endorses”.

en que las cuestiones sustantivas también deben adecuarse a estos requerimientos<sup>38</sup>. En fin, la distinción que se ha trazado entre ambos niveles es una simple consecuencia del hecho de que no vivimos solos en el mundo sino que vivimos en sociedad, y que, en consecuencia, la pregunta acerca del modo en que *uno debe vivir su propia vida* debe poder ser distinguida de la pregunta acerca de *cómo debemos vivir en sociedad*.

Finalmente, un último argumento, frecuentemente esgrimido con la finalidad de poner en entredicho la primacía del derecho a la participación, es el siguiente. En las condiciones de las democracias constitucionales contemporáneas, “el principio democrático”, que es el principio constitucional en el que se vería reflejado el derecho a la participación, es sólo un principio más entre varios otros. Esta afirmación busca apoyo en la constatación del contenido de las constituciones, las cuales consagran no sólo el principio democrático, sino que al lado de éste, figura una amplia gama de valores y principios adicionales, sin que *prima facie* pueda decirse que la constitución otorga primacía axiológica a algunos de ellos sobre otros. Es más, hasta puede darse el caso de que algunos valores o principios, como la dignidad humana, o bien, ciertos valores como aquellos consagrados en el artículo 1.1 de la Constitución española (libertad, justicia, igualdad, y pluralismo político), puedan aparecer como superiores, pero normalmente el derecho a participar no suele aparecer como uno de estos candidatos, al menos no de modo explícito. Desde esta perspectiva, afirmar que la participación es “el derecho de los derechos” resultaría arbitrario.

Este argumento es válido en la medida en que se considere lo que una determinada constitución dispone sobre el asunto. Por ejemplo, en el caso de la Constitución española, podría llegarse a la conclusión, en base al análisis del articulado de la ley fundamental española, de que la participación no adquiere la primacía a favor de la cual estamos argumentando. Pero desde un punto de vista externo a la constitución, es decir, no dogmático, de lo que se trata es de determinar si es o no adecuado que una constitución dote a la participación de una primacía como la que aquí se sugiere. Si quienes mantienen el argumento en cuestión lo hacen desde esta postura externa, afirmando, por

---

<sup>38</sup> En el mismo sentido, K. Ward, “The Politics of Disagreement: Recent Work in Constitutional Theory”, 65 *The Review of Politics* 425 (2003), p. 426: “Waldron’s argument turns on a distinction between the process that we –a collective– should use to settle our disagreements about justice and the substantive norms that I –an individual– believe should guide the Court or other institution that resolves these disagreements”.

ejemplo, que al diseñar una constitución no debería concederse primacía a la participación sino a aquellos valores como los que de hecho consagra la Constitución de 1978 en su artículo 1.1, entonces podría replicarse que la crítica que formulan se basa en un entendimiento erróneo de la primacía que aquí se pretende otorgar al derecho a participar. En efecto, esta primacía no radica en que la participación sea axiológicamente superior a ningún otro derecho o valor, por ejemplo, al derecho a la vida, o a la dignidad humana, etc. La primacía del derecho a participar radica en el hecho de que el mismo parece ser especialmente apto para ser empleado en una situación en la que discrepamos acerca de la existencia, el contenido o el alcance de determinado derecho, que puede ser, como se ha visto, ese mismo derecho a la participación, o cualquier otro derecho. Como pudimos ver más arriba, el derecho a participar se situaría entonces en un plano distinto al de los demás derechos, ya que sería el derecho que nos permitiría definir y concretar los demás derechos en circunstancias de desacuerdo. De modo que si el derecho a participar pudiera entrar en colisión con otro derecho, esto no necesariamente implicaría que este último deba ceder. Lo que el derecho a participar más bien implicaría es que, en condiciones de desacuerdo, la respuesta a la pregunta de si el derecho en cuestión debería o no ceder, es una respuesta que debe darse teniendo en cuenta el derecho a participar. Mientras los críticos de esta concepción no pueden responder satisfactoriamente a la pregunta de cómo resolver un problema de derechos en condiciones de pluralismo razonable, la apuesta por el derecho a participar sí lo hace, y además, lo hace de un modo atractivo, ya que se trataría de una solución basada en las mismas nociones de autonomía y agencia moral en virtud de las cuales se atribuyen todos los demás derechos. Quizás la única respuesta que estas teorías críticas podrían ofrecer sería desde una determinada concepción sustantiva en la que esos derechos ya hayan adquirido unos contornos más o menos precisos, y el paso siguiente sería su “efectivización”. Pero esto, como hemos dicho, es doblemente objetable. En primer lugar, porque en condiciones de desacuerdo, los derechos están sujetos a controversias profundas. Y en segundo término porque, siendo esto así, la imposición de unas concepciones sobre otras en un procedimiento que no respete el requerimiento participativo constituiría una afrenta a las capacidades racionales y deliberativas de los agentes morales portadores de derechos. De modo que quien haga suyos la idea de los derechos y el cúmulo de razones morales en virtud de los

cuales se atribuyen derechos a las personas, debería poder notar el atractivo que posee esta solución.

### 3. LA LEGITIMIDAD PROCEDIMENTAL Y SU VINCULACIÓN CON LOS PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVO Y JUDICIAL

Formuladas las precisiones que anteceden sobre la legitimidad procedimental y el derecho a participar que dota de contenido a dicha legitimidad, en este apartado procederé a indagar cuál de los procedimientos para la adopción de decisiones en juego, el legislativo o el judicial, satisface mejor el criterio de legitimidad procedimental con arreglo al derecho a participar. Pretendo reconducir entonces la discusión bastante abstracta que hasta ahora ha tenido lugar hacia el ámbito institucional. Mi intención es demostrar que, en términos comparativos, el procedimiento legislativo es superior al procedimiento judicial en lo que hace a la salvaguarda del derecho a participar. En otras palabras, en lo que sigue intentaré argumentar que, en las sociedades bien ordenadas, los parlamentos, como instituciones políticas diseñadas para representar a los diversos sectores e intereses sociales, encarnan mejor los ideales participativos que los órganos jurisdiccionales. Es en este terreno entonces en el que se intentará cimentar la superioridad definitiva del proceso legislativo que lo convertirá en el espacio adecuado para la adopción de decisiones finales en cuestiones que tengan que ver con los derechos. Si bien esto es algo que normalmente resulta admitido por los autores que defienden la legitimidad del control judicial (razón por la cual normalmente intentan valer la superioridad de este procedimiento en términos instrumentales, como se verá en el capítulo siguiente), lo cierto es que existen algunas dificultades que deben ser consideradas antes de formular conclusiones precipitadas. Además, y aunque pueda parecer contraintuitivo, existen importantes concepciones teóricas que depositan sobre los órganos jurisdiccionales una dimensión participativa en función del cual los mismos podrían competir con las legislaturas sobre esta base. El camino que tenemos por delante no es, en consecuencia, tan sencillo como a primera vista pudiera parecer.



a) *Las legislaturas y su ethos participativo*

De conformidad a lo que acaba de decirse, en este epígrafe intentaré argumentar que, a pesar de que existen algunas dificultades teóricas, las legislaturas son los órganos que revisten una mayor legitimidad procedimental, en razón de que son capaces de acomodar mejor que cualquier otro órgano las aspiraciones del ideal de participación. Es importante subrayar que existen dificultades con este enfoque, aunque las mismas no sean finalmente insalvables. En este sentido, considero que en *Law and Disagreement* Waldron se apresura un poco al afirmar con demasiada firmeza que la legislatura es concebida, tanto en la teoría como en la práctica, “como la principal encarnación del gobierno popular”, y que el parlamento “es el sitio, donde los representantes del pueblo se embarcan en lo que orgullosamente describirían como el autogobierno de la sociedad”<sup>39</sup>. En efecto, aunque suscribo esta tesis, existen, por lo menos de entrada, dos problemas importantes que eventualmente podrían afectar a la misma y que exigen cuando menos una consideración más pausada de las eventuales dificultades que la rodean.

En primer lugar, Waldron intenta vincular el derecho a la participación con las legislaturas, pero se topa con el hecho de que las democracias contemporáneas son *representativas*, lo cual hace que el vínculo entre las legislaturas y la participación ciudadana en la configuración de sus derechos no sea directo. Desde esta perspectiva, puede objetarse entonces que el asignar la última palabra en materia de derechos a la legislatura no es lo mismo que asignar la última palabra a la ciudadanía sobre una base igualitaria y teniendo presente el derecho a participar. Además, puede darse el caso –y de hecho frecuentemente ocurre– de que las decisiones de los representantes sean distintas a las preferencias de los ciudadanos, lo cual constituye una razón adicional para ser cautos con esta aproximación. En este sentido, las carencias del enfoque waldroniano son manifiestas, considerando que el mismo dice poco o nada sobre la representación y simplemente asume un nexo sólido entre los parlamentos y la participación ciudadana, e incluso entre “parlamento” y “pueblo”<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Waldron, “A Right-Based Critique...”, cit., p. 44.

<sup>40</sup> El mismo reproche formulan Gargarella y Martí, cit., p. XXXVII, quienes aluden a la “descuidada” y “simplista” identificación entre el parlamento y el pueblo. Véase además, L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 144-6, criticando

En segundo lugar, debe recordarse que si bien es cierto que (casi) nadie calificaría al órgano judicial como el “depositario de la autoridad representativa”<sup>41</sup>, no es menos cierto que existen elaboraciones teóricas más sofisticadas que presentan puntos de vista alternativos a la concepción que pretende establecer un nexo entre la participación y las asambleas legislativas. Me interesa sobre todo llamar la atención sobre una concepción muy arraigada que parece desprenderse de algunas interpretaciones de *El Federalista* o del análisis histórico del período revolucionario norteamericano. Según la misma, la Constitución norteamericana hace radicar en el pueblo la soberanía pero no la deposita en ningún órgano en particular, ni siquiera en el legislativo<sup>42</sup>. En palabras de Bruce Ackerman, quizás el autor que mejor ha realizado una elaboración teórica de esta

---

la postura que parte de una democracia ideal, en lugar de reconocer que se trata de una mera democracia representativa, y criticando la tendencia a contraponer esta idealización al control judicial. En términos similares, L. G. Sager, *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice*, Yale, New Haven/London, 2004, p. 198, critica el error de Waldron al sugerir que el parlamento somos “nosotros” (en tanto que los tribunales serían agentes externos). En Waldron, *Law and Disagreement*, se deja en claro que el enfoque teórico allí adoptado no contiene una teoría de la representación. Sin embargo, en Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., pp. 1386 y ss., se muestra una mayor sensibilidad hacia este problema.

<sup>41</sup> Waldron, “A Rights-Based Critique...”, cit., p. 44. Cfr., sin embargo, una caracterización de los jueces federales como “representantes del pueblo”, en C. L. Eisgruber, *Constitutional Self-Government*, Harvard, Cambridge, London, 2001.

<sup>42</sup> G. S. Wood, *The American Revolution*, Weidenfeld & Nicolson, London, 2003, pp. 154-155: “Unlike the British in relation to their House of Commons, the American people never surrendered to any political institution or even to all political institutions together their full and final sovereign power...[S]overeignty in America resided and remained in the people at large, and not in any specific institutions of government”. Y añade, p. 156: “No longer could any parts of the state and federal governments, even the popular houses of representatives, ever fully represent the people; instead, all elected parts of the governments...were now regarded in one way or another as simply *partial* representatives of the people” (énfasis añadido). Desde una perspectiva contemporánea, un importante número de autores cuestiona la doctrina según la cual deba haber un intérprete supremo, abogando por un enfoque coordinado o “departamentalista”. Por ejemplo, N. Devins y L. Fisher, “Judicial Exclusivity and Political Instability”, 84 *Virginia Law Review* 83 (1998), p. 106: “No single institution, including the judiciary, has the final word on constitutional questions. It is this process of give and take and mutual respect that permits the unelected Court to function in a democratic society. By agreeing to an open exchange among the branches, all three institutions are able to expose weaknesses, hold excesses in check, and gradually forge a consensus on constitutional values. By participating in this process, the public has an opportunity to add legitimacy, vitality, and meaning to what might otherwise be an alien and short-lived document. Therein lies true stability”. Pero esta concepción departamentalista o coordinada ha sido rechazada a favor de la doctrina de la supremacía judicial declarada por la Corte Suprema en casos como *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958) o *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997). Para un argumento en contra del “departamentalismo”, véase L. Alexander y F. Schauer, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, 110 *Harvard Law Review* 1359 (1997). Tal como he dicho anteriormente, dejo abierta la cuestión acerca de si la crítica presentada en esta investigación pueda resultar compatible con alguna forma de departamentalismo.

posición, “[e]n vez de intentar un falso realismo suponiendo que el Congreso (o cualquier otra institución) *es* el pueblo, el primer objetivo de la Constitución federalista es pintar un cuadro de gobierno, que afirme vigorosamente que el Congreso es una simple ‘representación’ del pueblo, no el pueblo mismo”<sup>43</sup>. Esta manera de ver las cosas puede conducir con naturalidad a sostener que, puesto que el parlamento no es en verdad el depositario de la autoridad del pueblo, sus actos pueden ser invalidados sin que ello implique menoscabo alguno al autogobierno del pueblo. Expresado en otros términos, bajo esta concepción el derecho a participar no se ve puesto en entredicho si es que el parlamento no retiene la última palabra ya que, en definitiva, dicha institución no establece un vínculo firme con la participación ciudadana<sup>44</sup>.

Afortunadamente, ninguno de estos dos problemas es irresoluble, con lo cual sería en efecto plausible establecer el vínculo participación-legislaturas. Aunque no puedo desarrollar aquí una teoría completa de la representación<sup>45</sup>, el primer problema, a saber, el de cómo lidiar con el carácter representativo de la institución parlamentaria de cara al ideal participativo, podría ser respondido sobre la base de las siguientes ideas. La representación puede ser concebida como una exigencia de las democracias contemporáneas ante la imposibilidad de llevar a la práctica en las condiciones de la vida moderna una democracia directa (o quizás simplemente en función a que dicha forma de

---

<sup>43</sup> B. A. Ackerman, “¿Un neofederalismo?”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, cit., p. 192. En general, esta concepción tiende a producir un modelo de democracia “dual”, en el que a través de distintos mecanismos –entre los que adquiere prominencia el control judicial– se imponen importantes restricciones a los gobernantes democráticamente electos. A parte de los argumentos que presento a continuación en el texto, para una crítica sugestiva, que contrapone este modelo norteamericano al de otras democracias occidentales, véase D. F. B. Tucker, *The Rehnquist Court and Civil Rights*, Dartmouth, Aldershot, 1995.

<sup>44</sup> Lo cual está a tono con la tradicional concepción de la politología realista que duda de que el legislativo sea el órgano que representa la voluntad popular. Aunque en este caso la duda es de carácter empírico y no normativo, y lo que por ahora me interesa es este último aspecto.

<sup>45</sup> Como ha escrito N. Bobbio, “Democracia representativa y democracia directa”, en la compilación del mismo autor, *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, p. 58, la bibliografía jurídica, sociológica y politológica es tan abundante que si quisiera exponérsela habría que dedicarle una monografía entera. De todas maneras, puede encontrarse una excelente discusión en V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 191 y ss., quien apela, entre otras consideraciones, a las ventajas de la moderna división del trabajo; F. J. Laporta, “Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para el debate”, 6 *Doxa* 121 (1989); así como en el clásico de H. F. Pitkin, *The Concept of Representation*, University of California, Berkeley/Los Angeles/London, 1967.

gobierno resultaría desaconsejable)<sup>46</sup>. Alguien debe ser competente para adoptar decisiones en nombre de la comunidad, y para ello instituimos un órgano que intente recoger los valores a los que respondería un modelo participativo ideal. En este sentido, podría argumentarse que la manera en la que se organizan las sociedades bien ordenadas, instituyendo órganos representativos, constituye un reflejo bastante aproximado de lo que sería un modelo de toma de decisiones que respete valores de participación en condiciones ideales. Tal aproximación se da, por ejemplo, en la previsión de que las personas autorizadas a adoptar las decisiones en nombre de la comunidad sean electas periódicamente de conformidad al principio de sufragio universal en un proceso electoral abierto en igualdad de condiciones. El nexo entre participación y representación estaría dado entonces tanto por la posibilidad de tomar parte en términos igualitarios en el proceso de selección de representantes y en la manera en que éstos han de concebir su rol institucional como representantes de la ciudadanía. Está claro que el parlamento no es el pueblo mismo, pero es la institución que *aspira* a representarlo. En otras palabras, el parlamento es la institución que mejor canaliza, aunque tan sólo sea a través del voto, de las elecciones periódicas de sus representantes y del rol institucional que compete a los parlamentarios, las aspiraciones de autogobierno de una comunidad<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> En efecto, la democracia directa no necesariamente debería ser preferible si es que pudiera ser llevada a la práctica, pues ello plantea a su vez un cúmulo de problemas teóricos, como por ejemplo, el de la calidad de la deliberación bajo una democracia directa. Cfr., sin embargo, el argumento clásico de Rousseau contra la concepción que pretende establecer una relación más o menos directa entre la representación y el autogobierno ciudadano, en detrimento de formas de democracia más directas: “El pueblo inglés cree que es libre. Se engaña totalmente: sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento. Tan pronto éstos son elegidos, se vuelve esclavo, no pasa a ser nada” (cit. en Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., p. 272). Como bien explica B. Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge, 1997, (sobre todo la introducción), este entendimiento se explicaría en razón de que, a diferencia de lo que ocurre hoy día, en sus inicios durante el siglo XVIII, el gobierno representativo no fue visto como una forma de gobierno “democrática”.

<sup>47</sup> Cfr. M. Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 338: “[E]l pueblo no es representado en la democracia por cualquier órgano, sino sólo por el *parlamento*. El parlamento es el órgano de la representación del pueblo por excelencia, porque está legitimado directamente por las elecciones, porque en la periodicidad de las elecciones se pone claramente de manifiesto la responsabilidad ante el pueblo, porque refleja diversas regiones y corrientes políticas...porque en los debates parlamentarios se expresan las opiniones y los deseos del pueblo y su voluntad política decisiva. Por medio del parlamento los ciudadanos se integran, en la democracia, en la unidad política de pueblo del Estado”.

Aunque no establezca un nexo claro entre la participación y la representación, otro argumento que hace a los rasgos institucionales de las legislaturas resulta relevante en este punto en razón de su potencial capacidad para dar cabida a las circunstancias del desacuerdo. En este sentido, podría alegarse que el parlamento posee la capacidad de reflejar de manera más o menos satisfactoria el pluralismo razonable, sobre todo desde una perspectiva institucional comparativa. En efecto, un sistema político organizado sobre la base indicada en el párrafo anterior (elecciones libres de conformidad al principios del sufragio universal) hace suponer que, en circunstancias de pluralismo razonable, en un parlamento cuyas dimensiones serán significativamente superiores a las de otros órganos del Estado<sup>48</sup>, podrá recogerse una amplia gama de perspectivas sociales que sean expresión de las circunstancias del desacuerdo<sup>49</sup>. En consecuencia, esta posibilidad de recoger y reflejar una variada muestra de perspectivas parece encajar de manera relativamente satisfactoria con la importancia que pretende asignarse a la diversidad de opiniones mantenidas por ciudadanos libres e iguales en el contexto de una sociedad signada por el hecho del pluralismo razonable. Puede concluirse entonces señalado que el parlamento no sólo recoge de manera relativamente satisfactoria las exigencias participativas de un modelo ideal, sino que al hacerlo, dicha institución es capaz de dar cabida de manera relativamente satisfactoria al pluralismo razonable y la diversidad que caracteriza a las sociedades bien ordenadas. En definitiva, al decir de Gargarella y Martí, las “credenciales democráticas” del parlamento son las mejores, comparativamente hablando, “dentro de la estructura institucional en la que vivimos”<sup>50</sup>.

Ahora bien, es cierto que muchas veces los sistemas democráticos pueden ser imperfectos en varios sentidos. Por ejemplo, pueden adolecer de ciertos defectos en torno al sistema electoral, a la financiación de las campañas, a la falta de oportunidades reales

---

<sup>48</sup> Véase el capítulo 3 de Waldron, *Law and Disagreement*, cit., donde el autor resalta la importancia de la composición numérica en términos comparativos entre los parlamentos y los órganos jurisdiccionales en varios sistemas políticos, sugiriendo que esta diferencia debería decirnos algo acerca del valor de las decisiones adoptadas por órganos estructurados de esta forma.

<sup>49</sup> Gargarella y Martí, cit., p. XXXV, señalan con acierto que no se trata tanto de una cuestión de representación “descriptiva”, sino que la exigencia se limita “al simple hecho de englobar en una institución eminentemente deliberativa una pluralidad de voces discordantes que más o menos reflejen la pluralidad de la sociedad en su conjunto, y que permitan el intercambio racional de argumentos en la búsqueda de la mejor decisión política a un problema común”.

<sup>50</sup> Id., p. XXXVI.

para ejercer el sufragio de modo significativo, o con relación a la pretensión de representar a todas las perspectivas sociales, etc. Ningún sistema político es, sin embargo, perfecto, y en ese sentido todo lo que puede exigirse, de conformidad a las presuposiciones asumidas en el capítulo anterior<sup>51</sup>, es una cierta correspondencia, aunque tan sólo sea aproximada, con los valores de igualdad y participación que deben caracterizar a un sistema democrático y en especial, a sus procedimientos de selección de representantes mediante el principio del sufragio universal, sumado a la posibilidad de que el propio proceso pueda ser corregido y mejorado continuamente<sup>52</sup>.

Una vez que vemos las cosas desde esta perspectiva, y aún a pesar de todas las dificultades, resulta difícil hallar argumentos que superen la legitimidad que reviste en términos participativos el proceso legislativo de toma de decisiones, sobre todo cuando lo comparamos con los órganos jurisdiccionales<sup>53</sup>. En este sentido, Waldron lleva la razón cuando afirma que no resulta adecuado caracterizar a los tribunales como “depositarios de la representación popular”<sup>54</sup>. Ello es así por varias razones. A diferencia de los parlamentarios, los jueces normalmente no son electos mediante el sufragio universal ni tampoco responden políticamente ante el electorado. Normalmente, los jueces ostentan cargos vitalicios o de inamovilidad relativa que tienen justamente la finalidad de inmunizarlos ante las presiones y exigencias del electorado. Ello explica el hecho de que, aunque fueran electos, esto no cancelaría la dificultad, pues su rol institucional no consiste en responder ante el electorado ni tampoco en representarlo, sino que consiste, fundamentalmente, en aplicar objetivamente el derecho vigente<sup>55</sup>. Por otro lado, los

---

<sup>51</sup> Véase el capítulo 1, apartado 2, epígrafe b).

<sup>52</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 5, *passim*.

<sup>53</sup> A la misma conclusión llega Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit., p. 179, al admitir que el control judicial de la ley entra en tensión con el principio de “igual dignidad política”, que viene a coincidir con lo que aquí llamamos “legitimidad procedimental”. Más adelante, pp. 196 y ss., y de manera más tajante, afirma que el ideal de la participación “está mejor institucionalizad[o] (a pesar de sus deficiencias) en una asamblea elegida periódicamente por sufragio universal que en un tribunal”.

<sup>54</sup> Waldron, “A Right-Based Critique...”, cit.

<sup>55</sup> Cfr. H. M. Hart y A. M. Sacks, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury, New York, 1994, p. 643, comentando la práctica llevada a cabo en varios estados de elegir jueces: “the popular election of judges does not in actual practice mean political accountability for particular decisions, nor is it ordinarily so understood”. En el mismo sentido, O. M. Fiss, “The Forms of Justice”, 93 *Harvard Law Review* 1 (1979), p. 14; y R. Warner,

jueces son extraídos (por lo menos en el contexto estadounidense), de segmentos sociales muy reducidos, normalmente de las clases media-alta o alta de la sociedad, por lo que traen consigo al cargo una visión del mundo y de la sociedad acorde con su extracción social, y no precisamente con la de la masa de ciudadanos ni con el pluralismo de perspectivas que cabe esperar en circunstancias de desacuerdo. Además, la diferencia numérica en la composición de los parlamentos de las sociedades bien ordenadas, compuestos por cientos y cientos de representantes, en contraposición a la composición de los órganos de la justicia constitucional que raras veces supera la decena o la veintena, también hace suponer que son aquellas y no éstas las instituciones en las que se pretende dar cabida de manera más adecuada al pluralismo social. Todo ello autoriza a concluir que, por lo menos en términos comparativos, los parlamentos parecen acomodar mejor que los órganos jurisdiccionales tanto las aspiraciones participativas como la diversidad de perspectivas, con lo cual puede decirse que aquellos gozan de una mayor legitimidad procedimental.

Ahora bien, nada de lo dicho en el párrafo anterior debería tomarse como un ataque a la institución judicial en cuanto tal. En efecto, dicha función está concebida precisamente para cumplir un cierto tipo de funciones sociales de suma importancia: aplicar el derecho en los casos y controversias que les sean sometidos y resolver con autoridad las disputas que surjan entre particulares, contribuir a mantener la vigencia del Estado de derecho, y en fin, todas las tareas que realizan las modernas administraciones de justicia. Su legitimidad descansa no en el respeto a los valores que tienen que ver con la integridad de un procedimiento en términos participativos, sino en otro tipo de consideraciones. El punto que debe quedar claro es simplemente que no podemos exigir de un órgano jurisdiccional aquello para lo cual no está concebido, en este caso, la acomodación de la dimensión participativa o representativa.

Algunos podrán insistir nuevamente aquí que los parlamentos son imperfectos y que se quedan cortos a la hora de realizar el ideal participativo al que aspiran, por lo cual resultaría aconsejable introducir una instancia externa como el control judicial para paliar los defectos de los procesos democráticos. Que cualquier sistema representativo sea

---

“Adjudication and Legal Reasoning”, en M. P. Golding y W. A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005, p. 260.

perfectible es algo que está fuera de toda duda, así como también está fuera de duda el que debemos permanentemente ocuparnos de perfeccionarlo. Sin embargo, este argumento no basta para justificar la introducción de una instancia aún menos participativa al sistema<sup>56</sup>. En efecto, en lugar de mejorar las cosas, esto puede contribuir a empeorarlas aún más. Existen muchas maneras de mejorar las instituciones participativas y representativas de una democracia, pero el diseñar un modelo institucional que otorgue la palabra final a una instancia que resulta menos participativa no parece ser una solución atractiva, al menos si lo que pretendemos es salvaguardar los valores asociados a la legitimidad procedimental. En síntesis, puede decirse que los problemas de la democracia deben ser solucionados con más democracia, según la conocida expresión atribuida al filósofo John Dewey.

Nos queda por responder al segundo argumento que he considerado más arriba, a saber, el que partiendo de *El Federalista* niega que las asambleas legislativas sean equiparables al “pueblo” y que, en consecuencia, la existencia de una instancia que posea la facultad de invalidar sus decisiones no necesariamente constituye una afrenta a ideales participativos. Esta concepción adolece de dos defectos. En primer lugar, si bien es cierto que las asambleas legislativas no son sin más equiparables al pueblo, no es menos cierto que no parece haber otro órgano del Estado que respete valores participativos en mayor grado, conforme acaba de verse. En consecuencia, aún cuando el pueblo no sea asimilable al parlamento, no se ve con claridad la razón por la cual habremos de asignar la palabra final a otro órgano, a menos, claro está, que se tomen en cuenta otro tipo de consideraciones ajenas a la legitimidad procedimental. Por lo demás, el problema de sobre quién debe recaer la decisión final en materia de derechos es ineludible una vez que constatamos el problema de las circunstancias del desacuerdo y de la necesidad de dotar de contenido preciso a los derechos consagrados en el catálogo constitucional para hacerlos operativos en la práctica. Desde el momento en que esto es así, surge la necesidad de investir a un órgano determinado con la decisión final, y en consecuencia, el problema de la autoridad final es ineludible, y todo lo que podemos hacer ante esta

---

<sup>56</sup> Como bien afirma P. de Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 91: “para responder a la dificultad democrática del control judicial de constitucionalidad no basta con arrojar la pelota al tejado de los que inquietan por las *razones* que abonan la tesis según la cual una minoría de jueces no elegidos han de decidir con carácter final”.



realidad es ofrecer razones a favor de un determinado modelo para la adopción de decisiones. El modelo que aquí sugerimos propone, aunque sea en parte, que las razones procedimentales deben jugar un papel primordial, y en ese sentido, las asambleas legislativas parecen ser, comparativamente hablando, superiores a cualquier otro órgano del Estado<sup>57</sup>. Podemos concluir entonces señalando que el vínculo entre la participación y las asambleas representativas, aunque diste de ser ideal, es el que mejor parece recoger las aspiraciones participativas en un mundo no ideal.

Antes de dar por concluido este epígrafe, consideraré un par de argumentos más que tienen por finalidad sugerir que los órganos jurisdiccionales pueden dar respuesta a la dimensión procedimental-participativa, con lo cual se pretende que los tribunales puedan competir con las asambleas legislativas sobre la base de la legitimidad procedimental. El primer argumento asegura que los jueces poseen hasta un cierto punto “credenciales democráticas”, y que al ser esto así, se estaría dando cabida a la dimensión a participativa o procedimental de los procedimientos para la adopción de decisiones<sup>58</sup>. Quienes mantienen esta postura sostienen que los jueces no carecen del todo de representatividad, ya que son designados mediante procedimientos en los que intervienen autoridades representativas y esto los dota, cuando menos, de una suerte de legitimidad indirecta o de segundo grado. A su vez, esta posición podría verse reforzada mediante la sugerencia de que muchas veces las decisiones de los órganos jurisdiccionales acaban gozando de un extendido apoyo popular. El argumento en cuestión no opondría reparos en reconocer que los jueces no son electos por el electorado sobre la base del principio del sufragio universal ni ante el hecho de que tampoco son responsables directamente ante el electorado. Todo lo contrario, la propia naturaleza de la función judicial que los magistrados constitucionales están llamados a desempeñar exige un diseño institucional adecuado para que los jueces resulten en cierta forma inmunizados de las presiones políticas. Aún así, lo que se intenta defender es que los jueces son electos por órganos

---

<sup>57</sup> Quizás los defensores de esta doctrina suscriban, en determinados casos, alguna variante extrema del “constitucionalismo popular”, en la que la autoridad se difuma en la ciudadanía de manera vaga e imprecisa.

<sup>58</sup> Una versión de este argumento en M. Cappelletti, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, en AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, aunque el mismo también admita, como se señalará seguidamente en el texto, que la legitimidad de los jueces debe buscarse en otro tipo de consideraciones.

representativos de la voluntad popular, y que esto, en consecuencia, les otorgaría una suerte de legitimidad procedimental, aún cuando sea indirecta o de segundo grado. En el caso norteamericano, por ejemplo, la designación de jueces para integrar la Corte Suprema es una función que compete al presidente, para lo cual debe además contar con la aprobación del Senado. Por emplear otro ejemplo de un procedimiento todavía más representativo, en la mayoría de los países que siguen el modelo europeo de justicia constitucional, intervienen en la designación de los magistrados que habrán de integrar los tribunales constitucionales, entre otros órganos políticos, los parlamentos<sup>59</sup>. Además, el sistema de selección normalmente está diseñado de manera tal a que se produzcan acuerdos entre las distintas fuerzas políticas, lo cual contribuye a dotar a los magistrados así seleccionados de una legitimidad aún mayor<sup>60</sup>.

Para responder a este planteamiento, quizás sea conveniente resaltar aquí el carácter comparativo del enfoque que venimos adoptando. Aún cuando los parlamentos sean imperfectos, serán superiores, comparativamente hablando, a los órganos judiciales, en lo que hace a consideraciones que tengan que ver con la integridad del procedimiento, y ésta es la respuesta principal al argumento que ve en los órganos jurisdiccionales una remota señal de representatividad. Desde este punto de vista, la pregunta que cabe formular es la de por qué deberíamos preferir una legitimidad de segundo grado cuando existe una institución cuyo nexo con la legitimidad procedimental viene a ser más directo.

Todo esto muestra además que los argumentos a favor de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad cometen un grave error al apelar a consideraciones participativo-representativas, tal como sugiere la crítica que aquí discutimos sobre la legitimidad democrática “indirecta” de los jueces<sup>61</sup>. La defensa del control judicial de la ley debería formularse sobre la base de otro tipo de consideraciones, y no sobre una legitimidad democrática que, al ser indirecta o de segundo grado, no puede competir, por

---

<sup>59</sup> Nino, cit., p. 259, considera que este modelo sitúa a los magistrados constitucionales en una posición más cercana al proceso democrático. Pero añade que aun así, dichos órganos se diferencian significativamente de los cuerpos legislativos o del jefe de gobierno en el aspecto en cuestión.

<sup>60</sup> A. Ruiz Miguel, “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, 23 *Doxa* (2000), señala que las concertaciones traen como resultado el que no se produzca la designación de jueces ideológicamente sesgados.

<sup>61</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit.

así decirlo, con la legitimidad que reviste el proceso legislativo<sup>62</sup>. Por ejemplo, la defensa debería basarse en que el control judicial de la ley constituye un mecanismo más adecuado para la toma de decisiones colectivas sobre la base de consideraciones basadas en resultado, o bien, en otro tipo de consideraciones distintas, como la de que los tribunales constituyen “foros de principios”, etc., argumentos éstos que serán considerados en los siguientes capítulos.

Algo parecido podría decirse con relación a la objeción de que el ejercicio del control judicial de la ley por parte de los jueces puede llegar a gozar de un extendido apoyo popular. Al gozar de la aceptación de una buena parte de la ciudadanía –ya sea de modo inmediato o a largo plazo–, esto contribuiría a diluir el problema de legitimidad que desde un punto de vista de valores participativos reviste el proceso judicial. Pero esta observación tampoco resulta convincente. Lo que estamos tratando de determinar es cuál es el mecanismo más legítimo desde un punto de vista procedimental para la toma de decisiones colectivas en condiciones de pluralismo razonable. El apoyo popular del que pueda gozar una determinada institución es independiente a la legitimidad de la que dicha institución pueda gozar desde un punto de vista participativo. El ejemplo que Waldron trae a colación es el de la dictadura. Una dictadura puede gozar de un enorme apoyo popular (como se dio, por ejemplo, con las dictaduras nazi-fascistas del siglo XX). Pero esto no quiere decir que la dictadura como forma de gobierno responda a valores de igualdad política o de participación<sup>63</sup>.

Todo parece indicar entonces que, en términos de la legitimidad de los procedimientos, el modelo que favorece la adopción de decisiones por medio de una asamblea legislativa es el que mejor satisface las exigencias de la participación. Ya lo decía el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando establecía, con relación a la confección de las leyes, que “[t]odos los ciudadanos *tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes,*

---

<sup>62</sup> Véase la discusión en J. Allan, “Bills of Rights and Judicial Power – A Liberal’s Quandary”, 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 337 (1996), pp. 349 y ss. Al considerar algunos argumentos que apuntan a rescatar las virtudes democráticas del proceso judicial, afirma que esto constituye una especie de falacia *ad hominem*. Según el autor, en cualquier comparación sobre bases democráticas, el parlamento siempre superará al poder judicial.

<sup>63</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, cit.

en su formación”<sup>64</sup>. Pero todavía quedan argumentos a favor del control judicial fundados en consideraciones participativas. Los siguientes tres epígrafes estarán dedicados a examinarlos. Podremos ver que todos los casos resultan muy problemáticos, salvo quizás el último supuesto, en el que las dificultades que lo rodean no aconsejan acoger el argumento sin algunas reservas importantes, lo cual a su vez traería como resultado algunas consecuencias institucionales bastante significativas.

*b) Tras los “vestigios” del autogobierno*

Frank Michelman ha realizado uno de los esfuerzos más importantes tendentes a plantear una alternativa a ese lugar común, que aquí se ha defendido en el epígrafe anterior, en función del cual, en términos comparativos, los parlamentos constituyen el órgano más participativo y cercano al ideal del autogobierno, aún a pesar de todas las limitaciones ya señaladas<sup>65</sup>. La obra de Michelman ha recibido alguna difusión en el ámbito constitucional europeo sobre todo a través de los comentarios de Jürgen Habermas, así como de los intercambios producidos entre ambos autores<sup>66</sup>. En distintos lugares, Habermas ha reprochado a Michelman, a mi criterio acertadamente, el hecho de que éste asuma un supuesto trasfondo ético común a partir del cual se pretende justificar la práctica del control judicial en el contexto norteamericano. Según Habermas, esta asunción no se compadece con las circunstancias del pluralismo razonable en las que se desenvuelven las sociedades bien ordenadas, y el pretender apelar a un trasfondo ético compartido puede contribuir a generar algunos problemas de legitimidad considerables en

---

<sup>64</sup> Cito la versión contenida en M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Carlos III-Trotta, Madrid, 1996, p. 139.

<sup>65</sup> Debo señalar que la obra de Michelman es amplísima y ocupa una extensión de décadas de producción fecunda. Aquí me basaré principalmente en lo que considero son algunos de sus principales trabajos, en los que aparece expuesta de manera clara la posición que pretendo cuestionar.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de teoría del discurso*, 3ª edic., Trotta, Madrid, 2001, y del mismo autor, “Constitutional Democracy...”, cit., así como la bibliografía allí citada.

los arreglos institucionales de sociedades postindustriales que en verdad son pluralistas y no éticamente homogéneas<sup>67</sup>.

Haciendo esta crítica a un lado, en este epígrafe me interesa criticar otro aspecto de la obra de Michelman, a saber, aquel en virtud del cual los “vestigios o rastros de autogobierno” que caben discernir en el sistema político norteamericano son imputados a un determinado órgano del Estado, concepción que también hunde sus raíces en ese característico rechazo de la teoría constitucional norteamericana a identificar al pueblo con sus gobernantes y al que ya se hizo alusión más arriba. Para Michelman dichos “vestigios” [“*traces*”] radican no en el pueblo entendido como una entidad abstracta, ni en los ciudadanos considerados individualmente, como pretendería Bruce Ackerman, aunque en un nivel de política excepcional que se da sólo en los momentos constituyentes (formales o informales)<sup>68</sup>. En efecto, dadas las condiciones en las que se desenvuelven las democracias contemporáneas, el autogobierno por parte de los ciudadanos se vuelve impracticable: los Estados Unidos no son el cantón de Ginebra<sup>69</sup>. Se equivoca igualmente quien, como por ejemplo Cass Sunstein, pretenda ver rastros de autogobierno en otros órganos del Estado, como la legislatura<sup>70</sup>. ¿Dónde entonces pueden encontrarse “vestigios” de autogobierno en el sistema político norteamericano?

Partiendo de una concepción teórica que incorpora ingredientes republicanos así como de otras aportaciones contemporáneas heterogéneas –como la teoría de la democracia dual del ya citado Ackerman o la teoría del derecho como integridad articulada por Ronald Dworkin en *Law’s Empire*–, Michelman llega a la conclusión de que es en el órgano judicial en donde cabe situar los últimos rastros de autogobierno republicano. Este hallazgo permite afirmar no sólo que la práctica del control judicial no implica ninguna afrenta a ideales de autogobierno<sup>71</sup>, sino que dicha práctica incluso hace posibles dichos ideales: “la Corte [Suprema] ayuda a proteger al Estado

---

<sup>67</sup> Id.

<sup>68</sup> Para una exposición de la concepción de Ackerman, véase el capítulo 4, apartado 2, epígrafe b).

<sup>69</sup> F. I. Michelman, “Traces of Self-Government”, 100 *Harvard Law Review* 4 (1986), p. 75.

<sup>70</sup> C. R. Sunstein, “Beyond the Republican Revival”, 97 *Yale Law Journal* 1539 (1988).

<sup>71</sup> Michelman, “Traces of Self-Government”, cit., p. 75: “Congress is not us. The President is no us... ‘We’ are not ‘in’ those bodies. Their determinations are not our self-government. Judges overriding those determinations do not, therefore, necessarily subtract anything from our freedom...”.

republicano...evitando que caiga en una política de autonegación”<sup>72</sup>. Michelman da entonces un giro sorprendente a las tradicionales inquietudes participativas de la teoría republicana al convertir a la Corte Suprema en la principal depositaria de valores participativos y representativos, algo que aparentemente se logra en función a la capacidad de razonamiento práctico de los tribunales que permite la instauración de un proceso dialógico favorable a la causa del autogobierno<sup>73</sup>. Según el autor, los tribunales presumiblemente estarían mejor situados para escuchar las voces marginales de la sociedad que desafían los paradigmas dominantes, así como para realizar una indagación con cierta simpatía hacia las interpretaciones que dichas voces pueden intentar ofrecer del desarrollo y evolución de la práctica constitucional<sup>74</sup>.

Aunque con ciertas variantes, este tema ha sido retomado en uno de sus trabajos más recientes, en el que Michelman ha dejado nuevamente asentada su justificación del control judicial<sup>75</sup>. Aunque en este trabajo Michelman apela a consideraciones instrumentales del tipo que será considerado en el siguiente capítulo, no por eso deja de destacar un cierto aspecto participativo que pretende ver en el proceso judicial (aún cuando el mismo no lo presente de este modo)<sup>76</sup>. Lo que Michelman sostiene es que la participación ciudadana puede dotar de “inputs” a un proceso de toma de decisiones que le permitirá un resultado epistémico favorable, y de este modo su teoría vincula de manera íntima elementos participativos e instrumentales. Así, en su carácter de

---

<sup>72</sup> F. Michelman, “Law’s Republic”, 97 *Yale Law Journal* 1493 (1988), p. 1532.

<sup>73</sup> Michelman, “Traces of Self-Government”, cit. Para una perspectiva histórica de lo que supuso el giro republicano en la teoría constitucional norteamericana durante los 80, véase G. E. White, “The Arrival of History in Constitutional Scholarship”, 88 *Virginia Law Review* 485 (2002); así como L. Kalman, *The Strange Career of Legal Liberalism*, Yale, New Haven/London, 1997, p. 160.

<sup>74</sup> Michelman, “Law’s Republic”, cit., p. 1537.

<sup>75</sup> F. I. Michelman, *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton, 1999.

<sup>76</sup> Debe hacerse notar que la idea de Michelman en esta nueva formulación no pretende basarse directamente en el derecho a participar. Michelman más bien sugiere que lo importante es “la presunción ‘epistémica’ o disposición a encontrar la verdad de tus contribuciones al debate, su valor en ayudar al proceso a dirigirse hacia la respuesta correcta” (*Brennan and Democracy*, cit., p. 60). El tema epistémico será objeto de tratamiento en el siguiente capítulo. En lo que hace a la caracterización de Michelman, el autor intenta eludir el vínculo participativo precisamente en función a las dificultades que para él representa dicho vínculo. Pero lo cierto es que una lectura más directa de los pasajes relevantes, a la luz de esta interpretación de su obra anterior, podría sugerir un nexo con la participación.

intérpretes constitucionales encargados de adjudicar disputas en las que pueden llegar a entrar en juego los derechos fundamentales, los tribunales pueden resultar expuestos

“a la completa explosión de opiniones secadas al sol [*“full blast of sundry opinions”*] sobre la cuestión de la corrección de una u otra interpretación, producidas de manera libre y desinhibida por los variados miembros de la sociedad quienes escuchan lo que otros tienen que decir desde sus experiencias de vida distintas, situaciones presentes, y percepciones de interés y necesidades”<sup>77</sup>.

De esta manera, esta exposición a la pluralidad de perspectivas junto con la disposición motivacional adecuada pueden lograr la conciliación entre el ideal del autogobierno colectivo y la institución del control judicial, al permitir que esta disposición institucional sea capaz de lograr resultados correctos, en parte debido a ciertos rasgos del proceso judicial y en parte debido *a lo que nosotros podemos hacer para potenciar dicho proceso* mediante el aporte de nuestras propias perspectivas<sup>78</sup>. Presumiblemente, estos inputs participativos habrán de verificarse no sólo por los cauces procesales establecidos (escritos de las partes y *amicus briefs*, etc.), sino además por medios extraprosales, por ejemplo, a través de manifestaciones ciudadanas o de la apertura de un debate público que involucre a los medios masivos de comunicación, etc., todo ello en ocasión de la celebración de un juicio de relevancia constitucional, o bien, a través de las opiniones de expertos en derecho constitucional mediante sus publicaciones en medios académicos, etc.

Es este aspecto procedimental sobre el que deseo llamar la atención aquí, en razón de que si constatamos que el elemento procedimental se acopla de manera problemática a su concepción, entonces automáticamente decaerá el valor instrumental al que Michelman vincula el primer elemento, con lo cual no habrá podido conciliar el control judicial con el ideal del autogobierno colectivo<sup>79</sup>. En este sentido, nuevamente desde una perspectiva institucional comparada, puede que Michelman se apresure al considerar que un órgano judicial es más adecuado a efectos de resultar expuesto a la “completa explosión de

---

<sup>77</sup> Michelman, *Brennan and Democracy*, cit., p. 59.

<sup>78</sup> Id. (énfasis en el original).

<sup>79</sup> El mismo autor reconoce que el vínculo es débil. Id., p. 62.

opiniones” que puedan presentarse en el seno de una sociedad pluralista. En efecto, las asambleas legislativas, integradas por una pluralidad de grupos políticos de las más diversas ideologías y extracciones, parecen resultar a todas luces más aptas como un foro en el cual ventilar “la explosión” de las distintas opiniones disponibles. En contrapartida, la estructura del proceso judicial, con su carácter binario, no siempre resulta apta para ventilar todas las voces y perspectivas que podrían resultar involucradas en una cuestión constitucional. Muy por el contrario, la estructura del proceso judicial puede a veces reducir la multiplicidad de perspectivas a la óptica muy reducida de demandante y demandado. Existen aún otras complicaciones de carácter técnico-legal que arrojarían dudas adicionales sobre la propuesta de Michelman. Por ejemplo, el *writ of certiorari*, en función del cual se seleccionan discrecionalmente los casos que habrán de llegar a la máxima instancia judicial, puede dejar relegado sin más justificación que la decisión discrecional de la Corte Suprema perspectivas novedosas que simplemente no resultaron seleccionadas para ser debatidas en la máxima instancia judicial, con lo cual la posibilidad del caso de despertar el interés público se hace depender de una decisión discrecional y no participativa. Debe recordarse además el enorme costo económico que supone en un sistema legal como el norteamericano el poder de litigar, hasta el punto de que sólo determinados ciudadanos pueden darse el lujo de embarcarse en una aventura judicial, ya sea por que cuentan con los recursos suficientes o porque reciben el apoyo de organizaciones no gubernamentales influyentes y con los recursos necesarios para emprender una acción legal.

Nada de lo hasta aquí implica que el proceso judicial carezca totalmente de la capacidad para dotar de “inputs” al sistema político en su conjunto, o bien, que las dificultades para lograr influenciar los procesos legislativos sean de escasa entidad. Pero el análisis nuevamente debe ser *comparativo*, y debe tomar en cuenta todos los rasgos que hacen a cada uno de los procesos. Por ejemplo, es cierto que los *amicus briefs* y otros recursos pueden llegar a permitir que se recojan algunas perspectivas enriquecedoras, pero los procedimientos legislativos también conocen de técnicas similares o distintas (cartas a los parlamentarios, comparecencias en comités legislativos, grupos de presión, etc.) en función de las cuales se puede recoger igualmente un aluvión de perspectivas ciudadanas. En fin, todos estos elementos constituyen apenas algunos argumentos que arrojan serias dudas sobre la superioridad de la inyección participativa de la que



Michelman pretende revestir al proceso judicial en detrimento de las asambleas legislativas. De todas manera, tampoco debe perderse de vista que, al decir de Tushnet, para una teoría como la de Michelman debería importar no sólo que la gente exponga sus puntos de vista, sino la Corte Suprema efectivamente preste atención, algo que según Tushnet, y debido a la “actitud autoritaria de la Corte Suprema hacia su propio rol”, es difícil esperar que ocurra en la práctica<sup>80</sup>.

Pero quizás lo que Tushnet considera como una “actitud autoritaria” pueda verse desde otra perspectiva, que nos muestra que un planteamiento del tipo que venimos considerando (quizás no el del propio Michelman), y que intente asumir una conexión fuerte entre la opinión pública y su influencia sobre los procesos de decisión judicial, puede no estar exento de graves problemas. Como tendremos ocasión de ver a lo largo de esta investigación, varios autores parecen asumir con normalidad esta relación. Sin embargo, desde un punto de vista normativo el pretender que las decisiones de los tribunales sean influenciadas por la opinión pública no deja de plantear algunas perplejidades, sobre todo si lo que se pretende es que los tribunales cumplan la función de defender a minorías impopulares o desvalidas. Por otro lado, desde el punto de vista de la autocomprensión del rol que deben desempeñar los jueces en un Estado de derecho, está claro que los mismos muchas veces no conciben su tarea como una labor de discernimiento de las preferencias de la opinión pública, sino que la conciben –a mi criterio adecuadamente– como una labor de interpretación y aplicación del derecho vigente, con independencia de las preferencias de la opinión pública. Por ejemplo, en *Planned Parenthood v. Casey*<sup>81</sup>, el magistrado Scalia se quejaba de la presión política ejercida sobre la Corte Suprema a través de marchas, correo, protestas dirigidas a inducir a los magistrados a cambiar sus opiniones, etc. “Que decepcionante es todo esto”, se lamentaba el miembro del máximo tribunal, “que tantos de nuestros ciudadanos...piensen que los magistrados debemos tomar en cuenta sus opiniones, como si estuviéramos inmersos no en determinar el derecho objetivo sino en determinar algún tipo de consenso

---

<sup>80</sup> M. Tushnet, “Scepticism about Judicial Review: A Perspective from the United States”, en T. Campbell, K. D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001, pp. 372-3, y nota 41, p. 372.

<sup>81</sup> 505 U.S. 833 (1992).

social”<sup>82</sup>. A su vez, y en el mismo caso, el Chief Justice Rehnquist manifestaba: “El poder judicial deriva su legitimidad, no del seguimiento a la opinión pública, sino al decidir por medio de su mejor entender si es que las decisiones legislativas de la ramas populares del gobierno son conformes a la Constitución”<sup>83</sup>. Si los jueces realmente conciben su rol de este modo, cualquier planteamiento que intente establecer una conexión fuerte entre opinión pública y decisión judicial tendrá serias dificultades para encajar con esta autocomprensión, y en consecuencia, para guiar la práctica de los jueces, por no hablar ya de los problemas que una concepción de este tipo podría presentar de cara a ideales como el de la independencia e imparcialidad judicial, así como del más genérico principio del “imperio de la ley” o “*rule of law*”<sup>84</sup>.

Ahora bien, a pesar de las críticas aquí vertidas, el argumento general de Michelman no es en modo alguno inservible en su totalidad. La teoría de Michelman quizás podría ser reconstruida una vez que constatamos que las asambleas legislativas son acaso los órganos más adecuados para resultar expuestos a la completa explosión de perspectivas y opiniones sobre una cuestión que afecte a los derechos fundamentales<sup>85</sup>. Como acertadamente ha señalado un recensionista de la obra de Michelman, el llevar pancartas frente al edificio de la Corte Suprema, gritar y corear cánticos, o escribir artículos constitucionales en revistas de derecho, pero sin ninguna posibilidad de tener una participación más o menos efectiva a la hora de adoptar finalmente la decisión,

---

<sup>82</sup> *Casey*, opinión en disidencia. Cfr. Hart y Sacks, cit., al señalar como uno de los elementos básicos del concepto de “adjudication”, p. 643: “Beyond doubt, it is an integral part of the concept of adjudication as exemplified in the conventional forms of the judicial process that decision is to be arrived at by reference to impersonal criteria of decision applicable in the same fashion in any similar case”.

<sup>83</sup> *Casey*, voto en parte concurrente, en parte disidente.

<sup>84</sup> Sobre la conexión entre opinión pública y control judicial se dirá algo más en el capítulo 3. Para un análisis empírico de la relación, véase B. Friedman, “The Politics of Judicial Review”, 84 *Texas Law Review* 287 (2006), pp. 320 y ss.

<sup>85</sup> Como ha señalado M. Tushnet, “Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism”, 22 *Law and Philosophy* 353 (2003), p. 360, comentando a Michelman: “Of course, legislators might be exposed to the full blast of sundry opinions”. Claro que Michelman no estaría de acuerdo con esta reformulación de su propuesta, ya que aún cuando el mismo reconozca esta posibilidad de exposición de la legislatura, para él la disposición institucional de los jueces es más favorable para hallar las respuestas correctas, tema éste que será abordado en el siguiente capítulo. En el trabajo citado, Tushnet, sin embargo, reinterpreta a Michelman no como lo hacemos aquí, depositando la exposición a la explosión de opiniones en la legislatura, sino a la luz de los sistemas débiles de control judicial, tema que será objeto de tratamiento en el capítulo 6.

aunque tan sólo sea por medio de representantes, difícilmente pueda considerarse como una conciliación entre el autogobierno y el control judicial<sup>86</sup>. Pero una vez que vemos las cosas desde la perspectiva de la asamblea representativa, a la luz del vínculo que he intentado establecer más arriba entre este órgano y la participación, quizás así sí pueda justificarse el ideal del autogobierno de cara al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, y en este sentido, la concepción objeto de discusión podría resultar de provecho. Así, tendríamos una teoría sobre la legitimidad de las legislaturas como foros adecuados para la adopción final de decisiones en función a su capacidad de resultar expuestas a la más completa explosión de opiniones y perspectivas posible<sup>87</sup>. En otras palabras, si interpretamos el planteamiento de Michelman en su mejor luz, situando al órgano representativo en el sitio que le corresponde, entonces la teoría en cuestión fluiría con mayor naturalidad, liberándose así de las ataduras que tal como las presenta el autor, lo obligan a comprometerse con proposiciones contraintuitivas.

Esto nos lleva hacia una última consideración. Esfuerzos teóricos como el de Michelman dejan en evidencia un problema que aqueja a la teoría constitucional norteamericana y acerca del cual se hacía mención en el capítulo introductorio. En no pocas ocasiones quienes cultivan esta rama del saber constitucional lo hacen con la intención de *justificar* una práctica existente. (Para Michelman, una teoría que en lugar de justificar condujera al rechazo de la práctica del control judicial resultaría “radical”<sup>88</sup>). Este enfoque justificatorio los lleva a proponer interpretaciones que a veces llegan a resultar contraintuitivas, como es el caso de la extraña conclusión según la cual los “vestigios de autogobierno” se encuentran en los tribunales. Resulta llamativo que en su “Foreword” de 1986 Michelman llegue a sugerir su tesis de los vestigios de autogobierno previa constatación de que, en el período al cual alude dicho “Foreword”, la Corte

---

<sup>86</sup> K. Roach, “American Constitutional Theory for Canadians (And the Rest of the World)”, *52 University of Toronto Law Journal* 503 (2002), pp., 506-7 (realizando una recensión de *Brennan and Democracy*). A su vez, Tushnet, “Forms of Judicial Review...”, cit., p. 362, lo pone en los siguientes términos: “...it is not enough that courts be exposed to the full blast of sundry opinions; the exposure to those opinions actually has to matter somehow. Otherwise people who ‘participate’ in judicial review are shouting into the wind, so to speak”.

<sup>87</sup> Pero véase, sin embargo, W. Sinnott-Armstrong, “Weak and Strong Judicial Review”, *22 Law and Philosophy* 381 (2003), p. 382, negando validez al planteamiento de Michelman sobre la exposición a la completa explosión de opiniones, por considerarla ilusoria.

<sup>88</sup> Michelman, *Brennan and Democracy*, cit., p. 4.

Suprema había emitido un fallo en función del cual, negándosele su derecho a la libertad religiosa, se privaba a un ciudadano judío enrolado en la Fuerza Aérea de su derecho a portar un kipá estando en servicio<sup>89</sup>. A su vez, apenas unos años más tarde, en “Law’s Republic”, Michelman sigue insistiendo en su postura a favor del control judicial aún cuando el caso que le sirve de partida es nada menos que *Bowers v. Hardwick*<sup>90</sup>, caso en el cual la Corte Suprema sentenció la validez de una ley del estado de Georgia que criminalizaba la sodomía<sup>91</sup>. Aún a pesar de estos datos objetivos que nos proporciona la experiencia, la academia jurídica liberal (en este caso matizada por el republicanismo de Michelman) parece insistir en su tendencia a elaborar propuestas teóricas a partir de una *idealización* de lo que debería ser el control judicial, en oposición a lo que el control judicial efectivamente *es* en la práctica<sup>92</sup>. En este último sentido, los estudios empíricos demuestran que la teoría de Michelman se quedaría corta cuando se la confronta con el modo en que realmente emiten sus decisiones los jueces. Por ejemplo, comentando la concepción de Michelman de la Corte Suprema como el *locus* del diálogo social, Barry Friedman afirma que, a la luz de la experiencia, este tipo de teorías constituyen más bien una expresión de deseos que otra cosa:

“Los académicos que estudian cómo la Corte opera efectivamente tienen en claro que el ideal deliberativo guarda escasa relación con la realidad de la práctica de la Corte. Muy poca charla toma lugar realmente, y menos aún del tipo que podría considerarse deliberativa, o aún una conversación. Los jueces expresan sus puntos de vista en una conferencia, se designa al autor de la opinión, los jueces deciden si es que concurrirán o escribirán sus votos por separado, y se dispone la preparación del producto final del trabajo. Hay comunicación entre los jueces, para ser claros. Los jueces responden a las opiniones en borrador, normalmente remitiendo sugerencias relativas a modificaciones en el lenguaje y ofreciéndose a adherirse a la opinión si dichos cambios son introducidos. Pero los estudios empíricos demuestran que los jueces con frecuencia simplemente se

---

<sup>89</sup> Se trata del caso *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986). Véase Michelman, “Traces of Self-Government”, cit., apartado I.

<sup>90</sup> 478 U.S. 186 (1986).

<sup>91</sup> El caso fue “overruled” sólo después de varios años, en *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>92</sup> Michelman, “Traces of Self-Government”, cit., p. 74: “Unable as a nation to practice our own self-government (in the full, positive sense), we...can at least identify with the judiciary’s as we *idealistically* construct it” (énfasis añadido).

adhieren a las opiniones redactadas, que lo hacen más prontamente del lado de sus aliados ideológicos, y que aunque a veces hay alguna modificación entre el voto dado en la conferencia inicial y el resultado del caso, ello no ocurre con frecuencia”<sup>93</sup>.

De todos modos, e independientemente a que la práctica se quede corta a la hora de acercarse al ideal, la tarea de idealización me parece plenamente legítima y hasta necesaria desde el punto de vista de una adecuada teoría político-constitucional que pueda servir de guía para la acción, pero sólo a condición de que se guarde cierta simetría, de cara al legislativo, al procederse de este modo. Es decir, quien pretenda pintar un cuadro idealizado del poder judicial (v. gr., que éste es deliberativo, dialógico, etc.), no puede pretender contrastarlo, al menos sin incurrir en una cierta arbitrariedad metodológica, con un cuadro “realista” de las legislaturas en función del cual éstas son revestidas de cualidades nada favorables (v. gr., que son tiránicas, depredadoras, que desprecian los derechos, etc.) Comparto con Brennan y Michelman el juicio según el cual no se puede tener una fe *ciega* en la democracia, pero añado que tampoco debe tenerse una fe igualmente *ciega* en el control judicial<sup>94</sup>. En otras palabras, y como bien señala Michelman, desde el punto de vista académico, ningún “fetichismo” es aconsejable, ni el fetichismo legislativo ni tampoco el judicial<sup>95</sup>. Sobre este tema de la simetría habré de volver en el capítulo siguiente. Por ahora sólo diré que quizás el enfoque de Michelman nos diga bastante sobre la obsesión de una cultura jurídica que se niega a abrir los ojos ante la realidad del control judicial y que sigue aferrándose al sueño de contar, algún día, con una Corte Suprema que actúe del mismo modo en que a nosotros nos gustaría que actuara. Mientras tanto, la actual configuración del Tribunal Supremo norteamericano sigue dotando a la práctica de unos perfiles que la alejan cada vez más de las bellas sugerencias liberales sobre política constitucional que pululan en las revistas especializadas, tal como lo demuestran los ya citados casos traídos a colación,

---

<sup>93</sup> Friedman, cit., pp. 285-6. Véase además R. A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard, Cambridge, 2001, p. 20, señalando lo siguiente: “the amount and intensity of discussion [entre jueces deliberantes] generally are inverse to the depth of conviction that each judge brings to the particular question at issue”.

<sup>94</sup> Michelman, “Traces of Self-Government”, cit., p. 61, cita aquí con aprobación un pasaje escrito por Brennan, en el que manifestaba que la fe en la democracia es una cosa, la fe ciega es otra.

<sup>95</sup> Id., p. 74-5, emplea la expresión “fetichismo”, p. 74, pero al mismo tiempo intenta desmarcarse de la acusación.

paradójicamente, por quien mantiene que los últimos vestigios o rastros de autogobierno deben buscarse en la Corte Suprema. No debe perderse de vista el dato de que el propio Brennan a quien Michelman admira como paradigma del magistrado liberal pasó una buena parte de su carrera judicial escribiendo votos en disidencia y que en general, al decir del juez Richard Posner, hay muy pocos jueces con una inclinación visionaria o dispuestos a embarcarse en una cruzada<sup>96</sup>. A final de cuentas, y contrariamente a la opinión de Michelman, lo cierto es que el proceso judicial no contempla de manera adecuada los resortes que permitan a los ciudadanos ordinarios participar de manera más o menos significativa en el proceso de configuración de los derechos fundamentales.

*c) Los tribunales y la representación de intereses*

Según la teoría de la “representación de intereses”, el procedimiento del control de constitucionalidad en sede jurisdiccional también está capacitado para acomodar la dimensión participativa o procedimental, en razón de que los órganos jurisdiccionales resultan aptos para representar los intereses de los ciudadanos, aunque de una manera distinta a como lo hacen las legislaturas<sup>97</sup>. Así como las legislaturas son “representativas”, los órganos jurisdiccionales también podrían llegar a serlo a su manera. Las razones para defender una tesis de este tipo pueden hallarse conectadas a una tesis adicional sobre el funcionamiento de las legislaturas, a saber, la de que son imperfectas y que entonces quizás no sean capaces de recoger adecuadamente la representación de todos los intereses sociales. La justicia constitucional podría entonces cumplir la función de representar virtualmente los intereses que no han sido tomados en cuenta por el

---

<sup>96</sup> R. A. Posner, “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, 3 *Supreme Court Economic Review* 1 (2003), p. 3.

<sup>97</sup> Debe recordarse que el término “representación” es multívoco, por lo que al emplearlo conviene tener presente el significado con el que se lo utiliza. En su trabajo clásico, Pitkin, *The Concept of Representation*, cit., distingue cinco sentidos distintos con los cuales puede ser empleado el término: a) representación como símbolo; b) representación como reproducción; c) representación como cuidado de intereses; d) representación como autorización para decidir; y e) representación como disposición a responder. Sobre el punto, véase además Laporta, “Sobre la teoría de la democracia y el concepto de la representación política...”, cit.; y Bobbio, “Democracia representativa y democracia directa”, cit.

proceso legislativo. Una versión específica de esta última tesis ocupará en buena medida nuestra atención en los capítulos siguientes, en los que intentaré demostrar que no existen buenos argumentos para descartar *a priori* la posibilidad de que las asambleas legislativas de las sociedades bien ordenadas, aunque adolezcan de imperfecciones, puedan tomar en consideración intereses ajenos o relativos al bien colectivo. Por ahora me limitaré a comentar un reciente trabajo de Robert Alexy en el que se defiende con elocuencia la postura de la “representación de intereses” –aunque él presenta una versión más sutil a la que denomina “representación argumentativa”–, a fin de determinar si la misma resulta plausible o atractiva<sup>98</sup>. Aunque la consideración global de la propuesta de Alexy debería hacerse sobre la base de una evaluación más completa del “constitucionalismo discursivo” al que el autor se adhiere, entiendo que las consideraciones siguientes son suficientes para evidenciar algunas dificultades importantes de cara al problema que aquí nos ocupa, a saber, la de si puede emplearse una noción distinta de representación con la cual competir de manera exitosa con la representación atribuida más arriba a los órganos legislativos, y que a su vez, se conecta con la exigencia de participación.

Alexy parte del reconocimiento de que existe una potencial tensión entre el control constitucional y la democracia, y en consecuencia, intenta reconciliar ambas instituciones, argumentando que, así como el parlamento puede ser concebido como una institución representativa, el control constitucional también podría llegar a serlo, aunque en un modo distinto. Alexy acepta el hecho de que un tribunal constitucional no podría competir con un órgano legislativo en función a la representatividad que proporcionan las elecciones, y por eso intenta apoyarse más bien un concepto distinto de “representación” que pueda resultar adecuado a la justicia constitucional. Y es este concepto de “representación” el que va permitir la supuesta conciliación entre la justicia constitucional y la democracia.

A juicio del autor, la representación parlamentaria se determina primordialmente a través de la elección de representantes y del voto, aunque a esto puede añadirse una

---

<sup>98</sup> R. Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, 3 *I. Con.* 572 (2005). En el contexto estadounidense, un argumento similar en L. G. Sager, “Constitutional Justice”, 6 *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 11 (2003), p. 17, quien sugiere que existen dos formas de participación: la que se da mediante la elección de representantes para la legislatura, por un lado; y la que se da cuando quienes desempeñan una función deliberativa, toman en cuenta los derechos e intereses de la gente, por el otro. Esta última manera podría caracterizar, según el autor, a la justicia constitucional.

exigencia normativa de deliberación que incluya la necesidad de tomar en cuenta, además de los votos y las elecciones, argumentos. En el caso del control de constitucionalidad, sin embargo, la representación que se da es, siempre según Alexy, puramente argumentativa, y no se determina por las elecciones ni por el voto, sino sólo mediante el discurso y la argumentación. Y aquí es donde entra en escena el concepto de “representación argumentativa”. Al parecer, el concepto encierra la idea de que el tribunal constitucional debería actuar *como si* representara a las personas, argumentando de modo tal a que los ciudadanos lleguen a aceptar los argumentos del tribunal. En consecuencia, aunque no participen del procedimiento ni estén representados en el sentido tradicional que otorgan las elecciones y el voto, el resultado viene a ser el mismo. Ahora bien, el “test” para determinar si esta exigencia de representación argumentativa se cumple o no en la práctica es que “un número suficiente de personas deben, al menos en el largo plazo, aceptar estos argumentos sobre la base de su corrección”<sup>99</sup>. Y para que esto último pueda ocurrir, es menester que concurren dos circunstancias: a) la existencia de argumentos sólidos [*“sound”*] o correctos; y b) la existencia de personas racionales dispuestas a aceptar esta corrección<sup>100</sup>.

Existen, sin embargo, algunos problemas con la teoría de la representación argumentativa, sobre todo en la medida en que la misma pueda ser empleada para intentar demostrar que el control constitucional también tiene una dimensión significativa en lo que hace al respeto de los requerimientos de integridad procedimental, y que sobre esta base podría llegar a competir con un parlamento. En primer lugar, Alexy no nos dice por qué razón la tarea de la argumentación representativa que encomienda al tribunal constitucional no pueda ser conferida de modo exclusivo o por lo menos definitivo al parlamento. Una vez que hemos hecho esto, ¿qué motivos pueden haber para instituir un tribunal constitucional? Alexy simplemente asume que la razón y la corrección están mejor institucionalizadas con el control constitucional que sin él<sup>101</sup>. Pero esto es precisamente lo que intentaré disputar en el siguiente capítulo, donde veremos que no puede asumirse sin más que existe una conexión epistémica entre un tribunal

---

<sup>99</sup> Alexy, cit., p. 580.

<sup>100</sup> Id.

<sup>101</sup> Id., p. 581.



constitucional con la verdad o corrección, vínculo del que carecería el parlamento. De modo que la teoría bajo discusión asume lo que debería demostrarse, algo que como se verá en su lugar, no está del todo claro<sup>102</sup>.

La segunda objeción tiene que ver con el concepto de representación que Alexy emplea. Más arriba pudimos ver que es posible establecer un vínculo entre las asambleas legislativas y la participación ciudadana en condiciones de igualdad. Dicho nexo se establecía principalmente mediante la elección de representantes y la capacidad de removerlos mediante elecciones periódicas. Pero este nexo se esfuma cuando planteamos la representación como un ejercicio de representación “virtual”, ya que así desaparece toda posibilidad de participar de un modo más o menos significativo en la toma de decisiones<sup>103</sup>. Como vimos, el argumento de Alexy descansa sobre la idea de que la participación es indiferente, pues si la argumentación se lleva a cabo de manera adecuada, llegará el momento en el que la opinión de la ciudadanía coincidirá con la decisión del tribunal, con lo cual no habrá discordancias entre la decisión del tribunal y la opinión ciudadana. Pero aún cuando el resultado venga a coincidir finalmente con las opiniones de los ciudadanos, recordemos que existe un valor en sí mismo en la participación, que está relacionado con consideraciones de respeto y de igualdad, sentido de pertenencia a la comunidad y de autodeterminación. Estos valores no son respetados de un modo adecuado cuando es un tribunal constitucional carente de representación en el sentido tradicional quien que habrá de adoptar las decisiones en juego. Esto se intentó evidenciar

---

<sup>102</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 3, *passim*.

<sup>103</sup> Quizás lo que Alexy pretende dar entender es que, los jueces, mediante una suficiente imaginación y simpatía hacia los puntos de vista de las personas afectadas, también pueden alcanzar la imparcialidad y la corrección, pero esto es más bien un argumento epistémico que debería competir con el argumento epistémico en sede legislativa, según se verá en el siguiente capítulo, apartado 3, epígrafe c). Con relación al tema de la “representación virtual” que aquí traigo a colación para caracterizar la propuesta de Alexy, cfr. Laporta, “Sobre la teoría de la democracia y el concepto de la representación política...”, cit., p. 133, al comentar la representación demográfica, afirma que “cuando la voluntad de los representados tiende a pasar a un segundo plano nos estamos deslizando hacia algún tipo de lo que se ha llamado ‘representación virtual’: Una suerte de fenómeno misterioso, místico, hace al representante incorporar deseos, intereses y preferencias de los representados aun en ausencia de pronunciamiento por parte de éstos”. Un análisis crítico de la representación virtual también en Pitkin, cit., pp. 174-80; y Michelman, “Traces of Self-Government”, cit., pp. 50 y ss. Debe recordarse que el tema de la “representación virtual” constituyó uno de los argumentos empleados en el contexto de la independencia de los EE.UU. contra Inglaterra. Cuando desde el primero se alegaba el principio del “no taxation without representation”, desde el último se respondía apelando a la “representación virtual”.

más arriba cuando planteé el ejemplo hipotético de investir a un sabio con la facultad exclusiva de adoptar las decisiones colectivas para las que siempre hallará las soluciones “correctas” de conformidad a su sabiduría. Todo esto deja en evidencia que, desde el punto de vista del ideal participativo, importa no sólo la *deliberación*, por más argumentativa que ésta sea, sino *quién* toma finalmente la decisión: ésta es la esencia de la legitimidad procedimental y de la idea de participación a la que se otorga valor con prescindencia de los resultados<sup>104</sup>. Alexy pretende vincular su concepción con una teoría de la democracia deliberativa. Pero como bien señalan algunos teóricos de la democracia deliberativa, esta concepción entraña el riesgo de que se produzca una tensión entre el componente “democrático” y el componente “deliberativo”<sup>105</sup>, ya que éste último, con su exigencia de un ideal de “deliberación razonada”, puede conducir a propiciar mecanismos institucionales con una alta capacidad deliberativa pero no necesariamente democráticos. Este riesgo parece convertirse en una realidad en la concepción de Alexy. Para hacerse una idea de esto, cabe preguntarse qué pasaría si la coincidencia entre la opinión del tribunal constitucional y de la ciudadanía a la larga no termina produciéndose. Quizás Alexy pueda responder afirmando que en este caso los ciudadanos no actuarían de modo razonable. La contrarréplica que los ciudadanos “irrazonables” podrían hacer entonces es que es el órgano jurisdiccional, y no ellos, quien en verdad ha actuado de modo irracional.

Llegado a este punto, las acusaciones mutuas de irrazonabilidad se conectarían con un problema adicional, vinculado al “test” que Alexy emplea para determinar si en la práctica los tribunales constitucionales realmente satisfacen las exigencias de la representación argumentativa. Como se ha visto, Alexy supone que esto puede lograrse si es que existen realmente argumentos correctos que puedan eventualmente ser reconocidos y en consecuencia aprobados por los ciudadanos racionales. Esta idea podría sugerir que

---

<sup>104</sup> Cfr. R. Gargarella, “Full Representation, Deliberation, and Impartiality”, en J. Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, University Press, Cambridge/New York, 1998, afirmando que la deliberación por sí sola no puede traer imparcialidad, sino que debe ir acompañada de representación plena, destacando además la importancia de la pregunta acerca de quién delibera y su relación con la imparcialidad: “I believe deliberation is absolutely important, but at the same time it is far from clear that it is enough to guarantee impartiality: we need to know who deliberates, and we should be worried if most people are kept at the margins of political deliberation” (p. 274).

<sup>105</sup> Véase C. Lafont, “Is the Ideal of a Deliberative Democracy Coherent?”, y J. L. Martí, “The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended: Reasons, Rightness and Equal Political Autonomy”, ambos en S. Besson y J. L. Martí, *Deliberative Democracy and Its Discontents, National and Post-national Challenges*, Ashgate, Burlington/Hampshire, 2006.

existen ciertas opciones que son más correctas que las demás y que son las que deben ser reconocidas por los ciudadanos razonables<sup>106</sup>. Pero esta manera de concebir el problema de los desacuerdos no nos ayuda a resolver el problema de legitimidad que se plantea en la sociedad del pluralismo razonable. Como hemos visto, en condiciones de pluralismo *razonable* lo que cabe esperar son distintas concepciones *razonables* acerca de cómo efectuar el bien común y de llevar a la práctica los derechos. Pero estas concepciones pueden entrar en conflicto, es decir, es muy probable que lo que provocó el recurso ante el tribunal constitucional haya sido desde un inicio la existencia de posturas antagónicas enraizadas en concepciones morales y políticas más profundas y que pugnan por prevalecer en el espacio público. El problema es que, independientemente a nuestras propias convicciones, y por más que uno considere que ciertos entendimientos resultan más correctos que otras, todas las posturas en conflicto pueden llegar a ser razonables, en el sentido de que no se puede demostrar de manera inequívoca que algunas sean más “correctas” que otras. Al menos eso es lo que cabe esperar en condiciones de pluralismo *razonable*. (De las posturas “irrazonables” me ocuparé en el capítulo 5<sup>107</sup>). En consecuencia, lo que está en juego no es la corrección o solidez de un determinado argumento sobre los derechos, como da a entender Alexy, sino la manera de resolver una disputa entre distintas concepciones de los derechos que se presentan en el seno de una sociedad pluralista.

Desde esta perspectiva, el temor de Alexy finalmente se cumple: el tribunal constitucional será libre de decir que cualquier argumento es un argumento que representa al pueblo, cuando lo cierto es que en el pueblo habrán concepciones opuestas y una de ellas habrá de ceder, por decisión del tribunal, no por medio de un procedimiento auténticamente participativo. En consecuencia, a la postre habrán ciudadanos razonables que sepan distinguir entre argumentos buenos y malos pero que, aún después de la decisión, podrán no estar de acuerdo con la decisión del tribunal y, por ende, no se sentirán representados por ella. Afirmar, por ejemplo, que “la respuesta correcta” ha

---

<sup>106</sup> En efecto, en otros trabajos Alexy deja en claro que no es posible hablar de una única respuesta correcta. Véase, por ejemplo, R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; y R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., capítulo 10, apartado III.

<sup>107</sup> Véase el capítulo 4, apartado 5.

prevalecido resultaría simplemente inadmisibile para quien esté en contra de la decisión a favor del aborto en *Roe v. Wade*<sup>108</sup>, o para quien considere que el gobierno no debe entrometerse en la vida privada de los ciudadanos, como en *Bowers v. Hardwick*<sup>109</sup>. En este tipo de casos, se notará con toda claridad la importancia del derecho a participar que les es negado a los ciudadanos por un procedimiento que no recoge de manera adecuada los valores asociados a la participación.

A todo esto podría replicarse que el parlamento tampoco satisface una representación óptima, y por tanto, también tiene algo de “virtual”. Sin embargo, el parlamento cuando menos posee la virtud de ser conformado en base a elecciones libres basadas en el sufragio universal, lo cual otorga a la ciudadanía la posibilidad de castigar a sus representantes en las próximas elecciones cuando no están de acuerdo con las decisiones adoptadas. Esto es algo que el propio Alexy reconoce que está ausente en el caso del órgano de la justicia constitucional pero presente en el caso parlamentario. De modo que en términos comparativos, el parlamento sigue ganando en lo que hace a la legitimidad procedimental. Además, si insistimos con la tesis de la representación argumentativa, Alexy debería explicar por qué no podría decirse lo mismo de los parlamentos: que también deliberan *como si* representaran a todos los grupos sociales, y entonces no habría razón para instituir un sistema fuerte de control constitucional. Quizás en este punto Alexy mantenga una concepción “realista” sobre el funcionamiento de las legislaturas y que sobre esa base las considera inadecuadas para tomar debidamente en cuenta los intereses de grupos que quizás no encuentren representación en el parlamento. Este tema será abordado exhaustivamente en los siguientes capítulos. Por ahora sólo recordaré que estamos trabajando bajo la presuposición de una sociedad en la que se mantiene compromiso generalizado hacia la idea de los derechos, y que en consecuencia, no cabe asumir sin más que sus instituciones representativas no sean capaces de tomar en cuenta los derechos e intereses de toda la ciudadanía, incluso la de aquellos grupos que quizás no estén efectivamente representados en el parlamento. Además, el argumento “realista” debe ser simétrico, en el sentido de que si asumimos que los parlamentarios no

---

<sup>108</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>109</sup> 478 U.S. 186 (1986).

son de fiar, debe cuando menos ofrecerse buenas razones para suponer que los jueces sí lo son y que habrán de embarcarse en la empresa argumentativa de buena fe.

El concepto de representación “argumentativa” parece adolecer entonces de algunos defectos importantes desde el punto de vista las aspiraciones participativas y de las circunstancias del desacuerdo, y el adscribir este tipo de representación a un tribunal constitucional no hace sino agravar las cosas, dotando a la teoría objeto de discusión de un cierto sesgo elitista y aristocrático. Esto autorizaría a concluir que la representación argumentativa asignada a un órgano jurisdiccional no parece gozar de las mismas credenciales participativas que la que podría poseer una legislatura, y si esto es en efecto así, el parlamento como institución estaría mejor equipada en términos de las exigencias de la legitimidad procedimental. De todos modos, todavía deberemos confrontar, en los siguientes capítulos, la concepción “realista” que considera que los parlamentos no son instancias adecuadas para tomar en cuenta la protección de los intereses de grupos minoritarios que no se encuentren representados en el proceso político.

*d) El control judicial como mecanismo para la introducción de inputs adicionales al sistema político*

Un último argumento que aquí será considerado es en cierta medida análogo al de Michelman, aunque menos pretencioso, ya que no intenta presentar al órgano judicial como una institución revestida de una especie de *ethos* representativo o como el epítome del autogobierno comunal. El argumento se limita a adscribir al control judicial un rasgo participativo importante en razón de que dicha institución permitiría que el sistema político en su conjunto sea dotado de una vía de acceso adicional a los canales ordinarios de participación política. Esta vía de acceso posibilitaría que los ciudadanos puedan hacer valer los reclamos que no fueron considerados o que fueron desoídos en los procedimientos normales de adopción de decisiones. No resulta difícil ver el atractivo de esta modalidad de participación. En las democracias contemporáneas en las que prevalecen las formas masificadas de hacer política el control judicial puede permitir una vía de acceso individual o grupal (en el caso de los grupos minoritarios), para quienes consideren que sus intereses han sido dejados de lado injustamente en los procesos

ordinarios de decisión colectiva. El argumento puede llegar a ser sobre todo muy atractivo cuando se considera que la representación que se verifica en la asamblea legislativa, por distintos motivos, no se extiende a todos los grupos sociales, como podrían ser las minorías aisladas. En este caso, y de conformidad al paradigma de *United States v. Carolene Products Co.*<sup>110</sup> al que se hacía alusión en la introducción, el control judicial puede servir como una manera de perfeccionar un sistema de democracia representativa deficiente<sup>111</sup>. Desde esta perspectiva, el cercenar esta vía de acceso que vendría a ser el control judicial para dotar de inputs sensibles a los reclamos individuales arrojaría como resultado un sistema político que, considerado globalmente, resultaría menos participativo, con lo cual la legitimidad procedimental del sistema se resentiría<sup>112</sup>.

A pesar de su atractivo intuitivo, esta concepción no se halla, empero, exenta de problemas. Dos son las dificultades principales. En primer lugar, si bien podría concederse que el control judicial sería susceptible de introducir inputs participativos al sistema, el que dichos inputs sean acogidos o no en un determinado sentido dependerá no del hecho de la participación en sí misma llevada a cabo en términos de igualdad con otros ciudadanos (o entre sus representantes), sino de la actitud que asuma el tribunal ante la pretensión del litigante. Lo cual hace que el vínculo entre la participación y la decisión a ser adoptada dependa en buena medida de la decisión del tribunal, que como hemos visto, es en sí mismo un órgano escasamente participativo. A esto podrían añadirse aún otras consideraciones relativas a la estructura y al funcionamiento del proceso judicial. Por ejemplo, como nos recuerda un jurista norteamericano, debe contemplarse el hecho de que tal como funciona el proceso judicial, el mismo inevitablemente hace depender los resultados del mismo, al menos en una medida considerable, de factores absolutamente contingentes como el talento y las aptitudes de los abogados a los que les ha tocado actuar de letrados en una determinada disputa, así como su reputación en la comunidad jurídica y la preparación específica con la que ha asumido un determinado caso, etc.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> 304 U.S. 144 (1938).

<sup>111</sup> Véase el capítulo introductorio, apartados 1 y 2, así como el capítulo 5, *passim*.

<sup>112</sup> Véase, por ejemplo, A. Kavanagh, "Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron", 22 *Law and Philosophy* 451 (2003); y M. A. Graber, "The Law Professor as Populist", 34 *University of Richmond Law Review* 373 (2001), p. 404.

<sup>113</sup> P. Yowell, *Judicial Review of Legislation and Selected Issues of Institutional Competence*, tesis sometida para la obtención del grado de MPhil. en la Universidad de Oxford, 2004,

La segunda dificultad se presentaría cuando, en circunstancias de normalidad en la que el proceso político ha funcionado de manera relativamente aceptable, quien haya salido perjudicado por una decisión pretenda emplear esta vía de acceso como un medio de obtener una ventaja que no ha podido adquirir por medio del proceso político ordinario, que es el que se utiliza como procedimiento normal para la adopción de decisiones<sup>114</sup>. Si consideramos que dicho procedimiento se halla estructurado sobre la base de consideraciones igualitarias y respetuosas del principio de legitimidad procedimental, entonces quien pretenda hacer valer sus reclamos por esta vía puede, en determinadas circunstancias, pasar por alto dichas consideraciones para hacer valer sus propios intereses, en contra de la decisión adoptada por medio de un procedimiento que en general se considera adecuado. En ciertas circunstancias, esta manera de obrar puede ir acompañada de una actitud de desconsideración hacia las opiniones de los ciudadanos vertidas en el procedimiento de decisión ordinario que aspira a respetar los puntos de vista de todos sobre una base igualitaria. En efecto, en ocasiones la gente tiende a echar mano del control judicial cuando desea otorgar a sus opiniones un mayor peso del que le ha sido asignado por medio de un procedimiento que intenta dar a todas las opiniones un peso igual<sup>115</sup>. Si asumimos que nos hallamos en presencia de una sociedad bien ordenada, entre cuyos rasgos figura una legislatura que funciona de manera relativamente aceptable y que, según lo que he intentado argumentar en este capítulo, responde mejor que ningún otro método de decisión a ciertos criterios adecuados de legitimidad

---

p. 61. Un punto adicional nos lo hace notar R. Ekins, “Judicial Supremacy and the Rule of Law” (manuscrito en poder del autor), pp. 23-4, al sostener que un sistema de supremacía judicial es excluyente “in part because final political decisions are made at the culmination of litigation. The use of litigation as the engine for legal change increases the power of strategically placed minorities such as the legal profession, legal academics, and groups with financial and legal resources, at the expense of everyone else... the confines of litigation and the composition of the judiciary comprehensively exclude non-lawyers from the process whereby rights decisions are made”.

<sup>114</sup> R. Alexy, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, cit., pp. 36-37, ha expresado esto con elocuencia, aunque no en un contexto crítico, sino, paradójicamente, justificatorio: “Quien consiga convertir en vinculante *su* interpretación de los derechos fundamentales –esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal–, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución *su propia concepción* sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política, de modo que habrá convertido en insuficiente una mayoría parlamentaria simple y tan sólo el propio Tribunal Constitucional Federal o bien la mayoría de dos tercios exigida para la reforma constitucional por el artículo 29.2 LF podrán alterar aun tal estado de cosas” [énfasis añadido].

<sup>115</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., p., 1395.

procedimental, entonces el control judicial como mecanismo con el cual se pretende dejar de lado una decisión colectiva adoptada en sede legislativa puede resultar objetable cuando dicho control se emplee para truncar las decisiones que han sido adoptadas por el proceso que reviste una mayor legitimidad procedimental, pues en este caso, el derecho a participar en condiciones de igualdad de quienes apoyaron la medida legislativa acabaría siendo desplazado por una decisión judicial<sup>116</sup>. Recordemos que, como se dijo más arriba, el ideal participativo, aplicado al plano comunitario, aparece acompañado de un componente adicional, cual es el de la participación *en condiciones de igualdad*. Esta conclusión quizás nos mueva a considerar otras opciones disponibles, acaso menos objetables, para dotar de inputs al proceso político, que es en definitiva el que mejor puede garantizar la participación en condiciones de igualdad. Por ejemplo, se podría proveer espacios en los medios masivos de comunicación, como en los diarios o en la televisión, a grupos que carezcan de los recursos para acceder a éstos, o incluso explorar vías para la representación de grupos minoritarios en los parlamentos, por ejemplo, a través de la asignación de escaños a las minorías<sup>117</sup>.

Haciendo estas dificultades y posibilidades alternativas a un lado, puede que existan casos patológicos en los que las legislaturas no funcionen de manera aceptable, por ejemplo, en razón de que sus miembros muestran un desprecio generalizado hacia los derechos o intereses de ciertos grupos minoritarios. Las situaciones patológicas serán abordadas con mayor detalle en el capítulo 4<sup>118</sup>. Por ahora sólo diré que las

---

<sup>116</sup> Otra crítica, sugerida por R. Bellamy y D. Castiglione, “Constitutionalism and Democracy: Political Theory and the American Constitution”, *27 British Journal of Political Science* (1997), niega que el control judicial sea una forma de participar en política, puesto que los tribunales se hallan fuera o por encima de la política. En consecuencia, el control judicial así entendido sería una alternativa a la participación más que una instancia de participación. Para una respuesta, véase Kavanagh, cit., pp. 484 y ss.

<sup>117</sup> Insisten en ello Kavanagh, cit., p. 481; W. Kymlicka, *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996; T. Campbell, “Judicial Activism: Justice or Treason”, en la compilación del mismo autor, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Cavendish, London/Portland, 2004, pp. 127-9; así como Gargarella, “Full Representation, Deliberation, and Impartiality”, cit., p. 273, quien sugiere concebir la política como una actividad no limitada al ámbito parlamentario, con lo cual la representación de los distintos grupos excluidos podría canalizarse por medios extraparlamentarios. Para una discusión útil sobre distintos problemas de diseño institucional de cara a la protección de las minorías, véase R. H. Pildes, “Democracia y representación de intereses minoritarios”, *3 Fundamentos* (2004), en <http://web.uniovi.es/constitucional/fundamentos/tercero/index.html>.

<sup>118</sup> Véase, sobre todo, el capítulo 4, apartado 5.



presuposiciones asumidas en el capítulo anterior sobre las sociedades bien ordenadas no contemplan este tipo de situaciones, sino que más bien toman en consideración las asambleas legislativas de sociedades bien ordenadas, en las que no cabe esperar un fenómeno de desconsideración sistemática hacia ciertos ciudadanos como el recién descrito (ya que en dicho caso ya no serían sociedades bien ordenadas), aún cuando se admita que ningún procedimiento de decisión puede funcionar a la perfección en la realidad. La pregunta entonces debería ser si es que el control judicial, concebido como una manera adicional de dotar de inputs participativos al sistema político, podría hallar cabida en el contexto de una sociedad bien ordenada en la que sus instituciones funcionan de manera relativamente aceptable y cuyo procedimiento para la adopción final de decisiones intenta responder en la medida de lo posible a principios de igualdad política y de participación.

Una posible respuesta es de carácter instrumental, y alega que dichos inputs podrían dotar de un mayor valor instrumental al sistema político en su conjunto al aportar una mayor diversidad de perspectivas. Esta respuesta será analizada en el capítulo siguiente en el que se aborda el aspecto instrumental de los procedimientos para la adopción de decisiones. En lo que hace al aspecto participativo, que es el que ahora ocupa nuestra atención, la respuesta que podría darse es la siguiente. Hemos visto que el control judicial entendido como una manera de participar tiene sus ventajas e inconvenientes. Teniendo presente el atractivo intuitivo de esta manera de ejercer el derecho a participar, así como las eventuales desventajas que lo pueden acompañar, y teniendo en cuenta que se tiene a disposición un procedimiento de decisión por medio de asambleas legislativas que en general responde a valores procedimentales aceptables, quizás podría hallarse un acomodo para esta forma de participación vía control judicial. La cuestión más difícil sería la de determinar si en este caso el control judicial debería revestir un carácter *definitivo* o si el procedimiento de decisión por medio de asambleas legislativas debería retener en todo caso la palabra final.

El problema no es en modo alguno trivial, pues la introducción del control judicial como una especie de complemento al procedimiento de decisión por medio de asambleas legislativas puede acabar por modificar la estructura del sistema político, reorientándolo

hacia un conjunto distinto de valores<sup>119</sup>. Puesto que lo que se pretende es salvaguardar los valores de participación e igualdad política asociados al procedimiento de decisión por medio de asambleas legislativas, una manera de evitar esta reorientación hacia otro conjunto de valores al tiempo en que se introduce la institución del control judicial sería el de no dotar a esta institución de un carácter final<sup>120</sup>. Además, si se considera que el control judicial constituye una manera *excepcional* de otorgar inputs al sistema político, que no debería ser empleado sino cuando el procedimiento que en general responde a los valores de legitimidad procedimental mejor que ningún otro no ha podido recoger todas las aspiraciones participativas, entonces todo parecería indicar que, en función a su carácter excepcional, no existen razones suficientes para dotar al control judicial de un carácter definitivo o final<sup>121</sup>. Lo cual quiere decir que las decisiones adoptadas por este medio deberían ser susceptibles de ser revisadas por el procedimiento que en general respeta los valores participativos mejor que ningún otro. De este modo, tendríamos un sistema político en el que se contempla alguna forma de control judicial como medida excepcional, pero cuyo procedimiento de decisión *final* se otorga al procedimiento que reviste una mayor legitimidad participativa para la generalidad de los casos. Recordemos que el reconocimiento del valor de esta forma de participar por medio del control judicial se basa en la suposición de que se perfeccionan los accesos participativos al sistema político en su conjunto. Pero una vez que el control judicial ha entrado a funcionar, dándose de esta manera cabida a los inputs participativos adicionales, no existe ninguna razón, fundada en consideraciones participativas, para no dejar la palabra final en manos de la asamblea legislativa, que como se ha visto, es el procedimiento que mejor salvaguarda, en condiciones de igualdad, el derecho a participar.

Tampoco debe olvidarse, como ya se señaló más arriba, que esta manera de ejercer el derecho a participar, canalizado a través del control judicial, resulta

---

<sup>119</sup> Ward, "The Politics of Disagreement: Recent Work in Constitutional Theory", cit., p. 439.

<sup>120</sup> Como se verá en el capítulo 6, esto no se logra de manera absoluta, pues la introducción de una instancia de control judicial en sistemas de supremacía parlamentaria puede llegar a producir ciertas consecuencias importantes.

<sup>121</sup> El carácter excepcional del control judicial como participación se hace evidente cuando reparamos en que cualquier sistema político que colapsaría si ésta fuera la vía normal para resolver los conflictos sociales.

condicionada por la actitud del tribunal, con lo cual el vínculo entre la participación y el contenido de la decisión resulta, cuando menos, indirecto. En efecto, aún cuando se trate de una vía que podría significar un input participativo adicional al sistema, el vínculo entre esta forma de participar y el contenido de la decisión a ser adoptada resulta subordinado a la actitud que asuma el tribunal con respecto a la pretensión del litigante. Lo cual deja en evidencia que esta manera de ejercer el derecho a participar es cualitativamente inferior a un procedimiento en el que la participación no requiere el asentimiento de un órgano externo a la voluntad de los propios participantes, como sería el procedimiento de decisión por medio de asambleas legislativas (una vez que se acepta el fenómeno de la representación, claro está). Todo esto presta apoyo a la tesis de que, aún cuando se reconozca un eventual potencial participativo a la institución del control judicial, en términos globales el mismo no parece ser cualitativamente superior –en términos de justicia procedimental– al procedimiento de decisión por medio de asambleas legislativas. De lo cual se desprendería una razón adicional para que sea ésta último procedimiento el que deba finalmente prevalecer, al menos desde una perspectiva puramente participativa.

Esta conclusión sobre la posibilidad de hallar un acomodo al control judicial como procedimiento de acceso al sistema político nos remite a la manera en la que ha quedado delimitada la crítica al control judicial que se plantea en esta investigación. Como se vio en el capítulo anterior, dicha crítica se limita a los sistemas fuertes de control judicial en los que la decisión final es asignada a un órgano judicial, pero no necesariamente critica toda forma de control judicial, en especial aquellas que permiten que el parlamento pueda revisar las interpretaciones judiciales, reteniendo en consecuencia la facultad de adoptar la decisión definitiva<sup>122</sup>. Puesto que el capítulo 6 estará dedicado a profundizar en algunos de los complejos problemas que plantean los sistemas débiles de control judicial, no se dirá nada más sobre el punto en este lugar. Puede concluirse entonces afirmando que, a diferencia de las dos anteriores concepciones del control judicial como herramienta participativa (la de la representación de intereses y la de Michelman), el argumento considerado en este epígrafe podría llevarnos a suponer que el control judicial, en determinadas circunstancias y bajo algunas reservas, resultaría capaz de canalizar

---

<sup>122</sup> Véase el capítulo 1, apartado 2, epígrafe a).

exigencias participativas. Sin embargo, el mejor acomodo para el control judicial desde esta perspectiva parece ser algún tipo de forma débil de control judicial, ya que éstas permiten que el procedimiento que reviste la mayor legitimidad procedimental, es decir, el legislativo, retenga la palabra final.

#### 4. CONCLUSIÓN

En un famoso pasaje del juez Learned Hand, éste llamaba la atención sobre el riesgo que conllevaba el hacer descansar la adopción de decisiones de manera primordial en la institución del control judicial, en la que veía cierta semejanza con los reyes-filósofos de Platón. Hand consideraba que ello iba en detrimento de otras formas más participativas de adoptar decisiones públicas, y que algo valioso se perdía cuando simplemente se difería la adopción de decisiones a una instancia escasamente participativa:

“For myself it would be most irksome to be ruled by a bevy of Platonic Guardians, even if I knew how to choose them, which I assuredly do not. If they were in charge, I should miss the stimulus of living in a society where I have, at least theoretically, some part in the direction of public affairs. Of course I know how illusory would be the belief that my vote determined anything; but nevertheless when I go to the polls I have a satisfaction in the sense that we are all engaged in a common venture”<sup>123</sup>.

Imbuido por el espíritu de esta inquietud, en este capítulo he intentado argumentar, en primer lugar, que los procedimientos para la adopción de decisiones colectivas deben trascender el esquema rawlsiano de la justicia procesal imperfecta que asigna a las consideraciones instrumentales un papel exclusivo a la hora de diseñar nuestras instituciones políticas. Intentando complementar esta concepción, he mantenido que debe prestarse atención igualmente a razones de orden procedimental, es decir, aquellas que guardan relación con la justicia de los procedimientos en función de los cuales las decisiones son adoptadas, con prescindencia de sus resultados. A continuación,

---

<sup>123</sup> L. Hand, *The Bill of Rights*, Harvard, Cambridge, 1958, pp. 73-4.

he defendido el valor de la participación como un criterio adecuado para dotar de contenido a la legitimidad procedimental. Según la concepción que he esbozado, y dejando de momento en suspenso el problema instrumental, los procedimientos para la adopción de decisiones serían legítimos en la medida en que puedan dar cabida al principio de la participación equitativa de todos los afectados por las decisiones a ser adoptadas. Finalmente, he intentado salir al paso de algunas de las objeciones más frecuentes e importantes que se esgrimen en contra de la participación como valor a ser tenido en cuenta a la hora de evaluar un determinado procedimiento de decisión.

Posteriormente, he intentado aplicar este esquema a los dos procedimientos de decisión que compiten por la supremacía en esta investigación: el procedimiento de decisión por medio de asambleas legislativas y el procedimiento de decisión por medio del control judicial. He intentado trascender el enfoque de Waldron que asume con demasiada rapidez que el vínculo entre los parlamentos y la participación es directo e incuestionable. Al hacerlo, he traído a colación ciertas concepciones que pretenden establecer un nexo entre la participación y/o la representación y la institución del control judicial. He abordado más detenidamente tres concepciones específicas, a saber, la concepción de Michelman, la teoría de la representación argumentativa, y la del control judicial como herramienta para introducir inputs adicionales al sistema político. En todos los casos, salvo en el último, he argumentado que el vínculo con la participación es difícil de sostener o que es inferior al que cabe establecer con relación a las legislaturas. La concepción del control judicial como herramienta para introducir inputs al sistema político podría, no obstante, servir para fundamentar un sistema débil de control judicial, no así uno fuerte, dada su inferior calidad procedimental, su carácter excepcional y los riesgos que el mismo conlleva, los cuales podrían subvertir el principio general de participación en igualdad de consideraciones que el procedimiento legislativo está en mejores condiciones de salvaguardar.

A pesar de las dificultades y excepciones señaladas, considero que la tesis según la cual las asambleas legislativas son superiores desde el punto de vista participativo es normalmente asumida y que no debería resultar demasiado controvertida. Por esta razón, las defensas del control judicial de la ley suelen conceder este punto para apoyarse en otro tipo de consideraciones, por ejemplo, de carácter instrumental, demostrando que este procedimiento debe ser preferido en función a su mayor capacidad de producir resultados

correctos. El capítulo siguiente estará dedicado a este tema. En efecto, como ya se dijo, el aspecto que atiende a la legitimidad procedimental no es el único que debe tomarse en cuenta a la hora de evaluar un procedimiento para la adopción final de decisiones colectivas. El aspecto instrumental también resulta relevante, sobre todo cuando las decisiones que habrán de ser adoptadas constituyen cuestiones en las que aparecen involucrados los derechos fundamentales.

## Capítulo 3

### LOS DERECHOS Y LA CAPACIDAD INSTRUMENTAL DE LOS PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVO Y JUDICIAL

#### 1. UNA BREVE RECAPITULACIÓN

En el capítulo anterior pudimos ver que uno de los criterios para evaluar la legitimidad de los procedimientos de decisión de una sociedad bien ordenada guarda relación con lo que he denominado “legitimidad procedimental”, es decir, con la justicia del procedimiento considerado en sí mismo y con prescindencia de sus resultados. Intenté defender además una concepción específica de la legitimidad procedimental, a saber, aquella en función de la cual dicha legitimidad se determina de acuerdo con el grado en el cual un determinado procedimiento puede acomodar el ideal de la participación en términos de igualdad. Pudimos ver asimismo que, a pesar de que existen algunas dificultades teóricas, todo parece indicar que dentro del entramado de los órganos principales del Estado, y en términos comparativos, el legislativo resulta superior a los órganos jurisdiccionales a la hora de dar cabida al ideal participativo, así como al ideal asociado del autogobierno colectivo, con lo cual reviste una mayor legitimidad procedimental.

De cualquier manera, y como también se ha visto, en esta investigación se defiende la postura según la cual, para evaluar globalmente la legitimidad de un procedimiento para la adopción de decisiones colectivas, importa no sólo la integridad del

procedimiento considerado en sí mismo, sino que importa además la mayor o menor probabilidad que pueda tener un determinado procedimiento para dar con resultados justos o moralmente correctos. Se intenta de esta manera recoger la preocupación instrumental a la que se adhieren los autores aludidos en el capítulo anterior (Rawls, Dworkin, Raz, etc.), pero bajo el entendimiento de que, al incorporar la dimensión procedimental que aquellos autores soslayan, se cuenta con una teoría de la legitimidad que resulta más enriquecida, y en consecuencia, más sólida que aquellas que se reducen al instrumentalismo puro, así como también de aquellas que, yendo al extremo opuesto, podrían propiciar un procedimentalismo puro carente de sensibilidad hacia los resultados<sup>1</sup>.

Resulta evidente que la dimensión instrumental adquiere una especial relevancia cuando reparamos en que lo que aquí está en juego son los derechos fundamentales. En efecto, hay contextos en los que la dimensión instrumental puede no llegar a generar demasiadas preocupaciones. Por ejemplo, si lo que está bajo disputa es la decisión de construir un parque o la de edificar en su lugar un museo, puede que el aspecto puramente procedimental sea más importante, y en este caso, insistiríamos en contar con un procedimiento justo –por ejemplo, la regla mayoritaria o cualquier otro procedimiento

---

<sup>1</sup> Criticando el procedimentalismo puro defendido por J. Waldron, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999, entre otros trabajos anteriores, J. C. Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 231, escribe: “En la argumentación de Waldron la elección de un procedimiento está gobernado *sólo* por la comparación de sus valores intrínsecos. La de sus valores instrumentales, en cambio, queda cerrada con la afirmación –correcta– de que todos son falibles. Pero que todos lo sean no significa que lo sean *en el mismo grado*, es decir, que la probabilidad de generar productos injustos sea la misma para todos los procedimientos. Y por tanto, al elegir un procedimiento no deberíamos comparar sólo sus valores intrínsecos, sino también sus valores instrumentales”. En el mismo sentido, A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2ª ed., Hart, Oxford/Portland, 2005, escribe: “Waldron should have confronted the institutional issue more directly, and perhaps he could show that rights-instrumentalism may actually fail on its own terms. Neither the long history of judicial review in the US, nor the institutional character of the courts, necessarily lend credence to the supporters of judicial review. It is certainly arguable that courts are essentially conservative institutions, typically lagging behind progressive movements in society, severely circumscribed by adversary procedures, and most importantly, perhaps, constrained by the lack of any real political power which tends to limit severely their incentive and confidence in making progressive social changes. Perhaps legislative assemblies are not so diverse and progressive as Waldron depicts in his *Law and Disagreement* (1999), but he is certainly right to question whether courts are necessarily better suited to protect our rights”. También se pronuncian en términos similares W. Sadurski, “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, 22 *Oxford Journal of Legal Studies* 275 (2002), p. 280; y C. Brettschneider, “Balancing Procedures and Outcomes Within Democratic Theory: Core Values and Judicial Review”, 53 *Political Studies* 423 (2005).



que se considere adecuado—, para determinar finalmente cómo habrá de adoptarse la decisión. Pero cuando se trata de los derechos fundamentales, cualquier teoría política que se precie de tomar en serio los intereses de las personas consideradas individualmente deberá necesariamente atender a la mayor o menor probabilidad que pueda tener un determinado procedimiento para dar con las respuestas más justas o adecuadas desde el punto de vista de los derechos. En consecuencia, no parece demasiado difícil entender la importancia de la dimensión instrumental, al menos, como queda dicho, para una concepción política que se precie de tomar los derechos en serio. De allí que tantos autores se hayan visto, comprensiblemente, tentados a enfatizar este aspecto, aunque al hacerlo hayan dejado de lado por completo la dimensión participativa que, como se vio, también parece ser digna de atención una vez que asumimos el valor de los derechos y las razones por las que atribuimos derechos a las personas, así como el contexto de pluralismo en el que se desenvuelve la vida política de las sociedades bien ordenadas.

Ahora bien, evidentemente ambas cuestiones —la legitimidad que otorga el carácter participativo de un procedimiento y su capacidad instrumental—, son independientes, en el sentido de que puede que un procedimiento que goce de mayor legitimidad participativa acabe resultando menos adecuado desde un punto de vista instrumental y vice-versa<sup>2</sup>. En estos casos, nos veríamos enfrentados al problema de cuál es la solución que debe prevalecer: la que otorga mayor peso a la dimensión procedimental o la que atiende a los resultados. En el capítulo anterior se llamaba la atención sobre el hecho de que incluso los defensores del control judicial suelen conceder que, si tomamos en cuenta el aspecto puramente procedimental, el procedimiento legislativo lleva las de ganar en términos comparativos. Vimos además que por esta razón, las defensas del control judicial suelen poner hincapié en el aspecto instrumental. Desde este punto de vista, el argumento básico que se esgrime es que existen ciertos rasgos estructurales o institucionales que hacen que la forma de adopción de decisiones por medio del control judicial tenga mayores probabilidades de dar con resultados correctos. Si esta concepción está en lo cierto, entonces en efecto nos veríamos enfrentados al dilema de cómo escoger un determinado procedimiento de decisión final,

---

<sup>2</sup> Al decir de Sadurski, cit., p. 276: “We might consider the operation of judicial review to be illegitimate and yet rights-protective”.

pues en tanto que las razones procedimentales apuntan hacia el legislativo, las razones de orden instrumental apuntarían hacia el lado de los órganos jurisdiccionales.

En un plano más abstracto, autores como John Rawls o Samuel Freeman han reconocido que desde esta perspectiva, la institución del control judicial podría llegar a atender contra el derecho a la igual participación<sup>3</sup>. Sin embargo, dicha restricción se justificaría en función a la necesidad de proteger más adecuadamente a todos los demás derechos que también son expresión de una filosofía liberal (derechos civiles, libertad religiosa, propiedad, debido proceso, etc.) De este modo, el debate sobre la justificación del control judicial de la ley se reconduciría en última instancia a un problema acerca de cómo resolver lo que vendría a ser un conflicto de derechos: el derecho a la participación, por un lado, y todos los demás derechos liberales, por el otro. Desde esta perspectiva, podría argüirse que, incluso si la misma adolece de un problema de legitimidad, la institución del control judicial de la ley podría llegar a justificarse sobre la base de que resulta apta para proteger todos los demás derechos de una manera satisfactoria<sup>4</sup>. A final de cuentas, el derecho a participar no es el único derecho que tenemos, y aunque sea importante, quizás no sea el más valioso de todos los derechos<sup>5</sup>.

En este capítulo, sin embargo, me propongo defender la tesis de que, contrariamente a esta concepción tradicional (o por lo menos, profundamente arraigada), existen varias razones de distinto orden, algunas de ellas de considerable peso y otras que serán traídas a colación con una intención argumental más bien tentativa, que contribuirían a arrojar serias dudas sobre la supuesta superioridad instrumental del control judicial sobre el proceso legislativo en materia de derechos fundamentales. Desde mi propia perspectiva, considero que es este último el procedimiento que posee un valor instrumental superior para hallar las respuestas más correctas en lo que hace a la configuración específica que habrán de tener los derechos fundamentales en el contexto

---

<sup>3</sup> S. Freeman, "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", 9 *Law and Philosophy* (1990).

<sup>4</sup> S. M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, Princeton, 1996, p. 111.

<sup>5</sup> En el capítulo anterior nos referimos a él como "derecho de los derechos", pero con la aclaración de que la fórmula no guarda relación con la primacía axiológica de este derecho, sino en que parece constituir un instrumento prometedor para lidiar con la adopción de decisiones en las circunstancias de desacuerdo.

de una sociedad bien ordenada. Sin embargo, y con la intención de realizar la mayor concesión posible a la postura contraria, intentaré defender la tesis más modesta de que no existen razones que autoricen dotar a ninguno de estos órganos de una mayor capacidad instrumental, con lo cual el único criterio que nos quedaría para determinar la superioridad de ambos procedimientos es el criterio procedimental. De este modo, el mecanismo para la toma de decisiones que sale mejor parado, globalmente hablando, es el procedimiento legislativo. Como se señaló en su lugar, éste constituye el núcleo de la tesis en contra del control judicial, y a la vez, la razón por la cual se considera que el control judicial es un procedimiento inapropiado para la adopción final de decisiones en una sociedad bien ordenada, debiendo dicha decisión recaer en manos del legislativo.

De este modo, el problema señalado más arriba en función del cual existiría un conflicto de derechos entre el derecho a participar y los demás derechos liberales protegidos por medio del control judicial de la ley quedaría diluido, pues lo que en este capítulo intentaré sugerir es que a través del procedimiento legislativo también pueden protegerse adecuadamente *todos los demás derechos*, al tiempo de ser el procedimiento que mejor institucionaliza el ejercicio del derecho a participar. Al acogerse ambas dimensiones de manera simultánea, ello nos evita el tener que optar entre dos procedimientos que apuntan en sentido contrario según cuál de los dos criterios consideremos que debe prevalecer. En síntesis, el procedimiento legislativo no sólo sería superior desde un punto de vista participativo, sino que también estaría bien equipado instrumentalmente, con lo cual no hace falta caer en ningún tipo de balanceo para resolver el supuesto conflicto entre el derecho a participar y todos los demás derechos.

Muchos de los puntos específicos que serán abordados en este capítulo quizás no constituyan ninguna novedad, en el sentido de que se han venido discutiendo en la literatura jurídico-constitucional desde hace ya bastante tiempo<sup>6</sup>. Sin embargo, el integrarlos a un análisis crítico comprensivo de la institución del control judicial, resaltando ciertos contrastes no siempre puestos de relieve entre el legislativo y el judicial que nos permita poner en entredicho una tesis muy arraigada sobre la supuesta

---

<sup>6</sup> Cfr., sin embargo, J. Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006), donde el autor insinúa que el argumento sobre la mayor capacidad instrumental suele aparecer automáticamente asociado al control judicial, por lo cual controvertir esta creencia constituiría un desafío.

superioridad instrumental de este último, puede contribuir a un entendimiento más acabado de los problemas que plantea el asignar la adopción final de decisiones a un órgano que no sólo reviste una menor legitimidad en términos participativos, sino que además, ni siquiera parece ser superior desde un punto de vista instrumental para la adopción de dichas decisiones. De modo que más que intentar realizar una profundización en torno a los distintos problemas que plantea el debate sobre la capacidad institucional comparada, mi finalidad es más bien la de integrar dicho debate en una crítica comprensiva al control judicial de la ley como procedimiento para la adopción final de decisiones en el contexto de una sociedad bien ordenada signada por el pluralismo de valores.

## 2. ALGUNAS PRECISIONES METODOLÓGICAS Y OTRAS DIFICULTADES PRELIMINARES

¿Cuál de los procedimientos de decisión en juego, el legislativo o el judicial, tiene mayores probabilidades de conducir a la adopción de decisiones correctas, justas o adecuadas en cuestiones que tengan que ver con los derechos fundamentales? Ésta es la pregunta que ocupará nuestra atención en este capítulo. Sin embargo, no existe una manera fácil de abordar esta cuestión. De modo que antes de dar inicio a la discusión, conviene formular algunas aclaraciones previas, de manera a ir descartando algunas opciones metodológicas que a mi criterio resultan poco prometedoras, así como a efectos mencionar otras dificultades que se interponen en el camino de un análisis serio y objetivo.

Una manera de intentar enfocar el problema de cómo determinar cuál órgano es superior para dar con respuestas adecuadas en materia de derechos podría ser la de comparar, por ejemplo, la situación de los sistemas políticos que cuentan con la institución del control judicial con otros sistemas que carecen de dicha figura, a fin de intentar extraer algunas conclusiones de la comparación. Así, por ejemplo, en un debate reciente con Mark Tushnet, el profesor Erwin Chemerinsky, conocido por su postura a favor del control judicial, menciona que acostumbra hacer leer a sus alumnos la Constitución de la ex Unión Soviética con la finalidad de que se formen una idea de cómo

sería un país sin la institución del control judicial<sup>7</sup>. Naturalmente, esto contribuiría fácilmente a apuntalar la postura a favor del control judicial al sugerir que puesto que los derechos estaban mejor protegidos en los Estados Unidos que en la ex Unión Soviética (o al menos eso asume el argumento), y siendo que la primera cuenta con la institución del control judicial en tanto que la segunda carece de él, entonces esto hablaría a favor de la ventaja instrumental de dicha institución. Pero este enfoque adolece de un doble defecto metodológico. En primer lugar, el enfoque emplea como criterio de comparación un sistema político en el que la falta de respeto a los derechos individuales constituía una característica saliente (o al menos eso se asume al emplear el ejemplo), pero deja de lado otros países, como por ejemplo Holanda, Australia, Reino Unido hasta hace poco tiempo, Suecia, Noruega, Bélgica, Finlandia, Luxemburgo, y quizás otros. En estos últimos países, a pesar de que tampoco existe la figura del control judicial de la ley, o bien, de que prácticamente no se hace uso de la misma, no sólo no cabe afirmar que se falte al respeto de manera sistemática a los derechos fundamentales, sino que parecen ser países que gozan de una cultura de libertades públicas igual o más desarrollada que la de otras democracias occidentales<sup>8</sup>. Es más, algunos de estos países no sólo no parecen carecer de

---

<sup>7</sup> M. Tushnet y E. Chemerinsky debate, “Should We Get Rid of Judicial Review”, *Legal Affairs* (2005), disponible en:

[http://www.legalaffairs.org/webexclusive/debateclub\\_jr0605.msp](http://www.legalaffairs.org/webexclusive/debateclub_jr0605.msp).

<sup>8</sup> Vale la pena transcribir el pasaje en cuestión del debate citado: CHEMERINSKY: “Sometimes the first assignment in my constitutional class has been for students to read a copy of the Stalin-era Soviet Constitution and the United States Constitution. My students are always surprised to see that the Soviet Constitution has a far more elaborate statement of rights than the American Constitution. I also assign a description of life in the Gulags. I ask how it can be that a country with such detailed statements of rights in its constitution could have such horrible abuses. The answer, of course, is that in the Soviet Union no court had the power to strike down any government action. Judicial review, as we have known it since *Marbury v. Madison*, is at the core of ensuring our freedom”. TUSHNET: “...I wonder why you don't also give your students a copy of the Dutch Constitution, which has a good list of fundamental rights and then says, ‘The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts.’ The Netherlands isn't utopia, of course (but then, neither is the United States), but it's not Stalinist Russia either”. (M. Tushnet y E. Chemerinsky debate, “Should We Get Rid of Judicial Review”, cit.) Sadurski, cit., p. 275, se pregunta además: “Are individual rights any better protected in the United States than in the Netherlands, in Germany than in Sweden, in Canada than in Australia, or in Spain than in the United Kingdom?”. A su vez, y desde un punto de vista más general, R. Dahl, “Thinking about Democratic Constitutions”, en I. Shapiro y R. Hardin, *Political Order*, NYU, New York/London, 1996, p. 194, afirma que puesto que algunos países democráticos funcionan sin la institución, “resulta imposible demostrar que el control judicial constituye un requisito necesario para la estabilidad de las instituciones democráticas”. Una constatación similar en F. Rubio Llorente, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en

una protección relativamente aceptable en términos comparativos en materia de derechos, sino que en cuanto al nivel de los índices de desarrollo humano en general, en algunos casos aparecen año tras año entre las posiciones más encumbradas en los informes emitidos por las Naciones Unidas<sup>9</sup>. Además, a quien como Chemerinsky pretenda emplear como referencia un sistema que cuente con la institución del control judicial y en el que se considera que los derechos fundamentales florecen, podría oponérsele el caso de un sistema que cuente igualmente con la institución del control judicial pero cuyo registro en materia de derechos fundamentales sea bastante deficiente, lo cual es el caso, con bastante frecuencia, de las “sociedades mal ordenadas”. Como es notorio, dichas sociedades normalmente cuentan con constituciones en las que pululan las declaraciones rimbombantes de derechos y que consagran numerosos instrumentos formales para la protección de los mismos, incluido el control judicial, pero que, en la práctica, se quedan siempre bastante lejos del ideal, si es que no lo contravienen directamente<sup>10</sup>.

En segundo lugar, este tipo de comparaciones resulta defectuoso en razón de que, aun haciendo abstracción de la dificultad que se acaba de señalar y que consiste en la arbitrariedad con la cual se seleccionan los ejemplos, si intentásemos comparar sistemas políticos que carecen del control judicial, por un lado, con aquellos que cuentan con dicha institución, por el otro, las conclusiones que podrían extraerse de dicha comparación serán bastante dudosas. Ello es así en razón de que, para que la comparación pueda llevarse a cabo con rigor, debería poder demostrarse que, a parte de la institución del control judicial que los diferencia, todos los demás rasgos relevantes para evaluar el estado de protección de los derechos fundamentales en cada sistema político sometido a comparación son iguales. Como es más que dudoso que todas las variables potencialmente relevantes a la hora de influir en el nivel de respeto y acatamiento a los

---

Europa”, en la compilación del mismo autor, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª edic., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, cit., p. 544-5. Véase además I. Shapiro, *The State of Democratic Theory*, Princeton, Princeton/Oxford, 2003, p. 64.

<sup>9</sup> El mismo punto nos lo hace notar J. Allan, “A Defense of the *Status Quo*”, en T. Campbell, J. Goldsworthy y A. Stone (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford, 2003. De acuerdo al índice de desarrollo humano de las NNUU, a fecha de 2007, figuraban en este orden los siguientes países: 1. Noruega, 2. Islandia, 3. Australia, 4. Canadá, Luxemburgo y Suecia, 7. Suiza, 8. Irlanda, 9. Bélgica, y recién en 10º lugar, los EE.UU.

<sup>10</sup> Sobre la distinción entre sociedades “bien” y “mal” ordenadas, véase el capítulo 1, apartado 2, epígrafe b).

derechos que pueda haber en un sistema político tiendan a coincidir (cultura política, tradiciones, particularidades institucionales específicas, ideología de los partidos, etc.), entonces es igualmente dudoso que la comparación pueda llevarse a cabo de manera satisfactoria<sup>11</sup>.

Con la excepción de algunos casos en los que la modificación institucional ha sido relativamente reciente y en el que otras variables políticas y sociales se han mantenido relativamente estables<sup>12</sup>, otro tanto podría decirse de las comparaciones históricas que se dan en el marco de un mismo país, lo cual sería el caso si se pretendiera comparar, por ejemplo, la situación de los derechos en un país antes de la introducción de la institución del control judicial con su situación tras la entrada en vigor de la misma. En este caso, para que la comparación resulte válida, todas las variables capaces de influir en el resultado deben ser igualmente idénticas, lo cual, más allá de los casos recién mencionados, es difícil que se verifique, por la sencilla razón de que las circunstancias potencialmente relevantes naturalmente van cambiando con el paso de los años. Es más, la experiencia histórica indica que la introducción del control judicial normalmente va acompañado de profundos cambios que alteran la forma y la composición del sistema político en su conjunto, por ejemplo, tras una reconstrucción (Alemania, Italia y Japón después de la Segunda Guerra Mundial); tras la obtención de la independencia política (India); tras una transición desde un régimen dictatorial hacia una forma de democracia occidental (España, Portugal y Grecia); o finalmente, tras una transición del último tipo señalado junto con el paso a una economía de mercado (Europa del Este)<sup>13</sup>. El problema

---

<sup>11</sup> En el mismo sentido, J. C. Bayón “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004; y Sadurski, *cit.*, pp. 275-6.

<sup>12</sup> Tal es el caso de la investigación llevada a cabo por el politólogo R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origin and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Cambridge, 2004, que tomando los casos de Israel, Canadá, Nueva Zelanda, y más problemáticamente, Sudáfrica, se propone estudiar el impacto de la constitucionalización y del establecimiento del control judicial. Sin embargo, sus conclusiones son negativas desde el punto de vista de la supuesta fuerza progresiva que guía al control judicial y a sus esperados efectos positivos. Hirschl descarta aplicar un análisis similar para medir el impacto de la constitucionalización y del control judicial al caso norteamericano, puesto que la práctica existe hace más de 200 años, con lo cual una estrategia de este tipo no resultaría viable. Sobre el punto, véase la introducción del libro de Hirschl, pp. 5-10.

<sup>13</sup> Esta es la razón por la que, exceptuando Sudáfrica, Hirschl, *cit.*, centra su estudio en tres casos, Israel, Nueva Zelanda y Canadá, conforme se vio en la nota en anterior, ya que se trata de supuestos de introducción de una forma de control judicial en los que no se han producido alteraciones fundamentales en otras variables importantes que puedan afectar al sistema político en su conjunto, y

que se presenta en estos casos es que no resulta posible determinar con exactitud el impacto que la institución del control judicial de la ley por sí sola ha podido tener sobre la situación de los derechos en un determinado contexto, ya que a la par de la introducción del control judicial se han producido otras modificaciones importantes que alteran de manera trascendental la fisonomía del sistema político y que también pudieron haber incidido, ya sea actuando de manera individual o en conjunto, en el estado de reconocimiento y protección de los derechos. Además, en algunos casos las dificultades podrían agudizarse, ya que, como es de sobra sabido, la percepción pública internacional sobre la importancia de los derechos fundamentales constituye un fenómeno relativamente reciente, que se sitúa no más allá del período que se inicia con la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Esta circunstancia naturalmente podría tener una influencia significativa en la situación de los derechos fundamentales, en razón de que existe una clara diferencia entre un contexto en el que dichas categorías han pasado a ser una aspiración universal a escala mundial, en contraposición a un contexto en el que no se les asignaba esta prioridad<sup>14</sup>.

Otra estrategia metodológica de dudosa viabilidad consiste en la pretensión de proceder, como en su día lo intentó Ronald Dworkin, a la realización de un juicio de carácter contrafáctico que intente comparar un estado actual de cosas con la situación de los derechos en un sistema político en el supuesto caso de que, a diferencia del estado actual, hubiera o no contado, hipotéticamente, con la institución del control judicial, según el caso. Así, en *Law's Empire*, Dworkin mantuvo que “los Estados Unidos son una sociedad más justa de lo que hubiera sido si sus derechos constitucionales se hubieran dejado a la conciencia de las instituciones mayoritarias”<sup>15</sup>. El problema con el argumento es básicamente el mismo problema que aqueja a todos los juicios de carácter

---

en consecuencia, entorpecer la labor de determinación de las causas que efectivamente producen un cambio en la situación de los derechos. Otro supuesto no mencionado es el de la “incorporación”, que sería, por ejemplo, el caso de Inglaterra, que matizó su tradicional doctrina de la supremacía parlamentaria por medio del “Human Rights Act” de 1998, y que quizás también podría ser sometido a un análisis similar al que acomete Hirschl, dado que es relativamente reciente y dado que no se produjeron cambios en otras variables fundamentales. Sobre el modelo de control judicial en el sistema inglés se dirá algo más en el capítulo 6.

<sup>14</sup> Véase, N. Bobbio, *El Tiempo de los Derechos*, Sistema, Madrid, 1991, capítulo VI.

<sup>15</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard, Cambridge, 1986, p. 356. En la nota número dos a la que se remite en dicha página, Dworkin aclara además que no pretende argumentar en dicho lugar a favor de esta tesis.



contrafáctico, a saber, el de que no pueden ser sometidos a contrastación empírica y por tanto, no resultan falsables, con lo cual se aleja la posibilidad de que los mismos puedan ser medidos por su conformidad a valores de verdad o falsedad<sup>16</sup>.

Quizás esta última estrategia pueda ser modificada a fin de hacerla más plausible. Se podría argumentar, por ejemplo, que, en balance, las decisiones judiciales que han protegido los derechos son mayores que las que han limitado los derechos conferidos por las leyes. Pero como bien señala Sadurski, sería no sólo notoriamente difícil de probar en abstracto cuál ha sido el balance, sino que en el contexto estadounidense, que es el que aquí nos ocupará, el registro histórico se presta a interpretaciones encontradas que difícilmente contribuirían a demostrar de manera categórica la superioridad de un procedimiento sobre otro<sup>17</sup>. A lo cual puede añadirse que, en circunstancias de pluralismo razonable, resultaría imposible proceder a un análisis de este tipo que pueda llegar a resultar convincente para ciudadanos que mantienen diversas concepciones sobre los derechos, las cuales pueden incluso llegar a ser contrapuestas, en el sentido de que lo que para algunos puede constituir una instancia de protección de los derechos, para otros puede considerarse como una violación. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho al aborto.

---

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, la réplica de R. A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard, Cambridge, 2001, pp. 21-2: “We cannot rerun history without judicial review and count the infringements of liberty that would have occurred under that hypothetical regime but that under the regime of judicial review are deterred”. Una objeción similar en Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 287 y ss.; y M. Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Civitas, Navarra, 2005, p. 156, quien añade que “lo que quizá invite a considerar que el juicio de Dworkin va un tanto más allá de la cuenta, sea el dato que las grandes sentencias de derechos del Tribunal Supremo en el período más liberal de su historia son también grandes casos de *overruling*, de revocación de precedentes”.

<sup>17</sup> Sadurski, cit., p. 278. En el mismo sentido, Posner, cit., pp. 14-27, lamentándose de que tras 200 años de doctrina y miles de decisiones judiciales e incontables trabajos académicos, la respuesta a la pregunta acerca de si el control judicial es o no beneficioso en el contexto norteamericano sigue siendo puramente conjetural. A su vez, P. de Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 82, afirma que la valoración positiva que suele hacerse de la actuación de la Corte Suprema norteamericana, “dependerá de qué tramo de la historia tomemos como referencia para...proceder a la interpretación constructiva de la institución, puesto que la actuación de la Corte no ha sido siempre celebrada”. Llevando las cosas más lejos aún, R. Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy” (versión en poder del autor), concluye que en definitiva, los EE.UU. no es mejor, sino que en muchos aspectos está peor, que ciertos sistemas democráticos que no han adoptado un control judicial sustantivo”.

Como deja en evidencia la discusión precedente, la comparación instrumental entre los procedimientos legislativo y judicial en materia de derechos no es en modo alguno fácil de llevar a cabo con arreglo a criterios de objetividad satisfactorios. Pero a estas dificultades puramente metodológicas se añaden otro tipo de circunstancias que complican el panorama todavía más, las cuales apuntan a los prejuicios que pueden haber en la cultura jurídica de un determinado medio. Me refiero a los prejuicios y actitudes que se van formando cuando, conforme se relató en introducción de esta investigación, se comienza a apelar con regularidad a ciertos lugares comunes, aunque no siempre sometidos a análisis crítico, y que van sedimentando una determinada imagen del rol y del comportamiento asociado a cada institución en su relación con los derechos. Por ejemplo, como vimos en la introducción, en el ámbito de la teoría constitucional norteamericana de las últimas décadas se ha tendido a contraponer una imagen idealizada del control judicial en la que resultan debidamente ensalzadas sus virtudes y en la que la institución aparece indisolublemente ligada a la protección de los derechos, por un lado, con una imagen “realista” de las legislaturas en la que se ponen de relieve sus rasgos descriptivos menos atractivos, insinuándose además que las mismas tienden, por su propia lógica interna proclive al “mayoritarismo” (en una acepción peyorativa), a atentar contra los derechos individuales y de las minorías<sup>18</sup>. Las causas de este fenómeno deben buscarse, entre otros factores, en la persistente influencia del legado del Tribunal Warren, tanto en los Estados Unidos como en el resto del mundo, así como en algunas construcciones teóricas contemporáneas muy influyentes. Larry Kramer sintetiza muy bien la tendencia:

---

<sup>18</sup> Además de las referencias dadas en la introducción a esta investigación, véase, a título de ejemplo, los siguientes: K. E. Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses”, 80 *North Carolina Law Review* 773 (2002), p. 847, quien en el contexto de la discusión sobre la interpretación constitucional extrajudicial, alega que dicha interpretación ha sido atacada y que el control judicial ha sido defendido “by painting unrealistically optimistic pictures of the courts, denigrating non-judicial actors, and neglecting to place constitutional interpretation into a comparative institutional context”. C. R. Sunstein y A. Vermeule “Interpretive Theory in its Infancy: A Reply to Posner”, 101 *Michigan Law Review* 972 (2003), pp. 975-6 aluden al problema con la expresión “institucionalismo asimétrico”; M. A. Graber, “The Law Professor as Populist”, 34 *University of Richmond Law Review* 373 (2001), p. 402, señala que varios proponentes del control judicial tienden a comparar los tribunales en su mejor luz con los parlamentos en su peor luz; R. D. Parker, *Here The People Rule. A Constitutional Populist Manifesto*, Harvard, Harvard, 1994, donde, en general, se sugiere que la teoría constitucional construye argumentos a favor del activismo judicial a partir de “derogatory depictions...of ordinary political energy” (p. 70).

“La judicatura es presentada como una sociedad de alta capacidad para el debate en la cual los jueces de manera estudiosa ponderan las importantes cuestiones de principios antes de redactar explicaciones cuidadosas que reflexionan profundamente sobre los dilemas teóricos y filosóficos a los que se han enfrentado. Los legisladores, mientras tanto, son presentados como autómatas no-pensantes, incapaces de deliberar con seriedad sobre cualquier cosa. Son o bien completamente insensibles ante aquellos a quienes representan, interesados sólo en los meneantes dólares de campaña del interés privado que aparecen ante sus ojos; o bien son completamente inatentos a los principios y se hallan deseosos de satisfacer instantáneamente las más desdeñables urgencias de sus electores (quienes a su vez son presentados como criaturas sin razón, siempre sometidos a la esclavitud de las emociones irracionales)”<sup>19</sup>.

Pero, como bien ha señalado Juan Carlos Bayón, quienes proceden de este modo cometen la falacia de la falsa simetría al comparar los mejores rasgos o concepciones idealizadas de una institución con los peores rasgos o concepciones que pueden ofrecerse de otra institución<sup>20</sup>. De este modo, a partir de este falso maniqueísmo institucional se ha creado una especie de mito en torno a las instituciones en juego que no hace sino contribuir a entorpecer cualquier trabajo de análisis comparativo serio y objetivo. La alternativa para intentar romper esta tendencia que venimos comentando sobre contrastar indebidamente los rasgos de ambas instituciones objeto de análisis es la de intentar construir, al realizar un análisis comparativo, modelos normativos o descriptivos, según el caso, que resulten relativamente equilibrados. En caso contrario, si al construir un modelo descriptivo ponemos hincapié en que las legislaturas son depredadoras, que se mueven primordialmente de acuerdo a una lógica del interés egoísta, que desatienden por completo la idea de los derechos, etc., entonces podría contraponerse a esta imagen un cuadro realista que haga depender las decisiones judiciales de cosas igualmente arbitrarias como el desayuno de los jueces en un determinado día (que es en efecto lo que sostienen algunas variantes del realismo jurídico). A su vez, si lo que intentamos es edificar un modelo normativo que sirva como fuente de inspiración para la práctica de las

---

<sup>19</sup> L. D. Kramer, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, 92 *California Law Review* 959 (2004), p. 998.

<sup>20</sup> Sobre el punto, véase Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., p. 100.

instituciones, señalando, por ejemplo, que los tribunales deberían erigirse en “foros de principio”, no se ve por qué razón no habrá de poder darse validez a modelos normativos igualmente atractivos aunque propuestos para ser aplicados al ámbito legislativo. Por ejemplo, un modelo que conciba al parlamento como un foro para la deliberación pública en torno al bien común de manera libre y desinteresada, etc.<sup>21</sup>

Hasta ahora tenemos entonces una enumeración de algunas complicaciones metodológicas importantes, así como la mención de algunos rasgos de la cultura jurídica que podrían entorpecer una tarea seria de análisis institucional comparativo. Si a esto sumamos el hecho de que cualquier análisis empírico de la realidad presupone la construcción de modelos teóricos a partir de los cuales se procede a la labor de análisis, y puesto que toda construcción de modelos supone la necesidad de optar entre alternativas cargadas de distintos componentes ideológicos, enfatizando ciertos ingredientes a la vez que se relegan otros a un segundo plano, así como el apoyo en generalizaciones o presuposiciones empíricas no siempre contrastadas, entonces no resulta difícil comprender que algunos hayan dejado de lado toda pretensión de objetividad para afirmar que la opción entre un modelo “democrático” o “popular” frente a uno que favorezca el control judicial se fundaría, en última instancia, en una cuestión de “sensibilidad”.<sup>22</sup> Pero esta estrategia no me parece adecuada, en razón de que parece conducir –aún cuando quienes la propician intentan desmarcarse de la acusación–, hacia la articulación de un discurso que haga uso de argumentos *ad hominem* tendentes a descalificar ciertas posturas por sus prejuicios “antidemocráticos” y “elitistas”, o bien, por no tomar en serio los derechos fundamentales, según el bando de que se trate. De este modo, el debate sobre la justificación del control judicial se vería reducido a un improductivo intercambio de epítetos, lo cual no sólo no nos llevaría a ningún lado a la hora de intentar elucidar con algún rigor el problema instrumental que tenemos entre manos, sino que la acusación hasta podría resultar injusta. En efecto, si bien es cierto que en ocasiones parece

---

<sup>21</sup> Para una propuesta normativa acerca de los principios que deberían presidir la actividad legislativa, véase J. Waldron, “Principles of Legislation”, en R. W. Bauman y T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006.

<sup>22</sup> Kramer, cit., pp. 1001 y ss.; y en general, Parker, cit. En la p. 65, este último expresa: “In the minds and hearts of most American constitutional lawyers, an Anti-Populist sensibility appears to predominate now”.

constatarse una toma de postura que automáticamente y de manera casi irreflexiva se inclina a favor del control judicial, y que en extremos a veces se niega a escuchar razones, no es menos cierto que quizás quienes actúen de este modo puede que lo hagan desde una profunda –aunque no siempre muy reflexiva– convicción a favor de los derechos. Y en esta investigación, como se dejó en claro desde la introducción, no sólo se valora el ideal del autogobierno democrático por vía del derecho a participar, sino que se otorga una importancia igual a todos los demás derechos de autonomía privada, en el entendimiento de que ambos son expresión de las mismas razones e inquietudes morales. A su vez, quienes apelan a calificativos como “populista” o a la acusación de que se muestra una falta de sensibilidad hacia los derechos para referirse a quienes critican la institución del control judicial, pueden incurrir en el error de desconocer que el derecho a participar y, en general, la democracia como forma de gobierno, forman, junto con todos los demás derechos, una teoría coherente en la que sus ambos elementos aparecen mutuamente implicados, conforme se vio anteriormente. La cuestión no radica entonces en oponer la democracia a los derechos y pretender la superioridad de uno de estos ideales sobre el otro, sino que, adaptando una expresión de Michelman, la cuestión consiste más bien en intentar determinar cómo podemos lograr conjugar ambos ideales de manera a poder tener a los dos al mismo tiempo<sup>23</sup>.

Para cerrar finalmente este catálogo de problemas y dificultades, debe hacerse mención igualmente de una cuestión que afecta de manera específica al planteamiento realizado en esta investigación y que parte de la constatación del pluralismo de valores y de las circunstancias del desacuerdo<sup>24</sup>. Debemos recordar que lo que se intenta determinar en este capítulo es la capacidad institucional de los procedimientos de decisión en juego, el legislativo y el judicial, para dar con respuestas correctas en materia de derechos fundamentales. En el capítulo anterior pudimos ver que una de las razones por las que el derecho a participar se erigía en una herramienta por lo menos parcialmente apta para la adopción de decisiones en materia de derechos era que, en circunstancias de desacuerdo, en las que existen distintas concepciones razonables sobre los derechos que pugnan por prevalecer en el espacio público, no se cuenta con una metodología que nos

---

<sup>23</sup> F. I. Michelman, *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton, 1999, p. 5.

<sup>24</sup> Véase el capítulo 1, apartado 3.

permita determinar de manera inequívoca cuáles son las respuestas más correctas o más justas, independientemente a nuestras convicciones personales al respecto. En estas condiciones, y dado que respeta los requerimientos de igual consideración hacia las opiniones de ciudadanos libres, iguales y autónomos, el derecho a participar parece ser una respuesta parcialmente adecuada a la pregunta acerca de qué tipo de consideraciones deberían entrar a tallar al diseñar nuestras instituciones políticas. Desde esta perspectiva, hicimos notar igualmente que cierta variante del instrumentalismo parecía incurrir en una petición de principio al presuponer el conocimiento de la verdad. Tal sería el caso, por ejemplo, de la teoría de la justicia de Rawls, en la que previa determinación de los principios políticos correctos en la “posición originaria”, las sucesivas etapas en el desarrollo de la teoría tienen por finalidad asegurar la protección de estos principios que ya se han concebido en un estadio anterior<sup>25</sup>. Desde esta perspectiva, podría pensarse que la consideración instrumental sólo es posible en el marco de una teoría como la de Rawls que asuma un compromiso con determinados derechos que se conocen, al menos de manera vaga y general, de antemano. Pero esta aproximación, como vimos en el capítulo primero, sería bastante difícil para una concepción como la que aquí adoptamos, en la que se asume que el pluralismo es más profundo y radical de lo que el enfoque alternativo podría dar a entender. En consecuencia, el instrumentalismo no parecería tener cabida en una concepción que parta del pluralismo de valores, con lo cual su teoría de la legitimidad debería forzosamente circunscribirse al aspecto puramente procedimental, perdiendo de este modo fuerza y poder de convencimiento.

Veamos esto con mayor detenimiento. De conformidad a las concepciones que parten del pluralismo razonable, si lo que deseamos es diseñar un procedimiento capaz de resolver los desacuerdos que se producen en el ámbito de los derechos, lo único que sabemos con certeza es que, dado el desacuerdo que motiva la necesidad del procedimiento decisorio, no sabemos exactamente cuál es el resultado correcto o deseado, lo cual hace difícil que se pueda discernir cuáles son las razones relevantes desde el punto

---

<sup>25</sup> Cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard, Cambridge, 1971. Una discusión útil en J. J. Moreso y J. L. Martí, “La constitucionalización del principio de la diferencia”, 47 *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso* 545 (2002), pp. 547-551.

de vista del resultado<sup>26</sup>. De este modo, y como bien lo deja en claro Waldron, no resultaría admisible, dado su carácter simplista, la intención de diseñar un procedimiento “que sea capaz de dar con la respuesta correcta”, o bien, que sea capaz de dar “con la mejor respuesta”, justamente porque lo que existe son opiniones contrapuestas sobre cuál es la respuesta correcta o la más adecuada. Podría considerarse entonces que este tipo de instrumentalismo, al que podríamos denominar “estricto”, es proclive a atentar contra el respeto al pluralismo como expresión de las convicciones de ciudadanos razonables que son producto de una cultura política de instituciones libres. Esto se vuelve todavía más evidente cuando se constata que, dadas las conexiones íntimas que existen entre procedimiento y sustancia, desde cada concepción sustantiva sobre los derechos que tenga vigencia en una comunidad se tenderá a favorecer un determinado tipo de procedimiento que sea capaz de dar respuesta a sus propias convicciones sustantivas. Por ejemplo, para un libertario, el sistema de toma de decisiones más adecuado será el que priorice los derechos de propiedad, para lo cual quizás acabe prestando su adhesión a un procedimiento de sesgo aristocrático (siempre que se asuma que la propiedad está en manos de la aristocracia que habrá de dominar dicho procedimiento). Para un socialdemócrata, los derechos de igualdad serían igual o más importantes que las consideraciones sobre la propiedad, para lo cual quizás priorice un procedimiento más inclusivo que dé también cabida al procedimiento decisorio a quienes carecen de propiedad<sup>27</sup>. Finalmente, un ciudadano con convicciones religiosas optará por el sistema que tenga mayores probabilidades de respetar con mayor fuerza las exigencias de su

---

<sup>26</sup> Como se ha visto, este argumento llevó a Waldron a defender, en sus trabajos anteriores, una concepción puramente “procedimentalista”, la cual no tomaba en consideración la dimensión instrumental de los procedimientos para la adopción de decisiones colectivas. Cfr., sobre el punto y a parte de las referencias anteriores, las críticas formuladas por J. Raz, “Disagreement in Politics”, 43 *The American Journal of Jurisprudence* 25 (1998); A. Kavanagh, “Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron”, 22 *Law and Philosophy* 451 (2003); y Marmor, cit., entre varios otros, al procedimentalismo puro del Waldron de *Law and Disagreement*.

<sup>27</sup> El contraste entre estos dos últimos ejemplos muestra la razón por la cual desde esta perspectiva resulta difícil aceptar la conclusión de J. J. Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, en F. J. Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, quien mantiene que cualquier teoría de la justicia que incorpore la idea los derechos debería optar por el control judicial como instrumento de protección. Como muestran los ejemplos, el procedimiento habrá de depender del contenido de la teoría de la justicia, ya que los procedimientos que dichas teorías contemplen presumiblemente se hallarán condicionados por los mismos.

propia fe, asignando, por ejemplo, la toma de decisiones a un consejo sacerdotal<sup>28</sup>, y así sucesivamente. Éste es precisamente el tipo de escenario que la concepción de la autoridad política que aquí se defiende intenta evitar, de modo a impedir que cualquier concepción política sea favorecida de antemano a la hora de diseñar el mecanismo de toma de decisiones. (Debo hacer notar que no tomo en cuenta, de momento, las concepciones que podrían calificarse de “irrazonables”, las cuales serán abordadas recién en el capítulo 4.)

¿Nos hallamos entonces ante un callejón sin salida? ¿Son realmente incapaces las concepciones que parten del pluralismo razonable de acomodar consideraciones de tipo instrumental? Puede que sea posible concebir un tipo de instrumentalismo “débil”, en oposición al instrumentalismo “estricto”, y que resulte más prometedor que éste al evitar incurrir en algunas de las paradojas que plantea el hecho del pluralismo razonable. Así, en lugar de intentar diseñar un procedimiento que sea capaz de dar con un determinado conjunto de derechos que probablemente será controvertido en atención a las circunstancias del desacuerdo, podemos intentar diseñar un procedimiento que tenga mayores probabilidades de adoptar una decisión verdadera o correcta, sea lo que fuera lo que finalmente termine siendo la verdad o corrección sobre el asunto<sup>29</sup>. Es decir, sin necesidad de conocer el contenido concreto de los derechos de antemano, podemos intentar ensayar la implementación de un conjunto de condiciones institucionales favorables a la “búsqueda de la verdad” en materia de derechos<sup>30</sup>. Por ejemplo, podríamos considerar la implementación de un sistema que resulte aislado de las presiones de la política ordinaria si es que consideramos que ello puede favorecer la protección de los derechos, aun cuando desconozcamos el contenido concreto de éstos; o bien, podemos intentar diseñar un procedimiento en el que estén representados diversos intereses y en el que los derechos puedan ser debatidos de manera incluyente, participativa y desvinculada de la aparatosidad de los tecnicismos legales, también sin necesidad de partir de una concepción en la que los derechos estén definidos y

---

<sup>28</sup> Este ejemplo lo tomo de C. Fabre, “The Dignity of Rights”, 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 271 (2000), p. 276.

<sup>29</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., p. 29.

<sup>30</sup> La expresión es de Waldron, surgida en el contexto de una esclarecedora conversación mantenida con el autor sobre el punto.



determinados completamente de antemano. En ambos casos, todo lo que necesitamos es una noción relativamente vaga del concepto de los derechos así como de sus funciones en el razonamiento político y moral, pero sin entrar a determinar qué derechos tenemos o cuáles son sus condiciones de aplicación en circunstancias concretas. Este concepto “débil” de instrumentalismo puede ser empleado entonces para responder adecuadamente a quienes objetan que la empresa que tenemos por delante deviene auto refutable por partir no de una posición sustantiva determinada sino desde el reconocimiento del pluralismo de valores<sup>31</sup>. En conclusión, sería factible, incluso para quienes asumen el hecho del pluralismo razonable, recoger consideraciones de un determinado tipo instrumental para integrarlas a una teoría adecuada de la legitimidad de los procedimientos para la adopción de decisiones colectivas<sup>32</sup>.

Es hora de extraer algunas conclusiones que se desprenden de la discusión precedente sobre los problemas metodológicos y otras dificultades de cara a la tarea que tenemos por delante. En primer lugar, podemos descartar algunos enfoques metodológicos que de entrada resultan bastante problemáticos, como los señalados más arriba y que se apoyan en intentos de comparación de difícil viabilidad. En segundo lugar, la discusión deja en evidencia que, dada la prevalencia de determinadas narrativas en la conciencia jurídico-constitucional contemporánea, puede resultar esclarecedor poner énfasis en la necesidad de recuperar la simetría en las comparaciones empíricas y normativas de los tribunales y de las asambleas legislativas, pues ello podría proporcionarnos un panorama más objetivo, esclarecido y depurado de la cuestión. En tercer lugar, la discusión sobre las circunstancias del pluralismo nos advierte sobre la dificultad de partir de unas determinadas convicciones para luego diseñar un

---

<sup>31</sup> Cfr. la diferencia de perspectivas entre Waldron y Bayón. Este último, en “Democracia y derechos...”, cit., p. 119, escribe: “Se trata de determinar en primera persona cuál sería el procedimiento que protegiera mejor los derechos –tal y como un los concibe...”. Esto resultaría inadmisibles para Waldron, ya que éste parte de que la valoración del procedimiento debe efectuarse no a partir de una perspectiva sustantiva propia, sino desde el reconocimiento del pluralismo de valores. Por eso el instrumentalismo waldroniano pretende basarse en ciertos rasgos que caracterizan a las instituciones, y en ese sentido se trata de un instrumentalismo “débil”, en oposición al de Bayón, el cual partiría de un núcleo de derechos más o menos determinados. Si bien esta concepción podría resultar menos controvertida que la de Waldron, conforme se señaló en el capítulo anterior, la misma solamente resultaría justificable, por ejemplo, para otras concepciones que acepten el núcleo de derechos más o menos predeterminado que esta construcción presupone.

<sup>32</sup> Para un intento alternativo de ofrecer una metodología rigurosa alternativa, véase Sadurski, cit.

procedimiento que pueda adecuarse a éstos, pero paradójicamente, nos hace ver al mismo tiempo que un análisis institucional comparativo que ponga énfasis en los rasgos estructurales e institucionales en los que se desenvuelven ambos procedimientos puede resultar prometedor.

Ahora bien, conviene no perder de vista que, dadas las dificultades que aquejan al problema sobre la elección institucional teniendo en miras su valor instrumental, de momento no parece que pueda ofrecerse ningún análisis tajante o concluyente (razón por la cual algunos autores se refugian en el intuicionismo o en el sentimentalismo, como pudo verse más arriba). Los problemas sobre la elección institucional son de tal magnitud y exigen tal capacidad cognitiva sobre el comportamiento institucional en distintos escenarios que un juicio completamente concluyente simplemente no parece estar a nuestro alcance. Al decir de Adrian Vermeule, “[l]a información necesaria para realizar este juicio es imposible de obtener, o por lo menos, resulta muy costoso obtenerla; la escala de las preguntas es demasiado grande; la interacción entre las instituciones es demasiado dinámica y compleja”, y finalmente, “la posibilidad de que resulten consecuencias imprevistas de cualquier tipo de arreglo institucional es demasiado grande”<sup>33</sup>. En otras palabras, debe tenerse presente que, a pesar de los argumentos que presentaré, el caso a favor de las legislaturas no es concluyente, como tampoco lo es caso a favor del control judicial. Sin embargo, de resultar convincente, el análisis por lo menos demostraría algo sumamente relevante de cara a mis propósitos, a saber, que no se puede determinar de manera categórica que el control judicial sea definitivamente superior en términos instrumentales al proceso legislativo.

Ante este planteamiento que acabo de exponer, y que opta por un enfoque institucional comparado, se podría objetar que este tipo de análisis resulta deficiente en razón de que propicia una suerte de enfrentamiento entre dos instituciones en lugar de optarse por un enfoque que resalte más bien las posibilidades de cooperación entre ambas. Así, podría argumentarse que en lugar de contraponer las legislaturas a los órganos jurisdiccionales, podría concebirse a estos últimos como una especie de instancia de chequeo y mejoramiento de la calidad de las leyes de manera a proteger mejor los

---

<sup>33</sup> A. Vermeule, “Judicial Review and Institutional Choice”, 43 *William and Mary Law Review* 1557 (2002) p. 1558.

derechos, lo cual que resultaría de una dinámica de cooperación. A final de cuentas, como reza el dicho, cuatro ojos ven mejor que dos, y desde esta perspectiva, el control judicial debería verse como una instancia de perfeccionamiento del proceso legislativo. Sin embargo, algunos autores sugieren que el tener una instancia de chequeo o mejoramiento de las decisiones legislativas podría más bien tener efectos nocivos sobre la calidad de las leyes que dicta el parlamento, contribuyendo a que éstos en la práctica se vuelvan más descuidados. Por ejemplo, Tushnet, al discutir la posibilidad de que un parlamento se avenga a dictar una ley inmoral (aunque el argumento puede hacerse extensivo al dictado de cualquier ley inconstitucional), afirma lo siguiente:

“...perhaps it would be better in the long run if people knew that no one was going to bail them out if they acted immorally. That is, it might promote greater democratic responsibility, producing better statutes in the long run, if the courts said, ‘Look, you’re on your own. If you make mistakes, you’re going to be stuck with them, so you should be pretty careful about what you enact’”<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> M. Tushnet, “Constitutionalism and Critical Legal Studies”, A. S. Rosenbaum (ed.), *Constitutionalism. The Philosophical Dimension*, Greenwood, New York/Connecticut/London, 1988, p. 160. Sobre el punto, véase de además M. Tushnet, “Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty”, 94 *Michigan Law Review* 245 (1995), en el que el autor alude a este problema con la expresión “democratic debilitation”. En el mismo sentido, Sadurski, cit., p. 285: “The existence of a constitutional court somewhat relaxes the responsibility—a special duty of care—of the political branches to avoid creating legislation that might infringe constitutional rights”; Posner, *Frontiers of Legal Theory*, cit., p. 22: “just as a dog will bark loudest at passersby when he is secure behind the fence, so a legislature is most likely to pass unconstitutional laws when it knows that the courts will strike them down”; C. R. Sunstein y A. Vermeule, “Interpretation and Institutions”, 101 *Michigan Law Review* 885 (2003), p. 913, y refiriéndose más concretamente al control judicial, pp. 935-6; A. Vermeule, “Judicial Review and Institutional Choice”, cit., p. 1561. Finalmente, Waldron, “The Core of the Case...”, cit., p. 1403, escribe: “...U.S. legislatures, particularly state legislatures, operate irresponsibly and in a way that fails to take rights seriously because the knowledge that the courts are there as backup makes it harder to develop a responsible culture among legislators. How far this is true, I don’t know. It is certainly worth considering”. La exposición del problema en estos términos sugiere que también hay una cuestión de *responsabilidad* involucrada en la adopción de una decisión de trascendencia constitucional, responsabilidad que quizás pueda diluirse en lugar de robustecerse cuando la misma se asigna en partes a distintos órganos. Ya lo decía el jurista americano Thayer: puesto que el control judicial se dispone a corregir los errores legislativos desde fuera, ello hace que la gente pierda “la experiencia política, y la educación moral y el estímulo que provienen de...la corrección de los propios errores”, y que la tendencia a echar mano con facilidad de este recurso termine por “atrofiar [*dwarf*] la capacidad política de la gente, y a disminuir su sentido de responsabilidad moral”. (J. B. Thayer, *John Marshall* (1901), pp. 103-7.)

Sea como esto fuere, y sin descartar por completo esta concepción cooperativa, lo que de momento me interesa más bien es determinar quien debe tener la palabra *final* (que es en definitiva la pregunta a la que esta investigación intenta dar respuesta), y en este sentido, considero que un enfoque comparativo podría resultar adecuado de cara a esta finalidad. Por lo demás, quien esgrima el argumento en cuestión debería proporcionar una teoría que sea capaz de dar cuenta de por qué las “correcciones” de los tribunales deberían considerarse como definitivas, por no hablar ya de si podrían considerarse en efecto como “correcciones” o más bien como soluciones *distintas* a las que ha adoptado el legislador<sup>35</sup>, algo a lo que se suele caracterizar con cierta ironía como la práctica del “second-guessing”<sup>36</sup>.

Finalmente, y antes de dar por terminado este apartado, conviene formular una precisión de suma importancia y que deberá ser tenida en cuenta a lo largo de este capítulo: cualquier procedimiento para la adopción de decisiones que sea finalmente implementado, aunque tenga mayores probabilidades que sus rivales de dar con resultados correctos, será siempre y a lo sumo, un caso de “justicia procesal imperfecta”, por emplear la fórmula rawlsiana traída a colación en el capítulo anterior<sup>37</sup>. Esto quiere decir que no es posible diseñar un mecanismo perfecto que dé *siempre* con la respuesta correcta, independientemente a cómo concibamos cuál sea la verdad o corrección del

---

<sup>35</sup> En el mismo sentido, T. A. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, 96 *Yale Law Journal* 943 (1987), señalando que esta concepción cooperativa debería explicar por qué siempre aceptamos como definitivas las “correcciones” de los tribunales. Y añade además que, en el contexto estadounidense, el bicameralismo ya provee una instancia de chequeo adicional.

<sup>36</sup> Cfr., sin embargo, L. G. Sager, *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice*, p. 200, quien, a tono con la concepción cooperativa, emplea una analogía según la cual los jueces serían meros “controladores de calidad” en el proceso de producción legislativa, con la función de “identificar los fundamentos de justicia política que son prominentes y perdurables en su régimen constitucional...”. Pero esta analogía no resulta del todo convincente, porque lo que se pretende bajo la supuesta función inocua de “controlar la calidad del proceso” es nada menos que hacer que los jueces tengan la palabra final en cuestiones que involucran a los principios básicos de moralidad política a los que se adhiere una comunidad, y en este sentido, una teoría del control judicial como procedimiento final debería poder ofrecer mucho más para resultar convincente que la metáfora traída a colación por Sager.

<sup>37</sup> C. List y R. E. Goodin, “Epistemic Democracy: Assaying the Options”, Technical Report Working Paper No. 9, SPT, RISS, ANU, disponible en <http://eprints.anu.edu.au/archive/00000929/>, p. 6, nota 14, sugieren una excepción, la de una teocracia en la que se presume que la persona instituida podrá develar la palabra de Dios de manera inequívoca, pero aun este supuesto resulta problemático, pues depende de que Dios esté dispuesto a revelar la verdad y de que el elegido sepa interpretarla correctamente.

asunto<sup>38</sup>. Esta aserción es una simple consecuencia de la falibilidad de las instituciones humanas, y aunque ello sea lamentable, la misma no deja de ser verdad cuando la aplicamos a las instituciones encargadas de velar por los derechos. Si bien es cierto que el traer esto a colación puede parecer una trivialidad, no es menos cierto que no resulta infrecuente escuchar, sobre todo en las explicaciones de tipo históricas, el argumento de que “puesto que se constató que también la legislatura era capaz de vulnerar los derechos, entonces para contrarrestar estas violaciones se introdujo el control de constitucionalidad de la ley”. El problema con este argumento es que desconoce precisamente lo que acaba de decirse: que no hay ningún procedimiento infalible, y que, como se vio en el capítulo introductorio, por medio del control judicial también se pueden cometer violaciones contra los derechos humanos<sup>39</sup>, y no sólo por omisión, como suele creerse, sino por también por acción<sup>40</sup>. Así como los órganos jurisdiccionales no siempre promueven los derechos, las legislaturas no sólo no los desprecian siempre, sino que en ocasiones los promueven *a pesar* de las decisiones judiciales, como se verá en el siguiente capítulo. Para que este razonamiento a favor del control judicial prospere debe añadirse una premisa adicional, a saber, la de que los tribunales, aunque tampoco sean infalibles, son en efecto superiores desde un punto de vista instrumental. Pero en ausencia de esta premisa adicional (y de argumentos convincentes que le presten apoyo), quien esgrima el argumento traído a colación como justificación del control judicial se haría pasible de la réplica que desde siempre se ha dado a este tipo de planteamientos: habida cuenta la falibilidad de nuestras instituciones, ¿quién custodia entonces a los custodios? Como es sabido, esta pregunta es tan añeja como el propio pensamiento político.

---

<sup>38</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit.

<sup>39</sup> O. M. Fiss, “The Forms of Justice”, 93 *Harvard Law Review* 1 (1979), p. 15: “History is as filled with legislative and executive mistakes as it is filled with judicial ones” (aunque cabe aclarar que el autor defiende con firmeza el control judicial).

<sup>40</sup> En efecto, una ley que establezca determinados derechos de carácter social o laboral y que sea invalidada puede llegar a constituir una violación por acción más que por omisión, pero la cuestión, después de todo, tal vez no sea demasiado relevante, pues la distinción entre actos y omisiones es siempre elusiva, conforme se verá más abajo.

3. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TESIS DE LA SUPERIORIDAD INSTRUMENTAL DE LOS  
ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Puesto que, de conformidad a lo dicho en la introducción de este capítulo, lo que se intenta es verificar la fuerza del argumento tradicional a favor de la superioridad instrumental del control judicial, una buena manera de dar inicio a la discusión que tenemos por delante es la de reconstruir las razones en apoyo de dicha posición, algunas de las cuales señalan las ventajas del control judicial en tanto que otras señalan las desventajas del procedimiento legislativo<sup>41</sup>. Dichas razones pueden sintetizarse del siguiente modo. El procedimiento del control judicial prevé la adopción de decisiones por medio de jueces que a diferencia de los representantes electos, se hallan relativamente aislados de las presiones del electorado, lo cual los hace en mayor medida inmunes a las presiones mayoritarias que en el deseo de satisfacer sus propios intereses, en ocasiones pueden verse tentados a adoptar decisiones contrarias a los derechos de ciertos individuos o grupos. De este modo, se considera que los jueces son independientes, y puesto que son designados de por vida (o por períodos extensos de inamovilidad relativa), no deben dar cuentas de su actuación ante el electorado, lo cual facilita la adopción de decisiones imparciales. A diferencia de ello, los parlamentarios se ven muchas veces tentados a adoptar decisiones teniendo en miras sus posibilidades de reelección así como su popularidad, o bien otros condicionantes que podrían poner en peligro el proceso de decisión, como la opinión pública. En cuanto al ejercicio de su función, los jueces están obligados a dar razones jurídicas válidas a favor de sus decisiones, lo cual los distingue de las decisiones adoptadas por medio de los procesos políticos ordinarios que se basan fundamentalmente en la expresión de meras preferencias brutas, o bien, en el cálculo de interés, en el compromiso y en el regateo político. En este sentido, el proceso judicial es una herramienta apta para lidiar con decisiones sobre derechos pues favorece la adopción de decisiones apoyadas en la razón del derecho o en la argumentación jurídica, y no en meras preferencias mayoritarias u otras motivaciones volitivas contingentes. De hecho el proceso jurisdiccional se halla estructurado de manera tal a asegurar que el mismo se

---

<sup>41</sup> Lo que sigue es una presentación estilizada, no necesariamente presentada de este modo en concreto por ningún autor, aunque como se verá en la siguiente nota, existen trazas de estos argumentos en el planteamiento de varios autores.

desenvuelva de conformidad a criterios aceptables de justicia y racionalidad, y que impiden la apelación a recursos como la manipulación de la agenda y otras estratagemas arbitrarias, etc. En definitiva, los jueces están mejor situados y poseen un cúmulo de incentivos institucionales más propicios para tomar las decisiones más adecuadas en materia de derechos<sup>42</sup>.

A continuación presentaré cuatro líneas argumentales que, aunque no pretenden ser exhaustivas, tomadas en conjunto plantearían serias dudas sobre la supuesta superioridad instrumental de los órganos judiciales sobre los procedimientos legislativos de conformidad a los argumentos recién expuestos. Algunas de ellas tienen más fuerza, o al menos eso espero, en tanto que otras revisten un carácter más bien tentativo. En primer lugar, abordaré el problema de los derechos como principios políticos y morales abstractos y las dificultades que tiene el proceso jurisdiccional para lidiar adecuadamente con principios de esta naturaleza (epígrafe a). En segundo lugar, presentaré una discusión sobre el problema de la estructura típica del proceso jurisdiccional y de las dificultades que dicho modelo plantea de cara a la facultad de configurar definitivamente los

---

<sup>42</sup> Véase, a título meramente ejemplificativo, Fiss, cit., p. 10, donde afirma que las legislaturas “are not ideologically committed or institutionally suited to search for the meaning of constitutional values, but instead see their primary function in terms of registering the actual current preferences of the people”; J. Arthur, “Judicial Review, democracy and the special competency of judges”, en R. Bellamy (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Ashgate, Aldershot/Brookfield, 1996, p. 68; L. Alexander y F. Schauer, “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, 17 *Constitutional Commentary* 455 (2000), p. 476: “One reason for believing that the Supreme Court rather than Congress or the Executive is the best institution to wield the settlement authority, however, is the Court's relative insulation from political winds, a clear virtue unless one holds the view that constitutional interpretation is and should be no more than the expression of contemporary values and policies”; Michelman, cit., pp. 22-3; Kramer, cit., p. 992, quien lo presenta como un problema de determinación acerca de quién es el mejor intérprete de la constitución; y por citar un último ejemplo elocuente, S. G. Calabresi, “Thayer's Clear Mistake”, 88 *Northwestern University Law Review* 269 (1993), pp. 272 y ss.; y así sucesivamente. Procederé, como queda dicho, bajo la suposición de que existe de hecho una concepción tradicional que considera que el control judicial es instrumentalmente superior al proceso legislativo. Ésta es, en esencia, una tesis empírica, y creo que existen buenas razones para suponer que existe en la cultura jurídica una arraigada tradición que asume la tesis instrumental, pues ¿qué otras razones habría para defender la actual disposición institucional de los modelos fuertes de justicia constitucional? Pero independientemente a la veracidad o no de la tesis empírica, considero que partir de una suposición de este tipo puede al mismo tiempo constituir una suerte de recurso heurístico que nos permita abordar la cuestión instrumental de conformidad a un método de contraste y comparación institucional, en el que se parte del dato de que una de las instituciones comparadas (el control judicial) goza de una posición institucional privilegiada, de conformidad al modelo fuerte de justicia constitucional sobre el que se centra esta investigación. Por esa razón, no intentaré probar aquí la tesis empírica, ya que mis conclusiones no dependen de la veracidad de la misma.

contornos precisos de los derechos fundamentales en una determinada comunidad política (epígrafe b). En tercer lugar, intentaré sugerir que, al igual que el proceso judicial, la institucionalización del proceso legislativo también obedece a determinadas pautas de racionalidad. Seguidamente, intentaré incursionar en el debate sobre el valor epistémico de los procedimientos legislativo y judicial, respectivamente, para demostrar que aquel también cuenta con recursos importantes capaces de cuestionar la tesis de la superioridad epistémica de los procedimientos judiciales (epígrafe c). Finalmente, intentaré recordar que los órganos jurisdiccionales también actúan en un contexto institucional que les impone determinados constreñimientos políticos considerables que deberían ser tomados en cuenta en una evaluación global comparativa con el proceso legislativo (epígrafe d).

Algunas aclaraciones preliminares resultan apropiadas. En primer lugar, mi intención no es la de defender la tesis de que el control judicial carezca en absoluto de cualquier ventaja instrumental, pues considero que algunas intuiciones de la defensa clásica del control judicial poseen su cuota de verdad. La tesis que pretendo defender es más modesta, y afirma únicamente que no puede afirmarse con rotundidad la superioridad de un procedimiento sobre otro. En efecto, las cuatro líneas argumentales que serán traídas a colación no pretenden demostrar categóricamente la superioridad del procedimiento legislativo, sino únicamente llamar la atención acerca del hecho de que, contrariamente a una creencia muy difundida, lo cierto es que hasta la fecha no poseemos un conocimiento demasiado exacto acerca de cuál de ambos procedimientos es en efecto superior desde un punto de vista instrumental. Todo lo que sabemos es que, así como existen razones que apuntan hacia el procedimiento judicial, también existen razones que apuntan hacia las virtudes del procedimiento legislativo, aun cuando este último extremo haya sido con frecuencia soslayado.

Por otro lado, cabe recordar que en el capítulo 1 se intentó establecer un marco general que podría servir como esquema conceptual con el cual abordar de manera adecuada el problema del diseño institucional de una sociedad bien ordenada. Dijimos igualmente que si bien dicho esquema podría ser útil como punto de partida, el mismo era susceptible de ser afinado y sometido a matizaciones en función a las especificidades de cada sistema político en concreto. Quizás sea en el ámbito de las cuestiones discutidas en este capítulo en el que quepa realizar las mayores excepciones al esquema. Ello es así sobre todo en atención a que contexto norteamericano –que es el que nos servirá



nuevamente de guía–, el control judicial de la ley se halla inmerso en un contexto institucional y legal que lo diferencia de otros sistemas de justicia constitucional, en especial del modelo europeo. Algunas de las diferencias organizativas entre ambos modelos, como la institución del tribunal de manera independiente al poder judicial y especializado en asuntos constitucionales propio del modelo europeo, así como en general la diferencia de prácticas predominantes en cada uno de ellos, pueden llegar tener una influencia importante sobre las conclusiones a ser extraídas. En efecto, algunos autores consideran que los tribunales constitucionales independientes orgánicamente del poder judicial podrían verse liberados de algunos de los constreñimientos que afectan al funcionamiento del control judicial en el modelo norteamericano. A su vez, la especialización podría traer aparejada mayores aptitudes para enjuiciar leyes que puedan afectar a los derechos<sup>43</sup>. En consecuencia, la presencia de estas variables podría llegar a tener incidencias significativas sobre la capacidad del control de constitucionalidad para dar respuestas adecuadas en materia de derechos, según cuál de los modelos esté en juego<sup>44</sup>. De todos modos, y aunque la cuestión no será abordada aquí, otros autores ponen de manifiesto que se ha producido un acercamiento entre ambos modelos, lo cual haría que sus técnicas tiendan a converger, con lo cual nuevamente se plantearía la duda de cómo afectarían los argumentos que serán expuestos a los tribunales constitucionales de inspiración kelseniana<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> De todos modos, algunos autores sostienen que la Corte Suprema de los EE.UU. es a todos los efectos prácticos un tribunal constitucional, aunque no se trate exclusivamente de un órgano de la jurisdicción constitucional. Véase, por ejemplo, D. López Garrido *et al.* (dirs.), *Nuevo derecho constitucional comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 418; M. Cappelletti y W. Cohen, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1979, pp. 80, 84, y 95; F. Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, en la compilación citada del mismo autor, p. 470.

<sup>44</sup> Por ejemplo, P. Yowell, *Judicial Review of Legislation and Selected Issues of Institutional Competence*, tesis sometida para la obtención del grado de MPhil. en la Universidad de Oxford, 2004; y Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *cit.*, p. 1359, sugiere que los tribunales constitucionales quizás estén mejor equipados que los órganos judiciales que forman parte de la estructura judicial jerárquica tradicional.

<sup>45</sup> Cfr., M. Rosenfeld, “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts”, 2 *International Journal of Constitutional Law* 633 (2004), p. 663: “The practice of constitutional interpretation in Europe...is today not much different from that employed by American judges...In short, the more that European constitutional judges must look to history, values, and broad principles to resolve constitutional cases, the more their actual work of interpretation is likely to resemble that of their American counterparts.” En el mismo sentido, A. Stone Sweet, “Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter”, 101 *Michigan Law Review*

Finalmente, debo advertir que algunas de las posiciones que intentaré defender presuponen una determinada concepción de la función jurisdiccional. No obstante, mi intención no es la de sugerir que existe, en un mundo platónico ideal, un molde puro y adecuado de la función jurisdiccional a la que deben adecuarse todos los órganos existentes bajo el riesgo de ser denostados. Mi propósito más bien es el de determinar, en base a la experiencia y a ciertos rasgos relevantes que poseen de hecho los sistemas jurisdiccionales, si los mismos resultan aptos o no para llevar a cabo determinadas funciones. Al hacer esto último, deseo recordar de paso algo que muchas teorías sobre el control judicial parecen olvidar, a saber, que al igual que los legisladores, los jueces también son funcionarios que operan en un contexto institucional que les impone notorios constreñimientos políticos, de tiempo, sobrecarga de trabajo, acceso limitado a la información, deficiencias cognitivas varias, así como muchas otras contingencias<sup>46</sup>.

a) *Los derechos fundamentales como principios morales y políticos abstractos y las limitaciones del discurso técnico-legal*

En el contexto norteamericano, el control judicial de la ley ha sido fundamentado históricamente teniendo en mente una distinción bastante nítida entre el derecho y la política. En tanto que la política podía estar sujeta a desacuerdos que debían ser resueltos por medio de los mecanismos políticos ordinarios como el voto, la negociación, el compromiso, etc., había ciertas cuestiones que la constitución removía de la agenda política ordinaria y que las dejaba reservada a la decisión de los jueces, quienes debían resolverlas aplicando el derecho objetivo de conformidad a las técnicas propias del método jurídico. De esta forma, al aceptar que la constitución era una “ley fundamental”, era natural asumir que las cuestiones constitucionales debían quedar reservadas a quienes poseyeran tanto el entrenamiento como los conocimientos adecuados en los intrincados

---

2744 (2003), p. 2746, afirma que “despite obvious organic differences between the American and European systems of review, there is an increasing convergence in how review actually operates”; y por poner otro ejemplo, L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 165, se expide en parecidos términos. Para un estudio comparativo, véase además A. Ruiz Miguel, “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, 23 *Doxa* (2000).

<sup>46</sup> Sunstein y Vermeule, “Interpretation and Institutions”, cit., p. 938.

asuntos de la ciencia del derecho. Entre sus remotos antecedentes, esta concepción según la cual el derecho era una cuestión reservada a los especialistas quedó plasmada en la famosa respuesta del juez Coke al Rey de Inglaterra, cuando afirmó, en un pasaje célebre, lo siguiente<sup>47</sup>:

“The King said, that he thought the Law was founded upon Reason, and that he and others had Reason, as well as the Judges: To which it was answered by me, that true it was, that god has endowed his Majesty with excellent Science, and great Endowments of Nature, but his Majesty was not learned in the Laws of his Realm of England...[Cases] are not decided by natural Reason, but by the artificial Reason and Judgment of Law, which Law is an Act which requires long Study and Experience, before that a Man can attain to the Cognizance of it”<sup>48</sup>.

En otras palabras, Coke daba entender que existían cuestiones técnico-jurídicas que no estaban al alcance del hombre lego, por más sabio que éste pudiera ser, sino que sólo podían ser abordadas correctamente por quienes poseían el conocimiento necesario de la arcana y esotérica ciencia del derecho. Quizás éste sea uno de los orígenes de la concepción tradicional según la cual las cuestiones sobre los derechos consagrados en la constitución debían ser dejadas en manos de los jueces. Autores como Hamilton insistirían luego en que la tarea de interpretar las leyes formaba parte del dominio propio de la función judicial, y puesto que la constitución debía ser concebida como una “ley” fundamental, entonces los jueces debían encargarse de su interpretación<sup>49</sup>. A su vez, en *Marbury v. Madison*<sup>50</sup>, Marshall señalaba que “[l]a tarea de los tribunales consiste, solamente, en decidir sobre los derechos de los individuos”, contraponiendo esta función a las cuestiones “políticas” que no eran competencia propia de los tribunales<sup>51</sup>. Aunque Marshall enfatizó el carácter no controvertido de la interpretación constitucional, “su

---

<sup>47</sup> Episodio en el cual muchos ven un antecedente del control judicial de la ley en los EE.UU., a pesar de que, como es sabido, la doctrina nunca prosperó en Inglaterra. Para una exposición, véase B. Schwartz, *A History of the Supreme Court*, Oxford, New York/Oxford, 1993, en especial la introducción.

<sup>48</sup> Cit. en Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation”, cit., p. 810.

<sup>49</sup> Véase *El Federalista No. 78*. Cfr. además, Whittington, cit., p. 812.

<sup>50</sup> U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>51</sup> Whittington, cit., p. 812.

distinción entre derecho y política se benefició de la creencia en la naturaleza esotérica del razonamiento judicial que privilegiaba las credenciales académicas del juez sobre las credenciales representativas del legislador”<sup>52</sup>.

A esta imagen de los derechos como entidades meramente jurídicas pretendo poner de relieve la dimensión política y moral de los derechos a la que se hacía alusión en el capítulo 1. El constitucionalismo contemporáneo se nutre de una filosofía política y moral según la cual los individuos tienen derechos contra el estado, derechos que actúan como límites ante lo que puede exigirse de cada persona considerada individualmente en aras a la satisfacción del interés colectivo. Dada la importancia que esta filosofía ha adquirido, hasta el punto de convertirse en la moralidad pública de la modernidad, casi todas las constituciones del mundo cuentan hoy día con un catálogo de derechos, en el entendimiento de que ésta es la mejor manera de institucionalizar el compromiso de la comunidad hacia la idea de los derechos, o bien por otros motivos de carácter simbólico, educativo, o por otro tipo de razones, como la de intentar ofrecer una imagen aceptable ante la comunidad internacional, etc.<sup>53</sup> Pero a pesar de su “positivización”, hicimos notar igualmente en el capítulo 1 que los derechos no por eso pierden totalmente su carácter de principios morales y políticos abstractos, los cuales habrán de resultar plenamente relevantes para una comunidad política en la medida en que la idea de los derechos se halle incorporada a su cultura política de manera estable.

Desde la teoría del derecho, existen varias maneras de dar cuenta de este fenómeno de “positivización” de los derechos, y de hecho se han creado escuelas enfrentadas en torno a cómo concebir el mismo<sup>54</sup>. Independientemente a este debate en el que no es necesario entrar, lo cierto es que la estrecha relación entre los derechos fundamentales y el razonamiento moral parece ser una de las consecuencias inevitables del paradigma constitucional contemporáneo en el que los derechos son incorporados

---

<sup>52</sup> Whittington, cit., p. 809. Cuestión distinta es la de determinar la naturaleza política o jurídica de la constitución según el entendimiento de los “framers”. Así, Kramer, “The Supreme Court 2000 Term Foreword: We the Court”, cit., ha argumentado que éstos no concebían la constitución como un documento jurídico en el sentido tradicional, y que en consecuencia, la misma no caía bajo el dominio propio de las cuestiones legales normalmente atribuidas a los jueces y abogados.

<sup>53</sup> Éste sería el caso de los países que salen de experiencias políticas traumáticas, signadas por gobiernos autoritarios.

<sup>54</sup> Me refiero a la disputa entre el positivismo jurídico “inclusivo” y el “exclusivo”.

como estándares normativos contra los cuales contrastar las leyes para verificar su conformidad o no con los mismos. Una prueba de ello es que, a diferencia de las concepciones de Coke, Hamilton y Marshall, una buena cantidad de autores importantes actualmente defienden el rol del control judicial no sobre la base de la pericia y el entrenamiento especial que poseen los jueces en tanto que abogados para lidiar con cuestiones de interpretación legal, sino sobre la base de que dicha función es apta para ejercitar las facultades del razonamiento práctico sobre las complejas cuestiones de principios y de moralidad política que aparecen involucradas en toda contienda en la que esté en juego la aplicación de un derecho fundamental.

Por ejemplo, Ronald Dworkin ha pasado una buena parte de su carrera académica insistiendo en que los tribunales deberían actuar como foros de principios de manera a disciplinar al debate político y conducirlo por el cauce de la moralidad política<sup>55</sup>, y ha abogado por una teoría de la interpretación constitucional a la que denomina, significativamente, como la “lectura *moral* de la constitución”<sup>56</sup>. John Rawls, en sus trabajos posteriores, al desarrollar la idea de la razón pública de los ciudadanos de una sociedad pluralista, no dudó en caracterizar a la Corte Suprema como la institución que mejor ejemplifica el uso de la razón pública con la cual deliberar sobre los principios fundamentales que habrán de presidir la vida de la comunidad<sup>57</sup>. Ya tuvimos ocasión de ver, en el capítulo anterior, cómo Frank Michelman concibe a los tribunales como el *locus* del diálogo social, en un proceso de autocomprensión y afirmación de los valores de la comunidad política<sup>58</sup>. Referencias similares que enfatizan el papel de la Corte Suprema en promover el diálogo comunal pueden hallarse en la obra Bruce Ackerman, probablemente el constitucionalista contemporáneo más influyente en los Estados

---

<sup>55</sup> Véase, por ejemplo, R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard, Cambridge, 1985, p. 70; y del mismo autor, R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Cambridge, 1996, pp. 331 y 343, donde sostiene que la interpretación constitucional exige encarar “cuestiones fundamentales de moralidad política y filosóficas”, y no “technical exercises in an arcane and conceptual craft”.

<sup>56</sup> Véase la introducción a Dworkin, *Freedom's Law...*, cit.

<sup>57</sup> Véase , J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia, New York, 1996, y del mismo autor, “The Idea of Public Reason Revisited”, en J. Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard, Cambridge, 1999.

<sup>58</sup> Véase el capítulo 2, apartado 3, epígrafe b).

Unidos<sup>59</sup>. Por poner un último ejemplo, en una de las defensas recientes más importantes de la institución del control judicial de la ley, Christopher Eisgruber mantuvo, en una línea similar, que “deberíamos interpretar los conceptos morales y políticos ambiguos de la Constitución como si exigieran a los ...[ciudadanos] que ejerciten su mejor juicio sobre las materias a las que dichos conceptos aluden”<sup>60</sup>.

En el ámbito español no han faltado prescripciones similares. Por ejemplo, Víctor Ferreres ha abogado a favor de que el tribunal constitucional articule “de modo relativamente inmediato y directo las controversias morales que se desarrollan en la comunidad política, sin que el debate se transforme por ello en un mero ejercicio filológico”<sup>61</sup>. Añade que de este modo se evitará que la discusión sobre los derechos y libertades “no se[a] una preocupación escolástica o legalista, sino una preocupación encomiable por encontrar razones públicas que puedan justificar las decisiones legislativas ante los miembros de una cultura constitucional desarrollada”<sup>62</sup>.

Las posturas expuestas hasta aquí dejarían en evidencia que la importancia que ha cobrado –al menos entre un importante grupo de autores–, el cambio desde una concepción del control judicial apoyada en la ciencia del derecho a la aspiración de un discurso basado en los principios normativos de la ética pública<sup>63</sup>, y que enfatizan el diálogo y la deliberación pública en torno a los principios y valores morales que preocupan a una sociedad pluralista. De conformidad a algunas de estas nuevas concepciones, el control judicial podría cumplir una función política valiosa y distintiva en el marco de un Estado constitucional, al erigirse en una institución facilitadora del debate sobre los principios políticos y morales más importantes, los cuales no pueden quedar librados al proceso político ordinario con su lógica mayoritaria y sus prácticas de regateo, compromiso, negociación, etc. Se estaría propiciando así una especie de división del trabajo, en función de la cual el control judicial constituiría una herramienta apta para

---

<sup>59</sup> Véase, en general, B. Ackerman, *We the People: Foundations*, Harvard, Cambridge, 1991.

<sup>60</sup> C. L. Eisgruber, *Constitutional Self-Government*, Harvard, Cambridge, London, 2001, p. 40.

<sup>61</sup> V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 185.

<sup>62</sup> Id.

<sup>63</sup> Whittington, cit., p. 812.

lidiar con los problemas de moralidad política que atañen a una comunidad y que, dado su carácter especial, no son aptas para ser dejadas en manos del proceso político ordinario, el cual debería ocuparse de otro tipo de cuestiones relativas al interés colectivo, a la política social y económica, etc.<sup>64</sup>.

Sin embargo, una vez que admitimos que el razonamiento sobre los derechos fundamentales supone un acercamiento, al menos parcial, con complejas cuestiones abstractas de principios y de moralidad política, en el modo en el que sugieren estos mismos autores, la pregunta sobre la superioridad instrumental debería reformularse del siguiente modo: ¿hasta qué punto puede seguir sosteniéndose la superioridad del control judicial de la ley como herramienta apta lidiar con problemas de dicha naturaleza? Debe hacerse notar que, planteado en estos términos, el problema ya no consiste en determinar si los jueces “saben más de derecho” que los legisladores, que al fin y al cabo son políticos y a diferencia de los anteriores, no necesariamente son abogados ni tienen entrenamiento en cuestiones técnico-legales<sup>65</sup>. En el contexto de esta discusión, y siguiendo a los autores aludidos, cuando hablamos de “derechos” se alude a los derechos en tanto que fundamentos políticos y morales de una comunidad política, aun cuando los mismos puedan hallarse recogidos en un catálogo de rango constitucional. Desde este punto de vista, la cuestión estriba en determinar si la mejor manera de abordar estas cuestiones es a través del método jurídico, si debería existir o no un cuerpo de doctrina técnico-legal para lidiar con estos complejos asuntos políticos y morales que en el fondo son los derechos fundamentales<sup>66</sup>, y si es que ese complejo doctrinario debería hacerse prevalecer a expensas de una interpretación efectuada en sede legislativa en un momento político dado.

Planteado en estos términos, una primera respuesta que debemos desestimar es la creencia de que los jueces, en tanto que individuos, poseen una sabiduría superior a la de los ciudadanos ordinarios o a la de sus representantes en tanto que individuos para

---

<sup>64</sup> C. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Constitutional Review*, capítulo 6.

<sup>65</sup> Tampoco está en juego aquí la acepción técnico-legal de la palabra “derechos” y que se vincula normalmente con la función jurisdiccional, en el sentido de que la “justicia está para decir el *derecho* de una de las partes”.

<sup>66</sup> J. Waldron, “Rights and Majorities: Rousseau Revisited”, en la compilación del mismo autor, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge, 1993, p. 417

deliberar en materia de complejas cuestiones de principios y moralidad política como lo son los derechos fundamentales<sup>67</sup>. De hecho los jueces son normalmente seleccionados en función a sus conocimientos técnico-legales y no en razón de su especial sabiduría en materia moral y política, acerca de la cual no cabe asumir que necesariamente deban poseer virtudes especiales de las que carecen otras personas o funcionarios. Una vez que descartamos esta variante del “elitismo epistemológico”<sup>68</sup>, la pregunta debe ser si los jueces, actuando en su capacidad institucional, estarían dotados de ciertas ventajas a la hora de deliberar sobre dichas cuestiones, en comparación con la capacidad de los representantes cuando actúan en su calidad de representantes. La atención se traslada entonces a las condiciones institucionales en las que dichos actores operan, con todo el cúmulo de limitaciones e incentivos que imperan en dichas condiciones, así como el tipo de competencia o el grado de habilidad institucional que dichas condiciones proporcionan de cara a la tarea que tienen entre manos. En el capítulo 1, al explicitar las presuposiciones sobre las sociedades a las que se aplica la crítica al control judicial de la ley, incluimos entre los rasgos que caracterizan a una sociedad bien ordenada a un órgano jurisdiccional creado específicamente para cumplir un cúmulo de funciones sociales importantes, entre las que se destacan la de resolver y adjudicar disputas aplicando el derecho vigente, la de contribuir al mantenimiento de la vigencia del Estado de derecho, etc.<sup>69</sup> Se presumía allí que al igual que las instituciones representativas, dicho órgano jurisdiccional funciona de manera relativamente aceptable, en el sentido de que es apto para cumplir las labores para las que el órgano fue instituido. La pregunta que nos ocupa en este momento es la de si un órgano estructurado para atender a un determinado tipo de tareas propias de la administración de justicia es realmente capaz de emprender al mismo tiempo una tarea de deliberación sobre las cuestiones morales y de principios que habrán de presidir la vida de la comunidad y que son objeto de profundos desacuerdos entre sus miembros.

---

<sup>67</sup> Hay, sin embargo, quien plantea la discusión en estos o parecidos términos. Por ejemplo, Posner, “Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation”, cit., p. 959, sugiere que los jueces de los tribunales federales de apelación norteamericanos serían como consejos de “ancianos sabios” (“wise elder”). (La expresión original es del artículo de R. Posner, “Pragmatic Adjudication”).

<sup>68</sup> Sobre el punto, véase *infra*, apartado 3, epígrafe b).

<sup>69</sup> Véase el capítulo 1, apartado 2, epígrafe c).



A mi criterio, las concepciones que ven en el control judicial una herramienta apta para lidiar con este tipo de asuntos pasan por alto fundamentalmente que un órgano de naturaleza jurisdiccional quizás no sea institucionalmente apto para embarcarse en la empresa de razonar y deliberar sobre cuestiones de moralidad política. Quizás la prueba más importante se desprenda del análisis empírico que muchas veces las teorías normativas simplemente soslayan. Los resultados de cualquier investigación de este tipo suelen ser decepcionantes en cuanto al contraste entre los estándares que dichas teorías imponen y el modo en que realmente operan los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de la función del control judicial, y quien pretenda hallar en las sentencias de los tribunales un modelo de argumentación moral y política sobre los derechos fundamentales probablemente no lo encuentre<sup>70</sup>. Así, tras un estudio pormenorizado de algunos casos relevantes, el teórico de la democracia deliberativa Christopher Zurn llega a la conclusión de que las opiniones de los tribunales de apelación y de la propia Corte Suprema “no se hallan, en lo principal, concentradas en cuestiones morales y políticas de principios”, sino más bien “en la *tecnicalia* del argumento jurídico-legal: jurisdicción, precedentes, consistencia, autorización, distinguibilidad, separación entre doctrina y *dicta*, justiciabilidad, cánones de interpretación”, etc.<sup>71</sup> A lo cual el constitucionalista Keith Whittington añade que “[e]n la práctica, los magistrados pasan más tiempo

---

<sup>70</sup> M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, Princeton, 1999, p. 194: “Some think that the Supreme Court’s elaboration of constitutional law has given us a rich vocabulary of practical political philosophy. It has not...”. Para hacer que la constitución esté más cerca del ciudadano ordinario, de conformidad a su “constitucionalismo popular”, Tushnet propone en general concebir la constitución no en su totalidad, sino considerando únicamente sus principios abstractos más importantes, incluso los contenidos en documentos como la Declaración de la Independencia. Tushnet distingue así entre la constitución “gruesa” y la “fina”. La idea del autor es simplificar la constitución, hacerla más “fina”, según su propuesta, a fin de que ésta quede al alcance del ciudadano medio (Id., pp. 9 y ss.). De esta forma, el discurso en torno a la constitución podría verse liberado de algunos tecnicismos que dificultan la fluidez del discurso constitucional: “No three-part tests, no balancing of interests, no distinctions between content-neutral and subject-matter-based regulations of free expresión –and no Emoluments Clause. Just the Declaration of Independence and the Preamble” (Id., p. 185). Desde una posición ideológica opuesta, aunque en parecidos términos, Posner, *Frontiers in Legal Theory*, cit., p. 21, escribe: “In the hands of judges, constitutional law loses most of its inspirational potential, becoming a jumble of particulars that lacks conceptual or rhetorical unit”.

<sup>71</sup> Zurn, cit., capítulo 6.

analizando y empleando sus propios precedentes antes que en construir una visión coherente, por no hablar ya de convincente, de la justicia”<sup>72</sup>.

Todo esto sugeriría que las concepciones que ven en el control judicial una herramienta apta para la deliberación sobre cuestiones de principios y de moralidad política deberían ser objeto de una revisión profunda. Hay buenas razones para pensar que las observaciones de Zurn, Whittington y otros autores<sup>73</sup>, no son puramente contingentes o fruto de un análisis defectuoso motivado por una selección de casos sesgada. En efecto, dados los rasgos estructurales del proceso judicial en general y del contexto institucional y normativo en el que operan los tribunales, es de esperar que dichos órganos produzcan el tipo de argumentos y decisiones que se desprenden de las sentencias de relevancia constitucional y que demuestran esa inclinación que estos autores resaltan hacia cuestiones de carácter técnico-legal. La figura del control judicial se halla inmersa en un contexto institucional y legal que impone ciertos condicionamientos relevantes propios de toda función jurisdiccional. Por ejemplo, los tribunales actúan en el marco de un proceso estructurado institucionalmente sobre la base de un modelo adversarial, lo cual condiciona el modo en el que quedará articulada una disputa constitucional llevada ante dichos órganos. Los jueces no pueden simplemente deliberar sobre principios morales abstractos de manera libre y desinhibida, sino que

---

<sup>72</sup> Whittington, cit.

<sup>73</sup> En efecto, otros autores también han llamado la atención sobre el fenómeno. Por ejemplo, M. Horwitz, “The Supreme Court 1992 Term Foreword: The Constitution of Change. Legal Fundamentality without Fundamentalism”, 107 *Harvard Law Review* 30 (1993), pp. 98-9, escribe: “most of this Court’s opinions are surrounded by a thick undergrowth of technicality. With three or four ‘prong’ tests everywhere and for everything; with an almost medieval earnestness for classification and categorization; with a theological attachment to the determinate powers of various ‘levels of scrutiny’; with amazingly fine distinctions that produce multiple opinions designated in Parts, sub-parts, and sub-sub parts; this is a Court whose Justices appear caught in the throes of various methodological obsessions”. Véase además R. F. Nagel, “The Formulaic Constitution”, 84 *Michigan Law Review* 165 (1985), criticando el lenguaje formalista de la Corte Suprema que produce un inevitable distanciamiento con la opinión pública, así como un empobrecimiento del pensamiento del tribunal. Por citar un último ejemplo, J. Wade Nowlin, “Judicial Moral Expertise and Real-World Constraints on Judicial Moral Reasoning”, en C. Wolfe (ed.), *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton, Princeton/Oxford, 2004, argumenta de manera convincente que, dados los constreñimientos bajo los que operan, los jueces son incompetentes para llevar a cabo una argumentación moral sofisticada. Por el contrario, el tratamiento de delicadas cuestiones morales y de principios por los tribunales muchas veces deja mucho que desear, y se caracteriza por la pobreza de y la oquedad de la argumentación, así como por el empleo de tecnicismos que resultan propios de la función judicial, pero que pueden llegar a tener un efecto distorsionador sobre el discurso moral.

deben seguir determinadas reglas establecidas de la práctica jurídica, como la adhesión a los precedentes<sup>74</sup>, a determinados cánones de interpretación, así como a las sentencias de los tribunales superiores, etc., y así sucesivamente. Al decir de Sadurski, la deliberación puede más bien verse empobrecida antes que enriquecida si los jueces obtienen su información solamente de los *briefs* y de las constancias preparados para el caso *sub judice*, si se les prohíbe buscar opiniones externas (excepto por medios limitados como los *briefs* de *amicus curiae*), y si sólo las partes del caso pueden ser oídas en cada disputa, en tanto que otras formas de participación pública en el proceso son en general desalentados<sup>75</sup>. En síntesis, los constreñimientos bajo los cuales se desarrolla normalmente la función jurisdiccional arrojan serias dudas sobre la capacidad de los jueces para deliberar sobre cuestiones morales y políticas de manera adecuada.

Ahora bien, nada de esto implica una crítica a los tribunales en cuanto tales, es decir, como órganos encargados de resolver disputas, de mantener la vigencia del Estado de derecho, o de administrar justicia, en un sentido amplio de la expresión. Todo lo que el argumento sugiere es que, si bien los tribunales podrían tener una competencia técnico-legal para resolver disputas jurídicas o de interpretación de textos legales, no parecen ser especialmente aptos para deliberar sobre cuestiones de principios y de moralidad política. No es mera casualidad que algunas de las más prominentes teorías sobre el control judicial, como la de las “passive virtues” de Bickel<sup>76</sup> o la del minimalismo judicial de Sunstein<sup>77</sup>, constituyan precisamente intentos de restringir la labor de los tribunales para evitar que éstos se vean abocados a la empresa de deliberar sobre cuestiones políticas y morales que dividen profundamente la comunidad. Y si los tribunales se dispusieran a

---

<sup>74</sup> Aunque se discute en el contexto constitucional la fuerza de los precedentes, resulta admitido que los tribunales normalmente deben prestar su adhesión a éstos o presentar razones para no seguirlos. Para un discusión introductoria, véase W. Sinnott Armstrong y S. J. Brison, “A Philosophical Introduction to Constitutional Interpretation”, en la compilación de los mismos autores, *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview, Boulder/San Francisco/Oxford, 1993, pp. 12 y ss.

<sup>75</sup> Sadurski, cit, p. 294.

<sup>76</sup> A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., 1986.

<sup>77</sup> C. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard, Cambridge, 1999. Véase además la doctrina del caso *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288 (1936). En el ámbito de habla hispana, una discusión útil en V. Ferreres Comella, “Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional”, 65 (II) *Revista Vasca de Administración Pública* 73 (2003).

encarar esta tarea de manera más desembarazada de los constreñimientos técnico-legales, ello podría resultar contraproducente en cuanto a sus funciones como órganos jurisdiccionales encargados de resolver disputas de conformidad al derecho vigente sobre la base de su independencia e imparcialidad. En efecto, estos dos últimos principios, sobre los cuales normalmente se organiza la función jurisdiccional en las sociedades bien ordenadas, imponen determinados tipos de constreñimientos sobre quiénes podrán ser considerados partes en el juicio, cómo habrán de aportarse los elementos probatorios, el tipo de argumentos que serán tenidos por válidos, etc. De modo que por un lado, la organización de la función jurisdiccional sobre la base de los principios de independencia e imparcialidad parece favorecer un esquema de incentivos para que los jueces deliberen adecuadamente sobre los derechos, en oposición a las legislaturas, las cuales se hallan sometidas a la presión del electorado y a otros problemas de incentivos. Pero por otro lado, esos mismos requerimientos organizativos de la función jurisdiccional pueden al mismo tiempo poner límites a su capacidad para considerar todos los aspectos morales que pueden resultar involucrados en una disputa sobre los derechos<sup>78</sup>, con la consiguiente merma de su capacidad instrumental para dar respuestas adecuadas en materia de derechos. Por ejemplo, si se permitiera a los jueces desvincularse de los precedentes o de los cánones tradicionales de interpretación con la finalidad de que puedan abordar de manera más desembarazada una cuestión de moralidad política, ello podría atentar contra el principio de imparcialidad, y así sucesivamente.

Las aportaciones de Waldron en este punto también resultan provechosas. De hecho el autor en sus primeros trabajos se mostró crítico no sólo hacia la institución del control judicial, sino también hacia la consagración de los derechos en un catálogo constitucional. Entre otras razones, alegaba que debido a los profundos desacuerdos que existen en materia de derechos, es mejor permitir que dichos desacuerdos fluyan y evolucionen libremente, pudiendo airearse y ventilarse las cuestiones morales envueltas sin necesidad de emplear como referencia un catálogo prefijado que, en definitiva, ha sido producto de una coyuntura temporal específica. Esta prefijación podría tener algunos efectos nocivos. En primer lugar, el vincular la discusión sobre los derechos a un catálogo escrito, sobre todo cuando esto se hace acudiendo al empleo de técnicas

---

<sup>78</sup> Sadurski, cit., p. 294.

jurídicas, puede terminar por empobrecer una discusión moral y de principios que debería poder ventilarse abiertamente. En segundo lugar, la prefijación de un determinado grupo de derechos, atrincherándolos con respecto a las decisiones políticas ordinarias mediante la técnica de la rigidez constitucional, puede suponer, siempre y cuando no se disponga de una formulación lo suficientemente abstracta, que se favorezca arbitrariamente la decisión tomada en un tiempo 1 a las que una mayoría de ciudadanos pudiera tener la intención de adoptar en un tiempo 2. Al haberse dificultado el procedimiento a través de la técnica de la rigidez, se rompe lo que sería una base “neutral” para encarar las disputas sobre los derechos<sup>79</sup>. A esto puede añadirse además que la inclusión de ciertos derechos en un catálogo determinado con exclusión de otros (por ejemplo, el caso de la Constitución norteamericana que no incluye derechos socioeconómicos), puede terminar sesgando la actitud interpretativa hacia los derechos en su conjunto, privilegiando, por ejemplo, un entendimiento que priorice la propiedad privada en detrimento de otros derechos o medidas de contenido más igualitario o social<sup>80</sup>.

La crítica a la constitucionalización y al problema de la rigidez es ajena a nuestros propósitos<sup>81</sup>. De cualquier manera, algunos de los argumentos recién expuestos podrían ser aprovechados en la discusión que nos ocupa de cara al valor instrumental del control judicial. En lo tocante al proceso judicial, las formulaciones contenidas en los catálogos de derechos producen la consecuencia inevitable de que los tribunales tienden a desarrollar una suerte de inclinación hacia el textualismo característico de la función de aplicar las leyes en general. De este modo, la riqueza de las disputas morales sobre los derechos se ven notablemente empobrecidas al tener que ceñirse a una fórmula textual, en lugar de ser ventiladas de manera libre y directa. A criterio de Waldron, el proceso

---

<sup>79</sup> Otras razones que Waldron alegaba, por ejemplo, en “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, 13 *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1993), no tienen que ver estrictamente con el problema de interpretación. Por ejemplo, el autor sostenía que la constitucionalización implica una actitud de excesiva confianza hacia uno mismo y de falta de confianza hacia los demás. El autor también aludía a razones estratégicas. Finalmente, señalaba que la consagración de un derecho de rango constitucional supone una correlativa inhabilitación (Hohfeld) a las legislaturas para que lo enmienden, adapten o revisen. E inhabilitar a los legisladores es una forma de inhabilitar a los ciudadanos a quienes éstos representan.

<sup>80</sup> Waldron, “A Right-Based Critique...”, cit., pp. 25 y ss.

<sup>81</sup> Véase el capítulo 1, apartado 1.

judicial norteamericano suele revelar el abuso que se hace de las fórmulas jurídicas vinculadas a los derechos:

“[u]na lección de la experiencia constitucional norteamericana es que las palabras de cada disposición del *Bill of Rights* tienden a cobrar vida propia, convirtiéndose así en una especie de frase prefabricada para expresar obsesivamente todo lo que uno pudiera querer decir con relación al derecho en cuestión. Por ejemplo, la doctrina de la Primera Enmienda se ocupa hasta el punto de escolasticismo con la cuestión acerca de si una forma problemática de conducta que el Estado tiene interés en regular debe ser concebida como ‘expresión’ (*speech*) o no. (‘¿Es la pornografía ‘speech’?’ ‘¿Es quemar una bandera ‘speech’?’...y así sucesivamente. Pero de seguro ésta no es la manera de argumentar acerca de los derechos”<sup>82</sup>.

Quizás sin esta preocupación por los formalismos técnico-legales, la gente podría discutir sobre “el aborto, la discriminación, el castigo y la tolerancia en cualesquiera términos que les parezcan apropiados, libres de la obsesión del verbalismo de un documento escrito”<sup>83</sup>. Lo mismo puede decirse de otras fórmulas típicas del derecho constitucional americano, como las del “trato cruel e inhumano”, “el libre ejercicio de la religión”, “el debido proceso legal”, etc. Un discurso más informal podría resultar liberador, según Waldron, y podría contribuir además a que se encaren más directamente los principios que realmente deberían ser tenidos en cuenta, todo ello en lugar de tener que rebuscar entre las fuentes legales para intentar construir dichos principios sobre la base “de algún texto sagrado, en un ejercicio tendencioso de caligrafía constitucional”<sup>84</sup>.

Cabe señalar nuevamente aquí, aun bajo el riesgo caer en la insistencia, que no hay nada reprochable en el hecho de que, fuera de los casos de control constitucional de la ley y en el ejercicio normal de la función jurisdiccional, los jueces desempeñen sus funciones de la manera en que lo hacen, ciñéndose al texto, a los precedentes, y en general, a los cánones tradicionales de hermenéutica jurídica o de la argumentación

---

<sup>82</sup> Waldron, “A Right-Based Critique...”, cit., p. 26.

<sup>83</sup> Id.

<sup>84</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, cit., p. 290. En J. Waldron, “Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators”, *23 Supreme Court Law Review (2d)* 7 (2004), p. 44, dirá más contundentemente aún: “We tell ourselves that the Court is a forum of principle, a forum for focused and sustained moral argument. But it is a myth.”

judicial. De hecho eso es lo que cabe esperar de la función judicial (razón por la cual un poder judicial que funcione adecuadamente también forma parte de las presuposiciones de la crítica)<sup>85</sup>. Sin embargo, en lo que a los derechos fundamentales se refiere, esto nuevamente presenta una seria dificultad para el argumento basado en resultados<sup>86</sup>. Si los tribunales deliberan de esta manera y no de manera abierta y directa, desembarazada de los constreñimientos técnicos de la función judicial, ¿hasta qué punto puede seguir defendiéndose la tesis de que el proceso judicial es más apto para alcanzar resultados adecuados en controvertidas cuestiones morales y de principio? En definitiva, en lugar de que el proceso sirva para ventilar abiertamente las complejas cuestiones morales y políticas involucradas, la experiencia parece enseñarnos que al final acaba predominando la rigidez de un discurso jurídico y tecnificado que no parece ser precisamente el más adecuado para lidiar con estas cuestiones.

¿Qué puede decirse de las legislaturas? No es mi intención caer en el vicio de la asimetría que he criticado más arriba, y por eso no diré aquí que la práctica de los parlamentos a la hora de deliberar sobre los principios morales y políticos en circunstancias de desacuerdo sean siempre ejemplares. Pero dejando de lado el caso de las legislaturas patológicas, que se situarían más allá del ámbito de la crítica, debemos contrastar una legislatura que funciona de manera relativamente aceptable con un órgano jurisdiccional que, según he dicho, también funciona en general de manera adecuada, aunque no sea apto para la tarea más específica de deliberar sobre los derechos fundamentales en tanto que fundamentos morales y políticos de una comunidad. En este sentido, a favor de la capacidad instrumental de las legislaturas para lidiar con estas cuestiones podría señalarse que las mismas no se hallan sometidas a los constreñimientos propios de la función jurisdiccional. De este modo, quizás el proceso legislativo pueda otorgar a sus participantes una mayor libertad para discutir y debatir las cuestiones sobre los derechos de un modo más acorde con las exigencias de deliberación más o menos

---

<sup>85</sup> Véase el capítulo 1, apartado 2, epígrafe b).

<sup>86</sup> Otra consecuencia tiene que ver no ya con el resultado, sino con el efecto educativo que el discurso sobre los derechos podría llegar a tener sobre la ciudadanía. Al tecnificarse y legalizarse, el discurso sobre los derechos puede verse disminuido en su capacidad educativa. Véase, Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., p. 168; y R. Nagel, "The Formulaic Constitution", cit., *passim*. Sobre la función "educativa" de la justicia constitucional, véase además el capítulo 5, apartado 4, epígrafe c).

ideales: “los tribunales se centran en lo que otros tribunales han hecho (precedentes), o en el lenguaje del *Bill of Rights*, en tanto que los legisladores –con todos sus vicios– tienden por lo menos a encarar directamente el corazón de la cuestión en disputa”<sup>87</sup>.

En apoyo de esta postura, autores como Larry Kramer señalan instancias en las que se procedió a debatir sobre cuestiones de moralidad política tanto en sede jurisdiccional como en sede legislativa. Independientemente a que estemos de acuerdo o no con el resultado de estas decisiones, lo cierto es que parecen haber diferencias importantes en cuanto a la calidad del debate, o por lo menos, a su capacidad para abordar más directamente las cuestiones sustantivas más importantes. Así, Kramer señala, conforme a lo que ya se dijo más arriba, que si bien es cierto que los jueces (o sus letrados o relatores) a veces introducen fragmentos retóricamente atractivos en sus opiniones, lo cierto es que las deliberaciones de la Corte Suprema son casi por entero “técnicas y legalistas”<sup>88</sup>. En contraste, si comparamos, por ejemplo, la opinión vertida por la Corte en *Brown v. Board of Education*<sup>89</sup>, con el debate suscitado en el Congreso en ocasión de la aprobación del *Civil Rights Act* en 1964, dada la superior calidad de la deliberación producida en este último, la comparación ni siquiera deja cerca a ambas instancias como ejemplos de deliberación en cuestiones de principio<sup>90</sup>. Según Kramer, lo mismo podría decirse en torno a casi todas las cuestiones importantes que involucran derechos fundamentales: el aborto, la pena de muerte, los derechos de los homosexuales, la eutanasia o cualquier otro asunto similar<sup>91</sup>. Lo cierto es que “[e]n términos de enfoque, énfasis y cantidad de energía desplegada, los debates llevados a cabo en el Congreso tratan de modo explícito con valores sustantivos a un grado mucho mayor de lo que ocurre en las deliberaciones u opiniones judiciales”<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit. En el mismo sentido, Wade Nowlin, “Judicial Moral Expertise and Real-World Constraints on Judicial Moral Reasoning”, cit., p. 136, escribe que no hay razón alguna para suponer que los jueces son superiores al razonar moralmente que los legisladores y los electores en general, y que estos dos últimos incluso tienen algunas ventajas al no verse constreñidos por las exigencias de la interpretación jurídica.

<sup>88</sup> Kramer, “Popular Constitutionalism...”, cit., p. 999.

<sup>89</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>90</sup> Kramer, “Popular Constitutionalism...”, cit., p. 999.

<sup>91</sup> Id., nota 143.

<sup>92</sup> Id. En el mismo sentido, Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit: “La diferencia clave entre el debate legislativo británico y el razonamiento judicial norteamericano



Nuevamente podría pensarse aquí que todos estos juicios dependen de hechos puramente contingentes: a veces los parlamentos deliberan adecuadamente, y a veces se quedan cortos de alcanzar el ideal, y lo mismo ocurre con los tribunales. Todo esto es cierto. Sin embargo, considero que el contexto institucional en el que deliberan los jueces y aquel en el que deliberan los parlamentarios, libre en este último caso de los constreñimientos que afectan al primero a la hora de deliberar sobre cuestiones de moralidad política, nos dice bastante sobre la capacidad instrumental que podrían llegar a tener, en condiciones favorables, ambos procedimientos para alcanzar soluciones adecuadas relativas a los asuntos morales y políticos que se discuten en una comunidad pluralista y que son objeto de desacuerdos profundos.

Antes de pasar al siguiente epígrafe, formularé una última aclaración. Quizás pueda objetarse que una vez que los derechos son “positivizados” en la constitución, el problema de los derechos se convierte ya en un problema de interpretación y no de deliberación política y moral, como podrían dar a entender autores como Rawls, Dworkin, Eisgruber, Michelman y otros, a quienes sigo en cuanto al modo en que conciben los derechos, apartándome sin embargo de ello en cuanto a las conclusiones que extraen sobre la institución que resulta más apta para articular un discurso sobre los mismos. De modo que, según esta objeción, antes que deliberar moralmente, los jueces tienen más bien la función de “hacen prevalecer” la constitución, de velar por su supremacía, tarea para la cual resultarían plenamente capaces al aplicar las herramientas características del derecho. Sin embargo, como se ha visto en el capítulo 1, esta concepción resultaría problemática. Por más de que a un nivel de abstracción muy elevado exista una especie de consenso generalizado en la sociedad sobre el catálogo de

---

consiste en que mientras el último se halla más preocupado por cuestiones de interpretación y de doctrina, el primero es capaz de prestar una atención directa al tema del aborto y a lo que el mismo implica –el estatus ético del feto, la situación de las mujeres embarazadas y la importancia de sus propias opciones, su libertad y privacidad, los conflictos y dificultades morales que todo esto envuelve, así como las cuestiones pragmáticas sobre el rol que el derecho está llamado a cumplir con relación a cuestiones que conciernen a la moral privada. Éstos son los asuntos que deben ser debatidos cuando la sociedad decide sobre el aborto, y *estos son los asuntos que reciben mayor atención en los debates parlamentarios y menor atención en los deliberaciones judiciales*”. Véase además, del mismo autor, “Legislating with Integrity”, 72 *Fordham Law Review* 373 (2003), pp. 393-4. En España, un ejemplo muy claro de cómo el discurso técnico-jurídico puede contribuir a entorpecer un debate inteligente y robusto sobre los derechos nos lo proporciona un dictamen emitido por el Consejo de Estado en ocasión del proyecto de ley sobre el matrimonio homosexual. Para un comentario, véase F. J. Laporta, “El ornitorrinco y el Consejo de Estado”, *El País*, 01-02-2005.

derechos, lo cierto es que, dadas las circunstancias del desacuerdo, los mismos no pueden en modo alguno suprimir para siempre las disputas sobre los derechos que normalmente habrán de surgir en el curso de la vida de una comunidad. Las desavenencias sobre los derechos seguirán produciéndose y serán profundas, y probablemente involucrarán a concepciones políticas y morales enfrentadas que desborden a cualquier texto. De modo que lo que está en juego realmente es quién está mejor capacitado para resolver estos desacuerdos que se producirán *a pesar* de la vigencia de un catálogo de derechos fundamentales. También está en juego la cuestión de si los métodos tradicionales del derecho son efecto aptos para lidiar con este tipo de desacuerdos. De este modo, lo que está siendo objeto de discusión es cuál es la mejor manera de abordar directamente los delicados problemas morales y políticos que los derechos, en tanto que fundamentos del orden político de la comunidad, plantean.

*b) La estructura del proceso jurisdiccional y el carácter definitivo de las decisiones sobre derechos*

Antes de dar inicio al tema objeto de discusión en este epígrafe, quizás sea útil recordar la tesis central defendida en esta investigación: el control judicial de ley es inapropiado como procedimiento para la adopción de decisiones  *finales* en una determinada comunidad política. Como se ha explicado en el capítulo 1, se entiende por “decisiones finales” aquellas que son adoptadas en materia de derechos ya sea por una legislatura o por medio del control judicial, sin posibilidad de una respuesta institucional rápida y eficaz por el otro órgano, decisiones que pueden o no estar vinculadas directamente a la interpretación del catálogo de derechos, aunque lo normal es esperar que sea lo último. Cuando se aboga a favor de que la decisión final deba quedar en manos del legislativo, esto no implica en modo alguno alterar los efectos de la cosa juzgada ni de la sentencia emitida por un órgano jurisdiccional con relación a las partes de un asunto litigioso, que se presume deberá permanecer intacta por respeto a las exigencias de un Estado de derecho. Además, como se dejó en claro en el capítulo 1, no tomo en consideración aquí la posibilidad de acudir a una enmienda constitucional, por

las razones allí explicadas y que no procederé a reiterar en este lugar<sup>93</sup>. Tampoco excluyo el carácter final de una decisión por el hecho de que la misma pueda posteriormente ser revocada por medio del mismo órgano que dictó la decisión (ya sea una interpretación judicial distinta o por medio de una nueva ley, según el caso), aunque diré algo sobre este tema más abajo. En definitiva, se asume en esta investigación que cada decisión que dote a los derechos de una fisonomía determinada puede considerarse, al menos durante un tiempo determinado, como una decisión final, ya que el hecho de que la misma sea susceptible de ser revisada por otra decisión judicial o legislativa, según el caso, debe considerarse como un factor contingente. En este sentido, lo que está en juego es más bien la potencial capacidad que dichas decisiones tienen para convertirse, de hecho, en decisiones finales.

La generalidad e indeterminación de los catálogos de derechos también ha sido abordada en el capítulo 1, así como sus relaciones con las circunstancias del desacuerdo, por lo cual no es necesario volver a entrar aquí en detalles. Importa recordar únicamente que, de conformidad a lo dicho en reiteradas oportunidades, no parece adecuado concebir la labor de especificación de los derechos como si se tratara de un simple ejercicio deductivo, postura “formalista” que por cierto hoy día nadie se atrevería a sostener<sup>94</sup>. Por lo demás, una mirada superficial a cualquier catálogo de derechos fundamentales nos muestra de inmediato que las disposiciones que consagran derechos son radicalmente incompletas, en el sentido de que no se desprenden directamente de la constitución las exigencias concretas de cada derecho allí consagrado. Ni siquiera se determina con precisión la estructura triádica típica de los derechos y que normalmente exige la presencia de tres componentes: el sujeto beneficiario, el sujeto obligado, y el contenido del derecho, que especifica lo que el sujeto obligado debe o no hacer, o aquello que el sujeto beneficiario tiene derecho a hacer<sup>95</sup>. Por esta razón, los derechos y obligaciones que se derivan del catálogo solamente resultan inteligibles a la luz de un añadido

---

<sup>93</sup> Véase el capítulo 1, apartado 1, además de la introducción, apartado 1, epígrafe b), donde se discute el “Child’s Labor Case”.

<sup>94</sup> H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 1999, ya reprochaba a Schmitt su “formalismo” al criticar las propuestas de Kelsen.

<sup>95</sup> Una discusión útil en A. Harel, “Theories of Rights”, en M. P. Golding y W. A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005.

considerable de premisas adicionales que especifiquen cada uno de estos elementos en las distintas relaciones en las que puedan aparecer involucrados los distintos derechos<sup>96</sup>. En síntesis, puede decirse que la abstracción y la indeterminación son características salientes de los catálogos de derechos<sup>97</sup>.

Aunque tampoco procederé a realizar una defensa en este lugar, y como consecuencia de lo dicho en el párrafo anterior, parto de la asunción de que, de conformidad a lo que se mantuvo en el capítulo 1, el control judicial constituye un procedimiento para la adopción de decisiones en materia de derechos, por medio del cual se van configurando los perfiles específicos que habrán de adquirir los derechos en una determinada comunidad, aun cuando dicha configuración se realice al amparo de un catálogo de derechos constitucionales, pues éste no contiene en sí mismo la solución a todos sus problemas de aplicación. A los efectos de mi exposición, es irrelevante el término en que empleemos para caracterizar este fenómeno: “interpretación”, “concretización”, “especificación”, etc., pues como ya se dijo en su lugar, el efecto que acaba de describirse es el mismo: los derechos adquieren la configuración precisa en función a las decisiones adoptadas por medio del ejercicio del control judicial.

En atención a lo dicho hasta aquí, la pregunta que nos ocupará en este epígrafe es la siguiente: dados los rasgos y la estructura de los procesos jurisdiccionales, ¿hasta qué punto es apto el control judicial para erigirse en un procedimiento que nos permita arribar a soluciones adecuadas que habrán de tener un carácter definitivo en una determinada comunidad? Ya he señalado más arriba que, en el contexto de las sociedades bien ordenadas, una de las funciones propias de los órganos jurisdiccionales es la de resolver

---

<sup>96</sup> Véase, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 66 y ss. Alexy denomina a éstas “normas adscriptas de derecho fundamental”, y hace depender su validez de una “argumentación iusfundamental” correcta (p. 71). En R. Alexy, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 35, escribe: “Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal... Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”.

<sup>97</sup> V. Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, en P. E. Navarro y M. C. Redondo (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002; además de su *Justicia constitucional y democracia*, cit.

disputas<sup>98</sup>. Al hacerlo, dichos órganos normalmente operan sobre la base de la siguiente estructura: existen dos partes enfrentadas, y la misión del órgano jurisdiccional es la de resolver la disputa, como un tercero ajeno a los intereses de las partes, de conformidad al derecho vigente, para lo cual declara o reconoce el derecho de una de las ellas<sup>99</sup>. Aunque es cierto que la experiencia nos enseña que existen numerosas excepciones a este esquema<sup>100</sup>, lo cierto es que el mismo ejemplifica un aspecto central del paradigma jurisdiccional. En este sentido, puede decirse que los tribunales son especialmente aptos para cumplir esta función, pues su organización sobre la base de los principios de independencia e imparcialidad, así como su capacidad para emplear las técnicas propias del derecho en la resolución de disputas, están concebidas precisamente para hacer frente a situaciones de este tipo. Pero una cuestión distinta es la de intentar determinar si la configuración definitiva que habrán de adquirir los derechos fundamentales en una sociedad bien ordenada, *válida no sólo para las partes de un juicio sino para toda la sociedad (o al menos para una categoría entera de sujetos en los casos de derechos relativos a determinados grupos de personas)*, debe ser determinada de conformidad a la estructura del proceso judicial.

La intuición que está detrás de la discusión que sigue es que distintos órganos estatales se hallan mejor situados que otros para realizar distintos tipos de funciones, intuición que en general sigue siendo válida a pesar de la creciente complejidad de la organización burocrática de los estados contemporáneos, en la que las funciones clásicas se van desdibujando en gran medida y en la que cada uno de los distintos poderes aparece ejerciendo distintos tipos de funciones que en ocasiones se superponen a las funciones tradicionalmente consideradas como propias de otros órganos. A lo cual debe añadirse que la complejidad de los problemas que aquejan a las sociedades contemporáneas exige trascender nuestros entendimientos tradicionales sobre las funciones típicamente

---

<sup>98</sup> Cfr., sin embargo, la opinión de Fiss, cit., p. 26 y *passim*, quien rechaza esta manera de caracterizar la función de los tribunales, y entiende que los tribunales existen más bien para dotar de significado a los valores públicos, no para resolver disputas.

<sup>99</sup> Esta caracterización no depende de la posición que se adopte en la disputa en torno a si los jueces crean o no derecho, o al menos eso espero.

<sup>100</sup> Piénsese, por ejemplo, en los juicios sin dos partes enfrentadas en el que el recurrente busca sólo el reconocimiento de un derecho, como en el caso de un juicio sucesorio; o en los “class actions”, que claramente no se adecua al modelo un demandante, un demandado, etc.

asignadas a determinados órganos, de manera a poder dar respuestas adecuadas a los nuevos problemas. Pero nada de esto debería impedir la realización de un análisis institucional comparado que nos muestre las tareas para las que los distintos órganos se muestran más competentes<sup>101</sup>.

Si bien es cierto, como señalan Sunstein y Vermeule, que el problema sobre la capacidad institucional comparada no ha sido atendido de manera adecuada o suficiente<sup>102</sup>, no es menos cierto que existen algunos antecedentes importantes, como el denominado “*legal process school*”<sup>103</sup>, que se han dedicado a explorar algunos temas relativos a esta cuestión. Dentro de esta escuela, un tópico recurrente ha sido el de concebir al “proceso legal” en un sentido amplio y no limitado al proceso judicial, y en el que intervienen distintos actores legales, como el Congreso, el ejecutivo y las distintas agencias gubernamentales, etc. A su vez, dentro de esta concepción amplia del proceso legal, se pone de relieve que el proceso judicial es apto para lidiar con determinados problemas pero no así con otras situaciones que, dadas sus particularidades, parecen trascender o desbordar la capacidad de un procedimiento estructurado según el modelo jurisdiccional típico. Veamos dos ejemplos.

Es normal admitir como una de las funciones propias de las legislaturas en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho la de dictar leyes de carácter general y prospectivo. Sin embargo, esta afirmación es bastante más problemática cuando se la predica de los órganos jurisdiccionales, asociados normalmente a la función de resolver disputas por medio de la aplicación de una norma jurídica vigente. Así, en su clásico estudio sobre los problemas básicos de la creación y la aplicación del derecho, Hart y Sacks señalaban que el empleo del modelo jurisdiccional en una decisión en la que

---

<sup>101</sup> En el mismo sentido, J. A. G. Griffith, “The Brave New World of Sir John Laws”, 63 *The Modern Law Review* 159 (2000), pp. 174-5, haciendo alusión al caso inglés pero en un juicio que podría generalizarse, señala que la cuestión no radica en la vieja disputa acerca de que cada uno de los poderes deba cumplir una función ejecutiva, legislativa o judicial, respectivamente, pues esta forma pura no se da casi en ningún sistema existente, los cuales suelen ser mixtos. La pregunta más bien debería ser si la facultad que deseamos asignar a un determinado órgano resulta prudente o aconsejable, en este caso, desde un punto de vista instrumental.

<sup>102</sup> Sunstein y Vermeule, “Interpretation and Institutions”, cit., p. 933, señalan: “many of the most well-known arguments on behalf of judicial review, including those in *Marbury* itself, are blind to institutional considerations”. En el mismo sentido, Yowell, cit., p. 3.

<sup>103</sup> Una excelente introducción en N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford, 1997.

esté involucrada la selección de un curso de acción para el futuro normalmente no resulta satisfactorio. Para estos autores, el método jurisdiccional resulta más adecuado cuando existen premisas de aplicación general a las que se puede acudir para resolver satisfactoriamente un caso. Sin embargo, en los casos que involucran la selección de un curso de acción para el futuro, existen múltiples variables que deben ser tomadas en cuenta, pero es difícil desarrollar premisas de aplicación general con relación a las cuales dichas variables puedan ser juzgadas<sup>104</sup>. En otras palabras, estos problemas desbordan el molde típico del proceso jurisdiccional.

En otro estudio clásico sobre los límites y las formas del modelo jurisdiccional, Lon Fuller ilustraba el problema anterior aludiendo a lo que él denominó problemas “policéntricos”<sup>105</sup>. Los problemas policéntricos serían aquellos que están compuestos por una serie de problemas interconectados, y la decisión que se adopte con relación a cada uno de ellos tiene un efecto sobre todos los demás. En estos casos, y a diferencia de las típicas disputas resueltas por medio del modelo jurisdiccional, no resulta del todo prudente apelar a un principio en función del cual resolver globalmente el caso, ya que la elección del principio aplicable puede llegar a tener un efecto imprevisto sobre todos los demás problemas interconectados. Es más, la solución por medio del modelo jurisdiccional puede llegar a ser un fracaso, ya que para adoptar la decisión el juzgador probablemente deberá realizar una serie de suposiciones empíricas y cálculos sobre los problemas interconectados al problema concreto que se juzga pero que no aparecen directamente ante el juzgador. Por esta razón, decisiones de tipo “managerials” o “administrativas” serían más aconsejables para lidiar con los problemas policéntricos<sup>106</sup>.

Los dos ejemplos precedentes sugieren entonces que el modelo jurisdiccional está organizado para dar respuesta a un determinado tipo de problemas pero no así para otros. Los jueces desempeñan mejor sus funciones sobre la base de un dominio que se considera propio, por ejemplo, el de resolver las disputas sometidas por dos partes enfrentadas, para las cuales el juzgador debe determinar el derecho aplicable a los hechos del caso. En

---

<sup>104</sup> H. M. Hart y A. M. Sacks, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury, New York, 1994, p. 647.

<sup>105</sup> L. L. Fuller, “The Form and Limits of Adjudication”, 92 *Harvard Law Review* 353 (1978).

<sup>106</sup> Id.

tanto que los jueces aparecen condicionados por este rol institucional, existen serias dudas sobre su capacidad para dictar normas de carácter general y prospectivas del modo en que lo haría, por ejemplo, un parlamento. Es cierto que los jueces, y en especial los de la Corte Suprema, no sólo resuelven casos, sino que además, al hacerlo dictan normas destinadas a servir de guía a la conducta de otros agentes<sup>107</sup>. Hoy se admite además que los jueces “crean” derecho (aunque existen distintas maneras de describir el fenómeno, enraizada en distintas concepciones sobre el derecho<sup>108</sup>). Sin embargo, el establecimiento de estándares que puedan servir de guía a otros agentes o la creación del derecho por vía judicial se aceptan más bien como exigencias prácticas de la función jurisdiccional antes que el ejercicio de facultades conferidas a los tribunales en función a su especial capacidad para dictar normas de carácter general y prospectivas para el conjunto de la sociedad<sup>109</sup>. En efecto, en una democracia constitucional contemporánea, normalmente se considera que los parlamentos se hallan legitimados para llevar a cabo esta última función, aunque como es sabido, también estos últimos a veces puedan adoptar sus decisiones atendiendo a circunstancias particulares<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> F. Schauer, “Opinions as Rules”, 62 *University of Chicago Law Review* 1455 (1995); y Alexander y Schauer, “Defending Judicial Supremacy...”, cit., pp. 478-81. Rosenfeld, cit., escribe con relación al punto, p. 636: “so long as relevant precedents allow for more than one result in a case, a judge performs a legislative function in the very act of resolving a dispute- the judge produces a rule or standard applicable to future occurrences that are sufficiently similar to the one in dispute.” Sobre el punto, véase además *infra*, apartado e).

<sup>108</sup> La disputa entre positivistas y iusnaturalistas es una muestra de ello. En tanto que los primeros admitirían con mayor facilidad que los jueces crean derecho, ciertas variantes extremas del iusnaturalismo alegarían que los jueces nunca crean derecho sino que siempre aplican un derecho preexistente.

<sup>109</sup> Al decir de Whittington, cit., p. 814: “The production of constitutional interpretations is a byproduct of the judicial function, however, not its primary task, which is to decide cases”. En este sentido, sigue siendo acertada hasta cierto punto la siguiente cita del iuspositivista decimonónico John Austin: “[the judge’s] direct and proper purpose is not the establishment of the rule, but the decision of the specific case. He legislates *as properly judging*, and not as *properly legislating*”. (*Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, cit., en J. Waldron, “Legislation”, Golding y Edmundson (eds.), cit., pp. 238-9.) Por lo demás, debe tenerse en cuenta que los jueces al crear derecho normalmente no lo hacen de manera abierta, ya que ello podría poner en entredicho la legitimidad de la institución, razón por la cual tienden a presentar sus decisiones como aplicaciones del derecho vigente.

<sup>110</sup> Tal sería, por ejemplo, el caso de leyes que establecen pensiones graciables; o de aquellas que se adoptan tras un determinado suceso social de relevancia, como un incendio, un secuestro que traiga como consecuencia el endurecimiento de las leyes penales anti-secuestro, etc.



Esta última aclaración, sumado al reconocimiento de que los jueces en ocasiones también crean derecho, nos muestran que, dada la complejidad de los problemas a los que deben hacer frente las sociedades contemporáneas, un esquema simplista que divida las funciones entre dos órganos estatales sobre la base de una tipología rígida entre “decisiones generales y prospectivas” y “decisiones particulares y retrospectivas”, desde luego no parecería demasiado sensato. Esto así con mayor razón aún al tener en cuenta que dichos órganos realizan cada vez funciones más variadas y complejas a medida que las sociedades evolucionan y van presentando nuevas necesidades y problemas que a su vez reclaman nuevas maneras de satisfacerlas o de resolverlos, según el caso. Pero al parecer, existe una diferencia, enraizada en los distintos cometidos institucionales de los órganos estatales en juego, entre lo que es la creación de normas por vía judicial y la creación de normas por vía legislativa<sup>111</sup>, por lo que es razonable asumir que esta diferencia posiblemente tenga consecuencias sobre el tema de la capacidad institucional de cara al cumplimiento de determinadas funciones.

Es precisamente aquí donde entramos de lleno en el problema de la decisión final en materia de derechos fundamentales. En atención a algunos rasgos propios de ambos procedimientos de decisión, el legislativo y el judicial, resulta cuando menos problemático que las decisiones adoptadas por esta última vía acaben definiendo, de manera general y prospectiva, los perfiles y la configuración precisa de cada derecho fundamental en juego. En efecto, la estructura del modelo jurisdiccional no parece dotar a dichos órganos de ninguna capacidad especial de la que carecerían los parlamentos para adoptar decisiones generales y prospectivas. Todo lo contrario, los órganos jurisdiccionales parecen tener algunas limitaciones importantes para embarcarse en una tarea legislativa prospectiva y general, que tome en cuenta la sociedad desde una perspectiva genérica y que sea capaz de trascender el caso sometido a su conocimiento

---

<sup>111</sup> N. MacCormick, “Constitutionalism and democracy”, en R. Bellamy (ed.), *Theories and concepts of politics. An introduction*, Manchester, Manchester/New York, 1993, p. 133, al explicar las limitaciones que emergen de la idea del “Rechtsstaat” o Estado de derecho, entre las que incluye una diferenciación de los poderes gubernamentales entre legislación, adjudicación y ejecución, mantiene que dicha distinción resulta viable únicamente en la medida en que se reconozca que la legislación “comprende exclusivamente la determinación de normas generales antes que individuales y su sanción como guías *prospectivas* para la conducta de sus súbditos...A la inversa, el poder de juzgar debe ser restringido al enjuiciamiento en implementación de normas generales y prospectivas que emanan de la legislatura”.

para medir adecuadamente todas las variables sociales potencialmente afectadas por la decisión.

En primer lugar, las aptitudes institucionales del juez tradicionalmente se han vinculado a un razonamiento práctico de carácter retrospectivo y sensible a las disputas suscitadas en el marco de casos particulares<sup>112</sup>. Al decir de Robin West, contrastando la interpretación constitucional del legislativo y el judicial, respectivamente, “el sistema judicial en general, y la Corte Suprema en particular, existen para administrar la justicia legal –en sentido estricto, para tratar el presente caso ‘A’ igual al caso pasado ‘B’”, aunque también en términos más amplios, “para garantizar la continuidad entre el pasado y el presente al conservar las tradiciones legales del pasado y emplear dichas tradiciones para asegurar la coherencia de los problemas del presente”<sup>113</sup>. Esto quiere decir que, a diferencia del legislativo, cuya función no parece condicionada por esta función retrospectiva, la misión de administrar justicia legal que caracteriza a los órganos jurisdiccionales se halla fuertemente imbuida de este rasgo institucional que tiende a marcar una diferencia entre ambas maneras de aproximarse a la constitución. Resulta cuando menos plausible sostener que esto quizás podría traer aparejadas consecuencias sobre cuál órgano resulta más apto para adoptar una decisión de carácter general y prospectiva.

Por otro lado, y adentrándonos en los detalles sobre la estructura del proceso judicial, debe tomarse en cuenta además que dicha estructura también puede llegar a tener efectos significativos sobre la capacidad del proceso para adoptar decisiones definitivas para una generalidad de casos futuros. Por poner un ejemplo, un caso llevado ante un juez se define en primera instancia de conformidad a cómo las partes lo han planteado en atención a su disputa particular, y tomando en cuenta el modo específico en el que se han articulado los hechos del caso, pero no con miras a una regulación de carácter general y prospectiva, en la que se preste atención a consideraciones sobre el interés colectivo, la realidad social como un todo, el impacto de la decisión sobre los derechos e intereses de

---

<sup>112</sup> En el mismo sentido, Yowell, cit., p. 41.

<sup>113</sup> R. West, “The Aspirational Constitution”, 88 *Northwestern University Law Review* 241 (1993), p. 261.

los demás ciudadanos, etc.<sup>114</sup> A diferencia de ello, y como hemos visto, esta última tarea forma parte, por así decirlo, del dominio propio de la función legislativa, y se asume que los parlamentos normalmente tienen autoridad y legitimidad para llevar a cabo este tipo de tareas en un moderno estado constitucional y democrático de derecho. Puede que todas éstas sean verdades de perogrullo, pero lo cierto es que no siempre son tenidas en cuenta en el debate sobre el órgano al que debe atribuirse la palabra final.

A todo esto podría añadirse una dificultad adicional, que pone de relieve las importantes limitaciones cognitivas del modelo jurisdiccional. Cualquier intento de regular o de configurar los derechos fundamentales de un modo determinado deberá hacerse teniendo en cuenta un conocimiento adecuado de la realidad social. Como pudo verse más arriba, los catálogos de derechos muy pocas veces contienen la información necesaria para configurar una relación triádica en la que se determinen de manera más precisa el sujeto beneficiario, el sujeto obligado, y el contenido del derecho. A parte de depender del razonamiento práctico, la determinación de estas relaciones depende en buena medida de un conjunto de datos sobre la realidad social o sobre un determinado ámbito de la actividad humana<sup>115</sup>. Por ejemplo, para determinar si un grupo de ciudadanos se ha hecho acreedor de un trato preferente a fin de revertir una discriminación histórica, debe acudir al conocimiento de la historia, de la sociología, de la psicología social, etc. También se requieren conocimientos sobre las ciencias sociales para determinar los efectos de un sistema de segregación en los colegios y su posible incidencia en los derechos fundamentales. A su vez, para determinar los efectos que puedan llegar a tener sobre los derechos las nuevas técnicas de experimentación científica con células embrionarias o proyectos científicos similares, se requiere un conjunto de conocimientos científicos, biológicos y técnicos. Y así sucesivamente<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Yowell, cit., p. 41. Fuller, cit., p. 392, sostenía que resultaba impudente que los jueces dictaran “policies”, en razón de la participación limitada de los litigantes, quienes se representan a sí mismos y participan con pruebas y argumentos dirigidos al juzgador para consolidar su posición.

<sup>115</sup> Sobre el problema del “fact-finding” en la interpretación constitucional en general, véase D. L. Faigman, “‘Normative Constitutional Fact-Finding’: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation”, 139 *University of Pennsylvania Law Review* 541 (1991), aunque abordando el problema desde la perspectiva de la valoración de los hechos como un constreñimiento interpretativo importante que podría contribuir a mitigar la objeción democrática al control judicial.

<sup>116</sup> En general, el problema de la valoración de elementos fácticos en la justicia constitucional es tan importante que el propio Kelsen deseó justamente desterrar de dicha jurisdicción todo lo que tuviera que ver con la valoración y apreciación de elementos fácticos, a fin de evitar abrir

No obstante, el modelo jurisdiccional no parece propicio como método para obtener información a gran escala sobre el funcionamiento de la sociedad, la realidad de determinado ámbito de la actividad humana, o los desarrollos de las ciencias y de la tecnología. En primer lugar, debe recordarse que, como enseñan los procesalistas, la verdad formal del proceso no es igual a la verdad material o real. Para el juez que opera según el modelo jurisdiccional, la verdad no es la misma que la del historiador, la del científico, ni tampoco la del legislador<sup>117</sup>. La verdad del juez se halla íntimamente conectada al caso sometido a su decisión por las partes y a las pruebas que les son arrimadas por medio de éstas de conformidad a las reglas que rigen la presentación de las pruebas en juicio. Una prueba presentada fuera de plazo, o aquejada de algún defecto formal como la falta de autenticación, puede ser decisiva para el resultado final del caso. Dependiendo del sistema jurídico en cuestión, un juez puede llegar a tener casi nulas posibilidades de conducir una investigación, con lo cual sus capacidades cognitivas se reducen a las pruebas que habrán de producir las partes. Además, las pruebas producidas y el modo de su presentación pueden a su vez recaer sobre cuestiones absolutamente contingentes, como la habilidad o la incompetencia de los abogados para presentar determinadas pruebas, etc. La verdad del juez se halla condicionada además por los conceptos legales predefinidos a través de los cuáles éste juzga los hechos del caso<sup>118</sup>.

Todo ello pone de relieve que la estructura del proceso jurisdiccional es apta para lograr un conocimiento adecuado a la decisión de un caso de conformidad a valores de imparcialidad, independencia, trato equitativo de las partes, etc., pero no necesariamente para realizar una decisión que habrá de tener un impacto profundo en la configuración del orden social. Por lo demás, debe señalarse que las pruebas del caso normalmente se aportan en primera instancia. Pero dichas pruebas resultan condicionadas por las reglas que rigen la presentación de las pruebas. A su vez, estas reglas están concebidas, como se

---

una ventana que permitiera la introducción del subjetivismo judicial. De este modo, para la concepción kelseniana, el juicio de compatibilidad entre ley y constitución debía llevarse a cabo mediante una estricta operación lógico-comparativa. Véase, entre otros, H. Kelsen, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", en del mismo autor, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988; así como el excelente comentario de L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit.

<sup>117</sup> Yowell, cit.

<sup>118</sup> Id., p. 48.

ha dicho, para responder a ideales de imparcialidad en la tramitación del proceso, pero no necesariamente están pensadas para permitir una investigación extensa y profunda sobre la realidad social. Una vez que un caso es resuelto en primera instancia, los tribunales de apelación se hallan condicionados en buena medida por las pruebas producidas en primera instancia. Los tribunales de alzada normalmente carecen o bien de la autorización legal, o bien de los recursos adecuados para conducir una investigación exhaustiva sobre los hechos relativos al caso. Todo ello impone igualmente notables constreñimientos cognitivos adicionales al proceso jurisdiccional.

A pesar de lo dicho, se podría insistir en que los tribunales también disponen de ciertos recursos que les permiten acceder a información relevante sobre la sociedad en general o sobre determinados ámbitos de la actividad humana cuando deben adoptar una decisión compleja en el contexto de una disputa particular. Tal sería el caso, por ejemplo, de los “*Brandeis Brief*”, en función de los cuales importantes grupos de presión pueden arrimar al juicio datos relevantes o informes técnicos o especializados sobre cómo el caso involucra o afecta a la sociedad en su conjunto, más allá de las partes en litigio<sup>119</sup>. Sin embargo, este tipo de resortes en general tienen un alcance bastante limitado, precisamente en razón de que son aportados por grupos de presión que presentan sus escritos de una manera que resulte favorable a sus propios intereses<sup>120</sup>. Más allá de estos supuestos específicos, las limitaciones cognitivas de los jueces a la hora de recabar o evaluar información sobre la sociedad resultan bastante acuciantes, pues en general carecen de una disposición institucional adecuada, así como de los recursos y del personal capacitado para conducir investigaciones empíricas<sup>121</sup>. Existen numerosos casos en los que la Corte Suprema cometió errores al interpretar dictámenes técnicos, o seleccionó información de manera poco rigurosa, desoyendo otros informes alternativos, o bien,

---

<sup>119</sup> En *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908), Louis Brandeis, quien luego sería miembro de la Corte Suprema, actuando en este caso como abogado de una de las partes, presentó un extenso dictamen sobre cuestiones de ciencias sociales apoyando la validez de una ley que limitaba las horas de trabajo de las mujeres en las fábricas. La constitucionalidad de la ley fue sostenida por la Corte Suprema, y los “*Brandeis Briefs*” han adquirido desde entonces un protagonismo importante. Un caso notorio y reciente es el del “*Philosophers’ Brief*”, suscrito por seis renombrados filósofos: Dworkin, Rawls, Nagel, Nozick, Scanlon, y Jarvis Thomson, en un caso sobre la eutanasia. El documento se halla disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/bridge/Philosophy/philbrf.txt.htm>.

<sup>120</sup> Sunstein y Vermeule, “*Interpretation and Institutions*”, p. 94, nota 92.

<sup>121</sup> Yowell, cit., p. 53.

prestó demasiada importancia a informes sobre cuestiones tecnológicas o médicas complejas para fijar un precedente, sin considerar que dichos informes podían ser desvirtuados en poco tiempo por nuevos estudios que reflejaran la rápida evolución de las ciencias en el mundo contemporáneo, etc. Por traer a colación solamente un ejemplo ilustrativo que enfrentó claramente a la Corte Suprema con lo que Frederick Schauer denomina como “el dilema de la ignorancia”, en *PGA Tour, Inc. v. Casey Martin*<sup>122</sup> se discutió si la no provisión de un carro de golf para un golfista minusválido que no podía recorrer las distancias a pie, como lo exigía el reglamento, constituía un caso de discriminación bajo el “American with Disabilities Act”<sup>123</sup>. Schauer señala que para determinar una cuestión como la de la “naturaleza del golf”, sobre la que dependía la resolución del caso, los magistrados acudieron a unas pocas fuentes bibliográficas sobre el golf de dudosa autoridad y seleccionadas con algo de arbitrariedad, probablemente con el único auxilio de cuatro “law clerks” por magistrado, “surfeando” alegremente a través de la *web*, así como de los asistentes de la biblioteca de la Corte Suprema<sup>124</sup>. Lastimosamente, existen razones para suponer que, dada la estructura organizativa dentro de la cual operan, sería injusto exigir algo más de los magistrados, no sólo en este caso en concreto sino en la generalidad de los casos que son sometidos a su conocimiento.

A diferencia de las limitaciones que aquejan al modelo jurisdiccional, los parlamentos no parecen tener los mismos condicionamientos para conducir investigaciones extensas sobre la realidad social, independientemente a que de hecho en la práctica a veces puedan mostrar serias deficiencias. Pero de momento me interesa más bien discutir la cuestión de la capacidad institucional. En este sentido, puede decirse que los procesos de elaboración de las leyes normalmente otorgan la posibilidad de conducir extensas investigaciones previas sobre los posibles efectos de la ley, sobre las circunstancias de la realidad social, etc. Los parlamentos normalmente pueden valerse del apoyo de dictámenes y opiniones emitidas por expertos de un modo no condicionado

---

<sup>122</sup> 532 U.S. 661 (2001).

<sup>123</sup> F. Schauer, “The Dilemma of Ignorance: *PGA Tour, Inc., v. Casey Martin*”, *Supreme Court Review* 267 (2001).

<sup>124</sup> *Id.*, p. 283. La determinación de la naturaleza del golf constituía un asunto de importancia fundamental para la decisión del caso, ya que el derecho de Martin, un golfista minusválido, dependía de si el empleo de carros de transporte desnaturalizaba o no la “esencia” del golf.

por los hechos de un caso litigioso y en general, por las reglas que rigen la presentación de las pruebas en juicio. Pueden conducir investigaciones extensas de un modo más flexible, solicitar todos los informes adicionales que consideren oportunos sin verse constreñidos por los plazos legales del proceso judicial ni verse resignados a adoptar una actitud pasiva. La organización en comisiones legislativas especializadas también puede reportar una ventaja desde el punto de vista de la adecuada obtención y procesamiento de la información. Por otro lado, y como nos recuerda Paul Yowell, cabe mencionar que los parlamentos pueden fácilmente instituir instituciones especiales para coadyuvar en esta tarea de investigación. Así, el Congreso de los Estados Unidos cuenta con una oficina de apoyo a la investigación, el *Congressional Research Service*, el cual posee un presupuesto anual de 81.000.000 de dólares<sup>125</sup>. Dicha oficina se halla capacitada para encargarse o realizar todos los informes, dictámenes u opiniones que pudieran ser precisados para mejorar la calidad de las leyes por medio de un conocimiento adecuado de la realidad prácticamente sin ningún tipo de restricciones<sup>126</sup>. Quizás pueda pensarse que se podría instituir una oficina similar y dotarla de los recursos suficientes para acompañar el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin embargo, incluso en este caso la labor de investigación y las capacidades cognitivas de los jueces permanecerían limitadas por la estructura y los principios que presiden el modelo jurisdiccional, las reglas de presentación de las pruebas, etc. Y en caso de que se modificaran estas reglas para hacerlas más flexibles, quizás ello atentaría contra los principios de imparcialidad e independencia sobre los que se organiza el modelo jurisdiccional, tal como ya se vio en el epígrafe anterior<sup>127</sup>.

Los problemas de capacidad institucional que vengo exponiendo podrían agudizarse todavía más cuando las violaciones a los derechos fundamentales no son producto de hechos o acciones singulares e individualizables, o que afectan a un segmento relativamente aislado y manejable de la vida social, sino que son el resultado de prácticas, estructuras e instituciones sociales injustas incrustadas en la sociedad de

---

<sup>125</sup> El dato es según el presupuesto asignado a dicha oficina en el año 2002. Véase la referencia en Yowell, cit., p. 41.

<sup>126</sup> Id., pp. 41-2.

<sup>127</sup> Cfr. Fuller, cit., quien señalaba que cuando la vía jurisdiccional no se muestra apta para la resolución de un problema, en lugar de acomodar el procedimiento al problema, ello produce como resultado la reformulación del problema para adecuarlo al procedimiento.

manera generalizada y que oprimen los derechos de diversas maneras, afectando a toda la ciudadanía entera o bien, a categorías enteras de ciudadanos. La resolución de dichos problemas de carácter sistémico, que podrían asimilarse a los problemas “policéntricos” a los que aludía Fuller, parecen exigir formas más flexibles y abiertas, de estilo “managerial”, que permitan articular planes y proyectos de reforma atendiendo a un sinnúmero de cursos razonables de acción posibles, diversas variables e incidencias que podrían presentarse en el proceso, cambio de circunstancias, recopilación y evaluación de datos y de información compleja, etc. Dados los estreñimientos normales del modelo jurisdiccional, existen por lo menos serias dudas de que el mismo sea apto para llevar a cabo labores de este tipo<sup>128</sup>, al menos si lo que pretendemos es que las mismas acaben por determinar de manera definitiva el modo en que habrá de quedar articulado el orden social<sup>129</sup>. Es más, como veremos en el capítulo siguiente, los intentos de solucionar este tipo de problemas por vía jurisdiccional han fracasado, o por lo menos, han tendido a producir efectos bastante limitados<sup>130</sup>. Al decir de Cass Sunstein, el énfasis que el modelo jurisdiccional pone en el caso sometido a decisión “hace difícil que los jueces puedan comprender los complejos, y a menudo impredecibles efectos de la intervención legal”<sup>131</sup>. Por ejemplo, una decisión judicial que exija que se destinen recursos para el transporte escolar puede suponer una detracción de recursos en un ámbito igual o más necesitado, como la provisión de servicios médicos o de programas de bienestar para los pobres<sup>132</sup>. En este mismo orden de ideas, y dada la complejidad que envuelve a este tipo de problemas, la posibilidad de cometer errores puede acrecentarse debido a las limitaciones cognitivas del modelo jurisdiccional. Por ejemplo, Benjamin Barber parece sugerir, si lo interpreto adecuadamente, que algunas de las medidas judiciales adoptadas en el intento de solucionar el problema de la segregación escolar en ciertos estados del

---

<sup>128</sup> Véase, sin embargo, una defensa de la función judicial como apta para resolver este tipo de problemas en Fiss, cit.

<sup>129</sup> De hecho para la resolución de estos problemas parece imprescindible acudir a las modernas agencias burocráticas estatales especializadas, aunque por razones de enfoque, no procederé a considerar este supuesto. Importa señalar nada más que lo normal es que dichas agencias o reparticiones públicas administrativas operen por autorización legal.

<sup>130</sup> Véase el capítulo 4, apartado 4, epígrafe b).

<sup>131</sup> C. R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard, Cambridge/London, 1993, pp. 147-8.

<sup>132</sup> Id., p. 148.



Sur de los Estados Unidos, más que ofrecer una solución al problema de la integración, pudo haber constituido una afrenta al sentido de pertenencia y autonomía moral de los ciudadanos afroamericanos<sup>133</sup>. En la medida en que esto pueda generalizarse, la conclusión que cabría extraer de este tipo de situaciones es que las buenas intenciones pueden a veces tener consecuencias negativas imprevistas si es que no son ejecutadas de manera adecuada. Todo parece indicar que en este tipo de casos, *a fortiori*, el modelo jurisdiccional no sería apto como procedimiento para la adopción final de decisiones en una determinada comunidad política, sin entrar a juzgar sobre la posibilidad de que, en determinados casos, estas intervenciones puedan o no resultar justificadas cuando las mismas no impidan su revisión por medio del procedimiento legislativo.

Lo dicho en el último párrafo nos remite a otro tema, quizás no tan romántico pero no por eso es menos vital para la satisfacción adecuada no ya de un derecho fundamental en particular, sino de un completo y extenso *sistema* equitativo de derechos fundamentales para los ciudadanos de una determinada comunidad política. En ocasiones nos vemos tentados a pensar que la protección de los derechos pasa por una mera cuestión de buena voluntad: si tan sólo hubiera una predisposición adecuada, ningún derecho fundamental sería violado. Pero como nos han recordado Sunstein y Holmes –en un estudio que si bien no revela ninguna verdad oculta, no por eso deja de ser sumamente oportuno–, todos los derechos tienen costos económicos, y esto vale tanto para los tradicionales derechos “negativos” como para los derechos “positivos” o prestacionales<sup>134</sup>. (En efecto, la distinción en el fondo carece de rigor, ya que los tradicionales derechos negativos también traen aparejados obligaciones positivas, en tanto que los derechos prestacionales pueden traer aparejados obligaciones de abstención<sup>135</sup>.)

---

<sup>133</sup> B. Barber, “Democracia fuerte”, en R. del Águila *et al.*, *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998, p. 287, y 295, nota, número 8.

<sup>134</sup> C. R. Sunstein y S. Holmes, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York, 1999.

<sup>135</sup> Un derecho clásico típicamente concebido en correlación con una abstención es el derecho al voto, donde la única obligación que este derecho genera sería la de abstenerse de impedir que alguien ejerza su derecho al voto. Sin embargo, el derecho al voto genera además una cantidad de obligaciones positivas o de prestación, por ejemplo, la de organizar unas elecciones tomando todos los recaudos para que las mismas resulten transparentes, la de proveer una fuerza pública capaz de dar seguridad para que el derecho al voto pueda ejercerse de manera pacífica, la de contar con toda una infraestructura electoral en virtud de la cual pueda contabilizarse adecuadamente el voto, etc. Otro ejemplo: el derecho a la vida requiere de una fuerza pública, agentes de seguridad, etc. A su vez, los

En otras palabras, estos autores nos recuerdan que “la libertad depende de los impuestos”, y que para la adecuada protección de los derechos en una determinada comunidad política se requiere una labor de planificación, organización y ejecución, apoyada por un presupuesto estatal capaz de dar sustento a la política de la comunidad sobre los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, no resulta difícil ver las razones por las que el legislativo (probablemente en coordinación con el ejecutivo), se hallaría mejor situado para retener la palabra final que le permita armonizar las distintas necesidades que deben ser atendidas desde un punto de vista sistémico, a la vez de planificar y racionalizar la asignación de los recursos existentes que permita poner en práctica de la mejor manera posible una adecuada política social en materia de derechos fundamentales. Ahora bien, ello no quiere decir que la disposición resultante de este procedimiento haya de ser siempre la mejor, pues probablemente cualquier disposición será siempre perfectible. Tampoco excluye la posibilidad de que, en ocasiones, por medio de un procedimiento como el control judicial pueda cuestionarse la disposición efectuada en el entendimiento de que mediante la misma se violan determinados derechos. Todo lo que pretendo señalar es que, desde una perspectiva sistémica, el procedimiento legislativo parece ser claramente superior al procedimiento judicial para poner en práctica un sistema global de protección de los derechos que atienda a los condicionamientos materiales que inciden en el mantenimiento de dicho sistema.

Todo lo dicho hasta aquí debería ser además complementado con una alusión al problema de la corregibilidad de los errores. Todo parece indicar que el contexto institucional en el que se halla inmerso el control judicial implica que las decisiones adoptadas por medio de este procedimiento hacen más difícil rectificar el rumbo en el futuro, en caso de que se considere que las decisiones adoptadas en el pasado han sido erróneas, ya sea en sí mismas o debido a las nuevas perspectivas que puede brindar el transcurso del tiempo. Esto es especialmente cierto en un sistema de *common law*, en el

---

derechos socioeconómicos, típicamente concebidos en correlación con una obligación positiva o de prestación, también pueden generar claras obligaciones negativas o de abstención. Piénsese en un grupo de familias campesinas que se ganan el sustento con una economía de subsistencia. En este caso, el derecho de estas familias podría exigir simplemente que la acción de los poderes públicos o de personas privadas *se abstengan* de irrumpir en este estado de cosas si es que dicha irrupción puede terminar por dejarles sin sus medios tradicionales de subsistencia. (Para una excelente discusión, véase J. Waldron “Liberal rights: Two sides of the coin”, p. 25, y del mismo autor, “Rights in conflict”, ambos en su compilación *Liberal Rights...*, cit.)

que los tribunales normalmente deben seguir la doctrina del *stare decisis* que obliga a adherirse a los precedentes establecidos, salvo que existan razones que ameriten apartarse de los mismos<sup>136</sup>. Una muestra del efecto que el método jurisdiccional podría llegar a tener sobre la posibilidad de modificar los precedentes nos la proporciona el caso *Planned Parenthood v. Casey*<sup>137</sup>, en el que se confirmó la doctrina de *Roe v. Wade*<sup>138</sup>. Sin entrar a juzgar el contenido sustantivo de la decisión, lo cierto es que en dicho caso, la adhesión al precedente sentado en *Roe* pareció desempeñar un papel importante en la decisión. Por otro lado, el carácter vitalicio de los jueces de la Corte Suprema también podría contribuir a dificultar la rectificación de una línea de precedentes, siempre y cuando asumamos que los jueces normalmente se inclinan a defender las posiciones que han adoptado con anterioridad, bajo el riesgo de aparecer como “fluctuantes” ante sus colegas y ante la opinión pública en general.

El problema bajo discusión también podría afectar, como nos recuerda Victor Ferreres, a un sistema de justicia constitucional de inspiración kelseniana<sup>139</sup>. En efecto, y como es sabido, bajo dichos sistemas la declaración de inconstitucionalidad de una ley trae como consecuencia nada menos que la expulsión de la ley del sistema jurídico, razón por la cual el tribunal ya no será capaz de “recuperar” dicha ley en caso de que considere que ha cometido un error de apreciación en el futuro. También se discute en la doctrina si es que el propio parlamento podría volver a dictar una ley de contenido similar, y la opinión predominante parece inclinarse por una respuesta negativa, con lo cual el problema de la corregibilidad de los errores parece afectar todavía más drásticamente a los sistemas en cuestión<sup>140</sup>.

A diferencia de todo lo dicho hasta aquí, la posibilidad de corregir errores por medio de una legislatura aparece nuevamente desembarazada de los constreñimientos

---

<sup>136</sup> Aunque es cierto que en el ámbito constitucional, como ya se ha dicho, los precedentes no deberían tener la misma fuerza según algunas concepciones, de todas maneras existe un consenso en que deben al menos alegarse razones para apartarse de los mismos.

<sup>137</sup> 505 U.S. 833 (1992).

<sup>138</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>139</sup> Véase la discusión en Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 202 y ss.

<sup>140</sup> Véase, sin embargo, la opinión de Ferreres, *ibid.*, pp. 204 y ss., así como en su “Una defensa de la rigidez constitucional”, cit., donde aboga a favor de una respuesta legislativa. El problema será abordado en el capítulo 6.

propios del modelo jurisdiccional. Además, las decisiones adoptadas por una mayoría parlamentaria pueden ser revocadas sin mayores formalismos, siempre y cuando se logre constituir una mayoría suficiente que apoye la postura a favor de la rectificación de la ley en cuestión, lo cual podría verificarse tan pronto como en la siguiente ronda de elecciones, o quizás incluso antes. Lo cual no quiere decir, en modo alguno, que los legisladores, al revocar sus decisiones pasadas, no deban tener en cuenta otro tipo de valores, como los asociados al respeto a las exigencias del Estado de derecho, la estabilidad, etc.<sup>141</sup>

Por último, tal vez resulte oportuno además realizar una breve alusión a la técnica del “balancing”, que aparece cada vez utilizada con mayor frecuencia por los tribunales cuando se intenta determinar si determinadas leyes violan o no los derechos fundamentales. El empleo extendido de dicho método se debería a que, a diferencia de las reglas de aplicación subsuntiva, los principios, que es la forma en la que normalmente estarían formulados los derechos fundamentales, se aplican por medio de la técnica de la ponderación<sup>142</sup>. Para autores como Robert Alexy, esta técnica permitiría a los órganos

---

<sup>141</sup> Tampoco cabría señalar con ligereza que, fuera de los casos de errores, los parlamentos sean instituciones caóticas que cambien de rumbo de manera imprevista y que sean incapaces de generar decisiones estables. Sobre el punto, véase M. Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., pp. 26-30, criticando la tesis de L. Alexander y F. Schauer, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, 110 *Harvard Law Review* 1359 (1997), quienes dan a entender que sólo la supremacía judicial puede garantizar la estabilidad. También critican esta posición Kramer, “Popular Constitutionalism...”, cit., pp. 987 y ss.; Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 302 y ss. También criticando esta posición, señalando que más bien es la Corte Suprema quien se ha mostrado inestable, R. F. Nagel, “Judicial Supremacy and the Settlement Function”, 39 *William and Mary Law Review* 849 (1998), p. 857: “How anyone who has lived through a significant part of the modern period of tumultuous judicial creativity could treat the relative stability of judicial interpretations as self-evident is baffling. The historical record demonstrates that the modern Supreme Court has changed the effective meaning of the Constitution repeatedly and dramatically”. Esto demuestra que la tesis de que el parlamento actuando en función al “settlement function” es ineficaz por su proclividad a la inestabilidad también puede ser aplicada a los órganos jurisdiccionales. De todos modos, quizás esta “creatividad judicial” que denuncia Nagel pueda verse como una patología, y como se sugiere en el texto, los rasgos institucionales bajo los que operan los tribunales hacen suponer que, en condiciones ideales, no es normal suponer que sea más fácil corregir los errores por medio del control judicial. Por traer a colación un último ejemplo, también A. Vermeule *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard, Cambridge/London, 2006, p. 249, cuestiona la tesis de Alexander y Schauer, insinuando que se trata de una cuestión que involucra elementos de naturaleza empírica que deberían ser más bien demostrada antes que asumida. Añade Vermeule que algunos de los rasgos institucionales del proceso legislativo también podrían contribuir a generar la estabilidad que estos autores predicán de las decisiones efectuadas por medio del control judicial.

<sup>142</sup> Para una esclarecedora exposición, véase, por ejemplo, C. Bernal, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa* 26 (2003); y L. Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell (ed.), cit.

jurisdiccionales disciplinar sus decisiones en base a dicho método de modo a juzgar de manera relativamente adecuada los casos en que aparezcan involucrados los derechos fundamentales, minimizando así la posibilidad de generar disfunciones en el sistema político en su conjunto<sup>143</sup>. Aunque no puedo extenderme aquí sobre el tema, lo cierto es que el “balancing”, es decir, la técnica de sopesar valores e intereses en conflicto para determinar cuál de ellos habrá de prevalecer, empleando estándares bastantes vagos de “razonabilidad”, es una técnica que no pocos consideran que se trata precisamente de una de esas prerrogativas propias del legislador ordinario, quien estaría mejor situado institucionalmente para realizar la tarea de determinar los fines sociales que habrán de perseguirse, contrapesar ciertos valores potencialmente en conflicto, y determinar si existen o no otras alternativas más o menos razonables para lograr los fines deseados, todo ello en base a un acopio y evaluación de información y datos complejos. Es más, muchas veces ocurre que los valores o bienes en conflictos son inconmensurables entre sí, lo cual complica todavía más el empleo del método por parte de los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, esta observación no implica un rechazo general a que los tribunales hagan uso de esta técnica. Dejo abierta la cuestión de si la misma sea adecuada en determinados casos en un sistema que de hecho confiere la palabra final a los órganos jurisdiccionales<sup>144</sup>. Pero cuando lo que se intenta es determinar si, en base a las capacidades institucionales, cuál es el órgano que *debería* tener la palabra final, no se ve por qué razón no habrá de poder encomendarse la decisión final a una asamblea legislativa para que realice las tareas propias del “balancing”<sup>145</sup>.

Se podría reconocer la fuerza de todos los argumentos expuestos a lo largo de este epígrafe, pero aún así, insistir en que, para desempeñar la tarea de controlar la

---

<sup>143</sup> Véase, por ejemplo, R. Alexy, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, 66 *Revista Española de Derecho Constitucional* 13 (2002); y del mismo autor, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, cit.

<sup>144</sup> Para críticas a la ponderación, véase Aleinikoff, cit.; Yowell, cit.; R. Guastini, “La constitución como límite a la legislación”; y P. Commanducci, “Modelos e interpretación de la Constitución”, los dos últimos en M. Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa, UNAM, México, 2000. En España, véase P. de Lora, “Tras el rastro de la ponderación”, 60 *Revista Española de Derecho Constitucional* 359 (2000); y S. Sánchez González, “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, 12-13 *Teoría y Realidad Constitucional* 351 (2004).

<sup>145</sup> Como señala Aleinikoff, cit., una objeción común al “balancing” consiste justamente en que parece duplicar el trabajo que una democracia constitucional debería exigir de sus legislaturas.

constitucionalidad de la ley, todo lo que haría falta es modificar algunos de los condicionamientos que el modelo jurisdiccional impone sobre el ejercicio de esta función. De hecho algunos autores, por ejemplo Frank Michelman<sup>146</sup>, Paul Yowell<sup>147</sup>, y Christopher Eisgruber<sup>148</sup>, por citar sólo algunos ejemplos, han en algunos casos o bien planteado el tema como hipótesis, o bien propiciado reformas en esta dirección (de manera más o menos abierta), sugiriendo revestir a los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes de ciertos rasgos que los acercaría más bien a la figura de un “consejo de revisión”, el cual estaría desembarazado de algunas de las ataduras que impone el modelo jurisdiccional. Por ejemplo, se podría desvincular las actuaciones de dicho consejo de una disputa particular, propiciando un modelo de enjuiciamiento abstracto; se podría dotar además a dicho órgano de recursos y de una infraestructura adecuada para conducir investigaciones sobre la realidad social; y así sucesivamente, pues las posibilidades sobre el diseño institucional son casi ilimitadas<sup>149</sup>. Sin embargo, y aunque sin descartar la idea del todo, en este trabajo no perseguiré esta línea de investigación por dos razones. En primer lugar, porque un procedimiento estructurado sobre este modelo, aunque pueda resultar superior desde un punto de vista instrumental al desembarazarse de los constreñimientos del modelo jurisdiccional, igual podría llegar a tener de todos modos algunas limitaciones importantes desde el punto de vista participativo y representativo, de conformidad a lo señalado en el capítulo anterior. En segundo lugar, no perseguiré esta estrategia en razón de que considero, como se verá en el capítulo siguiente, de que no hay razones para suponer que las legislaturas no puedan actuar con una adecuada consideración hacia los derechos fundamentales a la hora de elaborar las leyes, con lo cual no sería ya necesario, al menos en el contexto de esta

---

<sup>146</sup> F. I. Michelman, “Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life”, en A. Sarat y T. R. Kearns, *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, University of Michigan, Ann Arbor, 1996, pp. 146-7, lo plantea sólo a título hipotético para luego descartarlo.

<sup>147</sup> Yowell, cit., sugiere esto abiertamente como una medida para mejorar el sistema norteamericano.

<sup>148</sup> Eisgruber, cit., sin asumirlo abiertamente, propicia una reconversión de la función de la Corte Suprema hacia lo que sería una especie de “Cámara de Lores”. Sobre el punto, véase la crítica de J. Waldron, “Eisgruber’s House of Lords”, *37 University of San Francisco School of Law* 89 (2002).

<sup>149</sup> Zurn, cit., por poner otro ejemplo, trae a colación la idea rousseauiana de instituir “tribunos”, al estilo de las antiguas magistraturas romanas.

investigación, embarcarse en la empresa de idear algún órgano imaginario para cumplir esta función<sup>150</sup>.

c) *La racionalidad del proceso legislativo y su relación con el debate sobre el valor epistémico de la democracia*

En este epígrafe se abordan muy brevemente dos cuestiones. La primera de ellas se limita a recordar, con la intención de recuperar la simetría en las comparaciones entre el proceso legislativo y el poder judicial, que aquel también se halla estructurado sobre la base de principios que le otorgan una especie de racionalidad interna al proceso, pues muchas veces se asocia instintivamente la razón al procedimiento judicial en tanto que al legislativo se lo concibe como nada más que un escenario para la agregación de intereses egoístas y preferencias brutas<sup>151</sup>. La segunda línea argumental la expondré a título más bien tentativo, e intenta vincular la discusión con el debate sobre el valor epistémico de la democracia. A la luz de este debate, intentaré arañar la superficie del problema acerca del valor epistémico que podrían llegar a tener el proceso legislativo y el control judicial, respectivamente, a fin de presentar algunas dudas adicionales sobre la tesis de la superioridad instrumental de los órganos jurisdiccionales. Veamos cada cuestión por separado.

El problema de la racionalidad del procedimiento legislativo adquiere relevancia en esta discusión en razón de que, como se ha visto, uno de los argumentos que suelen ser traídos a colación en el contexto del debate sobre la justificación del control judicial vincula a esta última institución con la razón, lo cual constituiría un argumento

---

<sup>150</sup> Por lo demás, cada sugerencia trae aparejada sus propios problemas. Por ejemplo, en tanto que algunos propician una suerte de control abstracto como modo de trascender las limitaciones del modelo judicial, otros autores, como J. Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998; y Prieto, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., capítulo 3, consideran que el control abstracto debe o al menos puede ser prescindido. A su vez, Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit., argumenta que el control abstracto puede ser menos eficaz de cara a ciertos valores, como el de propiciar una nueva ronda de discusión y deliberación ante el tribunal constitucional, y así sucesivamente.

<sup>151</sup> Por ejemplo, Fiss, cit.

instrumental importante a favor del control judicial<sup>152</sup>. Los jueces normalmente operan en un contexto institucional que les obliga a atender a las razones presentadas por las partes, y sus decisiones deben ser motivadas, es decir, fundamentadas adecuadamente de acuerdo al derecho vigente, así como a cánones aceptables de racionalidad y de interpretación jurídica. Por lo demás, el proceso se halla estructurado de modo tal a permitir que se ventilen adecuadamente las posiciones en conflicto, lo cual permite al juez ponderar desde una perspectiva imparcial las particularidades propias del problema<sup>153</sup>.

No hay nada que objetar ante esta concepción del proceso judicial. Pero debe recordarse igualmente que el proceso legislativo también se halla estructurado sobre la base de principios destinados a dotarle de una suerte de racionalidad interna, y que además, en el curso del mismo también debe prestarse atención a razones y no a meras preferencias brutas o completamente inmotivadas<sup>154</sup>. Mi intención es poner de relieve que a la imagen del proceso judicial expuesta en el párrafo anterior es posible contraponer una imagen igualmente plausible y atractiva del proceso legislativo. No abordaré aquí, sin embargo, las clásicas objeciones de la ciencia política de la escuela del “public choice” y otras de orientación similar, que de la mano de figuras como Kenneth Arrow, William Riker y otros, ven a las democracias como caóticas, arbitrarias, carentes de sentido, e imposibles de llevar a la práctica, etc.<sup>155</sup> Como es sabido, esta corriente ha intentado poner de relieve que las democracias se hallan aquejadas de numerosos problemas como el denominado “teorema de Arrow”, el control de la agenda, el voto estratégico, la manipulación, etc., todo lo cual contribuye a socavar el atractivo normativo de la democracia como ideal y a dar sustento a sus críticas (con frecuencia potenciando al mismo tiempo otras alternativas, como el “mercado”). Para una respuesta a estos autores, me remito a un excelente estudio reciente del politólogo Gerry Mackie, el cual promete

---

<sup>152</sup> Por citar un ejemplo elocuente de este tipo de posición, Arthur, cit., p. 68, expresa: “Judicial interpretation and argument demand consideration of justice and morality in ways that legislative activities do not”.

<sup>153</sup> Fiss, cit.

<sup>154</sup> Para una exposición según la cual el proceso parlamentario constituye una trasposición de la idea del proceso judicial al proceso político de legislación, véase Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 142 y ss.

<sup>155</sup> G. Mackie, *Democracy Defended*, Cambridge, Cambridge, 2003, p. 2.



arrojar por la borda, o por lo menos poner seriamente en entredicho, muchos lugares comunes que se desprenden de este tipo de politología, por cierto muy influyente en el ámbito norteamericano<sup>156</sup>. Por lo demás, debe señalarse que quien, como por ejemplo Lawrence Tribe<sup>157</sup>, pretenda valerse de este tipo argumentos para descalificar el proceso legislativo y defender el control judicial, puede al mismo tiempo estar sembrando la destrucción de su empresa, pues como bien ha insinuado Mark Tushnet, los problemas que se derivan del teorema de Arrow (y quizás también de otros de naturaleza similar) afectarían no sólo a la legislaturas sino también a las decisiones de los tribunales en tanto que órganos colegiados<sup>158</sup>. Esta discusión es sin duda sumamente interesante. Sin embargo, la misma excede mi cometido, el cual es más modesto y se limita simplemente, como acabo de decir, a mostrar una imagen paralela que deje en evidencia que al igual que el proceso judicial, el proceso legislativo también puede ser concebido de conformidad a una estructura presidida por una suerte de racionalidad interna.

Como es de sobra sabido, todos los procesos legislativos de las sociedades bien ordenadas se hallan instituidos de modo tal a que la producción de las leyes se lleve a cabo de conformidad a un cierto orden que intenta obedecer a determinadas pautas de racionalidad, comenzando por el hecho de que las reglas de sufragio (activo y pasivo) para la elección de cargos legislativos suelen contemplar la exclusión de los menores y de quienes se hallan mentalmente incapacitados. Muchas de las normas que regulan el proceso de producción de las leyes se hallan previstas, al menos en líneas generales, en la propia constitución, en tanto que otras son reguladas por disposiciones jurídicas de

---

<sup>156</sup> Id. Véase además, del mismo autor, “Saving Democracy from Political Science”, en R. Dahl, I. Shapiro y J. A. Cheibub (eds.), *The Democracy Sourcebook*, MIT, Cambridge/London, 2003.

<sup>157</sup> L. Tribe, *American Constitutional Law*, 2ª ed., Foundation, New York, 1988, p. 12. También alude a este problema L. Alexander, “Constitutionalism”, en Golding y Edmundson (eds.), cit., pp. 257-8.

<sup>158</sup> M. Tushnet, *Red, White, and Blue*, Harvard, Cambridge, 1988, pp. 16-7. En el mismo sentido, D. A. Farber y P. P. Frickey, *Law and Public Choice. A Critical Introduction*, University of Chicago, Chicago/London, 1991, dos cultores del public choice que en general cuestionan algunas de las tesis más radicales del movimiento, sostienen, con relación a la aplicación del Teorema de Arrow a las legislaturas, lo siguiente, p. 55: “If chaos and incoherence are the inevitable outcomes of majority voting, then appellate courts (which invariably have multiple members and majority voting rules)...are equally bankrupt. As a result...[i]f we accept the thesis as to legislatures, we are left with nowhere to turn”, p. 55. En general, este libro también cuestiona, en una línea similar a la de Mackie, las conclusiones más negativas hacia la idea de la democracia que se desprenden de una buena parte de la literatura de tipo “public choice”.

inferior jerarquía. Dichas normas hacen alusión a la iniciativa legislativa, es decir, a quién y cómo puede impulsar la tramitación de una ley, el procedimiento a seguirse, los plazos y formalidades a los que debe ajustarse el proceso, etc. La elaboración de una ley normalmente va precedida de varias rondas de deliberación y de discusión, en las que los representantes tienen la oportunidad de debatir las cuestiones involucradas, ventilar diferentes puntos de vista, y adquirir una cierta proximidad con los problemas que pretenden ser objeto de regulación por la ley bajo discusión. Los debates también se hallan regulados minuciosamente, sobre la base de reglas que intentan distribuir de manera equitativa el uso de la palabra, el ejercicio del derecho a hacer oír su voz a cada grupo parlamentario, el tiempo de duración de las intervenciones, las réplicas y contrarréplicas que pueden hacerse, etc. Lo normal es esperar que el proceso legislativo conecte además con el debate más informal que llevan a cabo los ciudadanos, y de hecho suelen existir distintas vías de acceso para que los ciudadanos ordinarios pueden llegar hasta el parlamento y hacer oír su voz. Normalmente se prevén comisiones legislativas especializadas encargadas de elaborar, estudiar o proponer proyectos de ley, que son capaces de recabar, como se vio en el epígrafe anterior, dictámenes técnicos y todo tipo de información necesaria para la elaboración adecuada de los textos normativos. En algunos países se prevé incluso la institución de una segunda cámara legislativa, que según la manera en que la misma se halle instituida, puede dotar de una mayor calidad deliberativa al proceso legislativo en su conjunto, al sumar distintas perspectivas sobre la base de una representación asimétrica a la que se verifica en la primera cámara, por ejemplo, por medio de una representación territorial<sup>159</sup>. Por lo demás, en la aprobación de la ley interviene además el ejecutivo, que tiene la facultad o de vetar la ley, o bien, de otorgar su visto bueno, con lo cual puede decirse que en el proceso legislativo interviene no solo uno, sino dos poderes del Estado<sup>160</sup>. Y así sucesivamente.

Por otro lado, y en cuanto al contenido de las razones que se esgrimen en el proceso legislativo, y aunque el tema será abordado con mayor detenimiento en el capítulo siguiente, no puede sostenerse con rigor que en el mismo primen únicamente las

---

<sup>159</sup> Sunstein, *The Partial Constitution*, cit.

<sup>160</sup> Por eso algunos autores hacen hincapié en el que el control judicial de la ley no enfrenta sólo al poder judicial con el legislativo, sino también con el ejecutivo, al menos en los sistemas presidencialistas.

preferencias brutas y que no tenga cabida la exposición de argumentos racionales. En primer lugar, es de esperar que, en una sociedad pluralista cuyas instituciones representativas funcionen de manera relativamente aceptable, en el parlamento se hallen representados un abanico de grupos sociales de variadas ideologías y tendencias políticas. Esta pluralidad asegura que, de conformidad a las reglas que estructuran el proceso, distintas voces y perspectivas puedan ventilarse en el proceso, lo cual presumiblemente habrá de enriquecer el debate mediante el aporte de opiniones y puntos de vista disímiles. Por lo demás, los parlamentarios también suelen esgrimir razones para brindar su apoyo o su rechazo a una determinada moción. En primer lugar, para que una decisión pueda lograr la mayor adhesión posible debe ser formulada en términos que trascienden las consideraciones puramente egoístas o interesadas del grupo que las apoya, pues de lo contrario puede que no logren el apoyo necesario o que acaben generando el rechazo de una parte de la ciudadanía<sup>161</sup>. Por otra parte, y bajo el riesgo de perder su apoyo en las siguientes elecciones, los parlamentarios también tienen la obligación de justificar sus decisiones ante sus electores, por lo cual cabe esperar que manifiesten abiertamente sus razones a fin de que las mismas puedan ser sometidas a examen por parte de la opinión pública. Además, como ya pudo verse más arriba, en cuanto a la calidad de la deliberación sobre principios morales y políticos abstractos, puede que las legislaturas sean incluso muy superiores a los órganos judiciales, dado que aquellas carecen de algunos de los constreñimientos técnicos-legales que les permiten una mayor libertad para abordar directamente este tipo de cuestiones. Por último, normalmente las leyes cuentan

---

<sup>161</sup> Y ello es así aun cuando, en última instancia, dichas razones constituyan en verdad una especie de maquillaje retórico para disfrazar intereses más profundos que en definitiva constituyen la verdadera motivación, pues al decir de J. Elster, “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, en la compilación del mismo autor, *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 146, ésta es una de las virtudes la “fuerza civilizadora de la hipocresía”. A su vez, C. R. Sunstein, “Interest Groups in American Public Law”, 38 *Stanford Law Review* 29 (1985), p. 84, al reconocer que los apelaciones al interés público pueden encubrir el autointerés, no obstante sostiene que el disciplinar el tipo de razones que pueden esgrimirse válidamente en apoyo de una ley “increases de likelihood that they will come about”; lo cual vuelve a reiterarlo en su “Beyond the Republican Revival”, 98 *Yale Law Journal* (1988), pp. 1544-5. Por lo demás, como señala R. Gargarella, “Full Representation, Deliberation, and Impartiality”, en J. Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, University Press, Cambridge/New York, 1998, p. 261, es poco probable que las propuestas que se fundan en nombres propios, o intereses particulares o razones no universalizables acaben prevaleciendo en una asamblea genuinamente deliberativa. Sobre el último punto, véase además C. S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

con una exposición de motivos en la que se hacen explícitas las razones que han impulsado la adopción de la ley.

En fin, si la breve síntesis que antecede es más o menos exacta, entonces la distinción establecida por Hamilton en *El Federalista No. 78* y en la que, anticipando el control judicial, se establecía una diferenciación tajante entre “discernimiento” y “voluntad”, admitiendo la intervención judicial cuando la misma se basaba en la primera, también podría ser predicada de los órganos legislativos<sup>162</sup>. De conformidad a lo expuesto, podría argumentarse que éstos serían igualmente capaces de tomar en serio los valores constitucionales al adoptar sus decisiones mediante un proceso estructurado conforme a criterios de racionalidad y no necesariamente predispuestos a dar rienda suelta al mero capricho o arbitrio de la voluntad.

Veamos ahora el segundo de los temas que, según se dijo, será abordado en este epígrafe, a saber, el del supuesto valor epistémico del proceso legislativo, tema que como dije, conecta con un debate en la teoría de la democracia sobre su supuesto valor epistémico<sup>163</sup>. En el contexto de este debate, las aserciones sobre el valor “epistémico” de la democracia pueden resultar controvertidas. Ciertas intuiciones muy arraigadas nos obligan a tomar en serio la famosa frase de Taine: “10.000.000 de ignorancias no hacen un saber”<sup>164</sup>. Otras intuiciones apuntan en sentido contrario, y nos dicen que si sólo valoramos la democracia porque constituye un procedimiento justo en sí mismo, con prescindencia de sus resultados, entonces deberíamos ahorrarnos las molestias y emplear

---

<sup>162</sup> A su vez, en *Marbury*, el razonamiento del juez Marshall parecía descansar en esta misma presuposición: que la aplicación de la constitución era una mera cuestión de discernimiento. Una muestra contemporánea del argumento nos la ofrece E. Chemerinsky, “The Supreme Court 1988 Term Foreword: The Vanishing Constitution”, 103 *Harvard Law Review* 43 (1989): “Judiciary is unique in that it is the only institution committed to arriving at decision based entirely on arguments and reasons”. (Verificar cita.) Además, como es sabido, existen en la teoría política concepciones que ponen énfasis en el aspecto racional de esta actividad y que resultan más prometedoras que las típicas exposiciones peyorativas del proceso político que suelen encontrarse en algunas justificaciones del control judicial. Por ejemplo, J. Habermas, “Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa”, 43 *Episteme* (1994), p. 7: “Una concepción dialógica entiende la política como un proceso de razón y no exclusivamente de voluntad, de persuasión argumentativa y no exclusivamente de poder, dirigido hacia la consecución de un acuerdo relativo a una forma buena o justa, o por lo menos aceptable, de ordenar aquellos aspectos de la vida que se refieren a las relaciones sociales de las personas y a la naturaleza social de las personas”.

<sup>163</sup> Agradezco a José Luis Martí por sus valiosos consejos y aclaraciones al abordar este problema, aunque los errores que puedan haber son imputables sólo al autor, huelga decirlo.

<sup>164</sup> Cit. en G. Sartori, en “Democracia”, incluida en la compilación del mismo autor *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992, p. 58.

otros procedimientos que podrían considerarse igual de justos, como arrojar una moneda al aire o decidir por lotería<sup>165</sup>. Éstos son apenas algunos indicios que nos permiten vislumbrar que nos hallamos ante un tema hartamente complejo y problemático, por lo cual sería imposible dedicarle en este lugar un tratamiento adecuado<sup>166</sup>. Por estas razones, me limitaré a realizar algunas consideraciones genéricas de carácter meramente tentativas, edificando fundamentalmente sobre las aportaciones de Carlos Nino y Victor Ferreres, en razón de que, a diferencia de otros enfoques más abstractos, dichos autores abordan el problema con especial atención al debate sobre la justificación del control judicial de la ley<sup>167</sup>. Mi intención es demostrar que, dentro del debate sobre el valor epistémico de los procedimientos para la adopción de decisiones colectivas, también existen razones de peso que apuntan a consolidar la posición del procedimiento legislativo, lo cual a su vez constituiría un elemento adicional para poner en entredicho la tesis de la superioridad instrumental del control judicial.

Uno de los argumentos a favor del valor epistémico del proceso legislativo guarda relación con su carácter participativo-representativo, lo cual a su vez otorga a este proceso una mayor sensibilidad hacia las preferencias e intereses de las personas que habrán de resultar afectadas por sus decisiones. Al menos desde Mill, la tradición liberal asume que nadie es mejor juez que uno mismo de sus propios intereses, y en ese sentido, la participación en una asamblea deliberante puede contribuir a alcanzar la corrección de un resultado que se ajuste a las preferencias e intereses de los participantes, como ya tuvimos ocasión de ver en el capítulo anterior. En contraposición, un procedimiento como el judicial, de carácter aislado y reflexivo pero de sesgo más bien elitista y no participativo, estaría en peores condiciones de alcanzar la corrección moral, al menos desde el punto de vista en cuestión. Para esta concepción, el ideal epistémico no necesariamente conduciría

---

<sup>165</sup> Cfr. D. Estlund, "Jeremy Waldron on *Law and Disagreement*", 99 *Philosophical Studies* 111 (2000), p. 121: "nothing is procedurally more fair to all citizens than a random choice".

<sup>166</sup> Una excelente y esclarecedora exposición, aplicada al ámbito de la teoría de la democracia deliberativa, en J. L. Martí, "The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended: Reasons, Rightness and Equal Political Autonomy", en S. Besson y J. L. Martí (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents, National and Post-national Challenges*, Ashgate, Burlington/Hampshire, 2006.

<sup>167</sup> Para dos buenos trabajos, aunque de carácter más abstracto, véase Martí, cit.; y Estlund, cit., quien en el ámbito anglosajón probablemente sea el autor más importante entre quienes defienden la concepción epistémica de la democracia.

hacia una forma de “epistocracia”, sino todo lo contrario, pues se considera que existe una estrecha conexión entre la participación y la verdad o corrección, con lo cual se pone en cuestión que una elite de expertos tenga mayores probabilidades de alcanzar la verdad o corrección<sup>168</sup>. Ejemplos de teorías epistémicas de este tipo, aunque con algunas diferencias importantes, serían las de los ya citados Nino y Ferreres<sup>169</sup>.

Ahora bien, de conformidad a este enfoque, una razón para ser cautos con la tesis del valor epistémico del proceso legislativo, cuando lo que se pretende es reforzar la posición de dicho proceso de cara al control judicial, sería la siguiente. Aun cuando se establezca un vínculo entre la participación y la corrección moral, el efecto que suele producir este tipo de concepciones, por paradójico que pudiera parecer, resulta a la postre favorable a la introducción de alguna forma de control de constitucionalidad, en lugar de contribuir a dar firmeza a las decisiones legislativas<sup>170</sup>. La razón de ser de esto es muy sencilla. La participación únicamente podría conducir a la corrección moral en un estado ideal de deliberación y de representación. Pero como ningún sistema político real es ni será capaz de alcanzar esto nunca, entonces el control judicial parece ser una consecuencia imprescindible de cualquier sistema de gobierno existente. En otras palabras, siempre habrá un hueco por el cual reflatar la necesidad del control judicial con la finalidad de poner remedio a lo que no es, en el fondo, sino el pálido reflejo de un proceso participativo y deliberativo ideal<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> C. Lafont, “Is the Ideal of a Deliberative Democracy Coherent?”, en Besson y Martí (eds.), cit., p. 12. Véase además Martí, cit., pp. 48 y ss.

<sup>169</sup> Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, cit.; y Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit.

<sup>170</sup> En una conversación, Waldron me ha manifestado que, precisamente por esta razón, su intención al defender el instrumentalismo débil no es la de dotar de una dimensión epistémica a su concepción, como lo serían, por ejemplo, las teorías de Nino o Habermas. Sobre la concepción de Waldron, véase además su “Deliberación, desacuerdo y votación”, en H. Hongju Koh y R. C. Slye (eds.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.

<sup>171</sup> Cfr. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 272, intentando hallar una justificación al control judicial: “La superioridad epistémica no es algo que surge del proceso democrático sólo a partir del mero hecho de llamarse ‘democrático’; éste depende de ciertas condiciones positivas y negativas que el proceso debe cumplir. Quizá nuestra intuición en favor del control judicial de constitucionalidad esté asociada con situaciones en las cuales esas condiciones no son satisfechas y, consecuentemente, lo político...no es epistémicamente superior al proceso judicial”. De allí que concepciones de este tipo adopten con frecuencia en esquema de control judicial sobre la base de la teoría de Ely, que será discutida en el capítulo 5.

No obstante, cabría preguntarse la razón por la cual no podría encomendarse la función de corregir los factores que distorsionan la calidad epistémica del proceso legislativo al propio legislador. Nino ofrece dos argumentos al proponer que dicha labor de corrección sea realizada por medio del control judicial. En primer lugar, Nino señala que no puede encomendarse al proceso legislativo la corrección de los errores dado que la función de monitoreo en este caso se vería influenciada por esos mismos defectos<sup>172</sup>. A continuación añade que el juez está de todas maneras obligado a aplicar la ley, y que al hacerlo no le queda más remedio, antes de aplicarla, que verificar si se han cumplido o no las precondiciones epistémicas que autorizan a suponer que la ley está dotada de validez. Pero en el desarrollo de este argumento, Nino parece contradecir su posición anterior al sostener que el poder de los jueces es en este caso igual al de cualquier ciudadano que debe aplicar una norma jurídica, con lo cual da a entender que cualquiera puede detectar un error en el proceso, incluso los que se hallan inmersos en él. Al fin y al cabo, los jueces también forman parte de la sociedad democrática en la que viven. En segundo lugar, Nino alega que los jueces deben mostrar una tendencia “unidireccional” hacia la ampliación del proceso democrático, “requiriendo más participación, más libertad de las partes, más igualdad”, etc., ya que sería absurdo “que un juez anulara legislación que ha sido sancionada a través de un proceso demasiado amplio de participación o con demasiada igualdad”<sup>173</sup>. Sin embargo, la experiencia nos enseña que los jueces también pueden restringir el proceso democrático de diversas maneras, como ocurrió en *Buckley v. Valeo*<sup>174</sup> y en *Bush v. Gore*<sup>175</sup>, casos que serán discutidos con mayor detalle en el capítulo 5. Por lo demás, dado el pluralismo razonable, qué es lo que habrá de constituir una restricción o una ampliación del proceso democrático puede estar sujeto a controversias profundas y razonables entre los ciudadanos, lo cual constituye una razón adicional para dudar de que el juez goce en estos casos de una situación especialmente favorable.

El temor de que una concepción epistémica del proceso legislativo conduzca de manera inexorable hacia la introducción de alguna forma de control judicial es infundado

---

<sup>172</sup> Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 274.

<sup>173</sup> Id.

<sup>174</sup> 424 U.S. 1 (1976).

<sup>175</sup> 531 U.S. 98 (2000).

si consideramos la posibilidad de que, en lugar de conferir a los órganos judiciales la función de monitoreo de las condiciones que dan valor epistémico al proceso legislativo, la misma podría atribuirse al propio legislador. Como señala Richard Bellamy, históricamente el proceso democrático ha dado pruebas fehacientes de que es capaz de regenerarse a sí mismo y de ir corrigiendo sus propios defectos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la progresiva extensión de la franquicia, la supresión del voto calificado, la inclusión del voto femenino, etc.<sup>176</sup> Por eso considero que una vez que aceptamos la posibilidad de que el proceso democrático sea capaz de corregirse a sí mismo, podría sostenerse una modesta concepción epistémica de dicho proceso sin temor a que ello deba conducir necesariamente a la reintroducción, por la puerta trasera, del control judicial. Ahora bien, esta concepción epistémica deberá ser, como queda dicho, “modesta”, en el sentido de que no necesariamente habrá de estar fundada sobre la creencia de que existe una verdad incuestionable y objetiva capaz de ser alcanzada siempre que se empleen determinados procedimientos, pues ello contradiría la tesis del pluralismo razonable. En sintonía con lo dicho más arriba, la concepción modesta se fundaría más bien en la creencia de que, independientemente a la existencia o no de una verdad absoluta, los procedimientos en discusión se hallan revestidos de determinados rasgos y propiedades desde el punto de vista de una empresa dedicada a “buscar la verdad”, independientemente a lo que ésta finalmente acabe siendo<sup>177</sup>.

Los argumentos para sostener entonces esta modesta concepción epistémica serían, *grosso modo*, los mismos que mantienen los autores antes citados: la perspectiva usual según la cual los jueces están en una mejor posición que los parlamentarios y otros funcionarios electos para resolver cuestiones sobre derechos sería consecuencia de una suerte de “elitismo epistemológico” que a la postre no resulta del todo convincente, ya que parece presuponer “que unos señores, por más ilustrados que sean, pueden llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin

---

<sup>176</sup> Véase, por ejemplo, R. Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy”, cit.

<sup>177</sup> Estlund, cit., p. 122, contrapone una concepción epistémica “sustantiva” a una “formal”: “By contrast, consider a *formal epistemic account* according to which a democratic process is held to have a tendency to get things right from the standpoint of justice or common good *whatever the best conception of those might be*. The formal epistemic approach makes no appeal to any specific conception of justice or common good and so would be untroubled by the fact that there is reasonable disagreement about which conception is best or correct”.



participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de discusión pública”<sup>178</sup>. Este elitismo podría estar asociado a la creencia de que ciertas aptitudes intelectuales, por ejemplo, las que proporciona el ejercicio de la función de juez, son más aptas desde un punto de vista epistémico que la capacidad para representarse y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por una decisión, algo que parece estar ausente (o presente en menor grado) de un proceso judicial de toma de decisiones pero no necesariamente en un proceso de carácter más participativo como lo sería el proceso democrático de una sociedad bien ordenada. En palabras de Nino,

“...la democracia, a través de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, tiene un valor epistemológico, es decir, es una vía apta para llegar a soluciones que tienen una mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos. Esto es así, porque la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todos o que una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuáles son sus intereses y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos. Por ello el proceso democrático tiene una tendencia hacia una mayor imparcialidad comparado con otros procedimientos posibles y esto implica...que la democracia, los procedimientos democráticos tengan valor epistemológico para conocer cuales son las decisiones moralmente correctas”<sup>179</sup>.

Aunque en este pasaje Nino emplea la expresión “proceso democrático”, al parecer las afirmaciones que sostiene podrían aplicarse más estrictamente al proceso legislativo en sentido estricto. Es posible además que algunas de estas conclusiones

---

<sup>178</sup> C. S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 685. Según De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución...*, cit., pp. 74 y ss., dos filósofos que defienden la postura elitista son Rawls y Dworkin, cuyas teorías han tenido un enorme impacto en el desarrollo del derecho constitucional contemporáneo. Para una crítica a la relación entre los filósofos y la justificación del control judicial, en la cual se puede producir una tensión de cara a ideales democráticos, véase el excelente ensayo de M. Walzer, “Philosophy and Democracy”, 9 *Political Theory* 379 (1981).

<sup>179</sup> C. S. Nino, “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, 4 *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 79 (1989), pp. 86-87.

puedan pretender ser matizadas por medio de concepciones como la de Michelman, según la cual el proceso judicial no sería del todo un proceso aislado en el que los jueces actúan en solitario. Sin embargo, aun cuando esto sea cierto en parte, no es menos cierto que, en términos comparativos, el parlamento seguirá siendo superior sobre la base de estos parámetros, independientemente a los defectos que pueda llegar a tener, todo ello de conformidad a lo dicho en el capítulo anterior<sup>180</sup>.

A lo dicho hasta aquí pueden añadirse aún algunos argumentos que desde la teoría política se han empleado tradicionalmente para justificar la decisión de una asamblea representativa, plural y numerosa sobre la base de su valor epistémico. Tal es el caso, por ejemplo, del principio de sabiduría de la multitud de Aristóteles o el teorema de Condorcet<sup>181</sup>. Este tipo de argumentos ponen énfasis en el tamaño, la pluralidad y la diversidad de las asambleas legislativas como un factor capaz de incidir favorablemente en la calidad epistémica del resultado. En contraposición a esto, podría señalarse el menor tamaño de los tribunales judiciales colegiados y su mayor homogeneidad, caracterizados por una especie “corporativismo”. En efecto, los cuadros que integran de los órganos judiciales normalmente provienen de un determinado gremio, el de los

---

<sup>180</sup> Véase el capítulo 2, apartado 3, epígrafe b).

<sup>181</sup> Cfr., Aristóteles: “Puesto que los muchos, entre quienes cada individuo no es un hombre bueno, cuando se reúnen pueden ser mejores que los pocos buenos, si se los mira no de manera individual sino colectiva, del mismo modo en que una fiesta en la cual muchos contribuyen es mejor que una cena que salga de un solo bolsillo. Pues cada individuo entre los muchos contiene una parte de excelencia y sabiduría práctica, y cuando se reúnen, del mismo modo en el que en cierto sentido se convierten en un hombre, el cual posee muchos pies, manos y sentidos, así también ocurre con relación a su carácter y pensamiento. Por tanto los muchos son mejores jueces que un hombre único de la música y de la poesía; puesto que algunos entienden una parte, y otros otra, y entre ellos comprenden el todo”. (Cit. en J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge, 1999, p. 32). Según el teorema de Condorcet, las decisiones mayoritarias tomadas en un grupo tenderán con mayor probabilidad a hallar la solución correcta que un miembro promedio del grupo. Es más, las probabilidades de hallar esta solución aumentan cuando aumenta el número de miembros del panel, siempre que la competencia de los miembros de cada grupo sea superior a 0.5. A decir verdad, el teorema de Condorcet es más complicado de lo que a primera vista parece, ya que Condorcet agregó que a medida que aumenta el tamaño del panel, disminuyen las posibilidades de que sus integrantes posean una competencia superior a 0.5, por lo cual una asamblea demasiado grande tenderá a cometer fallos. Otra manifestación en la teoría política de esta concepción es la de Maquiavelo: “El pueblo es más prudente y más constante que los príncipes”; así como la de Roosevelt: “[L]a mayoría de la gente corriente cometerá cada día menos errores al gobernarse a sí misma de los que cualquier cuerpo más reducido cometería al intentar gobernarla”. (Cit. en B. Barber, “Democracia fuerte”, en Del Águila *et al.*, *La democracia en sus textos*, cit.) Sobre la virtud epistémica de la democracia, véase además Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 164 y ss., aunque, a diferencia de lo que aquí se sugiere, este autor emplea el argumento sólo para justificar una “presunción de constitucionalidad” que habrá de entrar a regir en los juicios sobre la constitucionalidad de las leyes.

abogados, que en su mayoría suelen ser extraídos de determinados sectores sociales, normalmente de los niveles medios-altos de una sociedad, y que en consecuencia se hallan afectados por un conjunto de ideas, creencias, prejuicios y pautas propias que determinan, al menos hasta cierto punto, una determinada visión de la sociedad<sup>182</sup>. A esto podría replicarse que en determinados sistemas políticos, el acceso a las asambleas representativas también está condicionado por diversos factores que a la postre determinan que sólo determinadas elites puedan acceder a dichos órganos<sup>183</sup>. Sin embargo, este tipo de circunstancias deberían más bien considerarse como patologías de los sistemas en cuestión, a los que una sociedad bien ordenada debería hacer frente de manera a perfeccionar y mejorar sus instituciones representativas. Por el contrario, en el caso de un órgano jurisdiccional, su carácter homogéneo y elitista no obedece a ningún tipo de patología, sino que por el contrario, se trata de rasgos que normalmente cabría esperar de cualquier sistema judicial en una sociedad bien ordenada y estructurado de modo a que puedan desempeñar adecuadamente un cúmulo de funciones sociales importantes relativas a la administración de justicia.

Está claro que todas estas cuestiones deberían ser abordadas con mayor detenimiento, ya que algunos de los temas mencionados, como la aplicación del teorema de Condorcet al ámbito legislativo, tampoco se hallan exentos de controversia. Sin embargo, el punto que debe quedar en claro es que el vínculo epistémico entre un órgano jurisdiccional no sólo no debe darse por sentado, sino que incluso existen argumentos

---

<sup>182</sup> Esto es sobre todo agudo en el ámbito norteamericano. Cfr., por ejemplo, M. J. Klarman, "What's So Great About Constitutionalism?", 93 *Northwestern University Law Review* 145 (1998), afirmando que los magistrados de la Corte Suprema "belong to a cultural, social and legal elite prone to the status quo, with their own values distinct from those of a majority of the population...". El magistrado Antonin Scalia, en su disensión en *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 652 (1996), escribió: "Cuando la Corte toma partido en las guerras culturales, tienden a estar del lado de los caballeros antes que de los villanos – y más específicamente con los Templarios, reflejando los puntos de vista y los valores de la clase de los abogados de donde son extraídos los miembros de la Corte". Ya desde De Tocqueville se llamaba la atención sobre el carácter elitista y aristocrático de la clase de los abogados. Para una interpretación, en el contexto norteamericano, de que el Congreso es más apto para realizar interpretaciones progresistas de la Constitución que la Corte Suprema, véase West, "The Aspirational Constitution", cit.

<sup>183</sup> Tal sería el caso, también en este supuesto, del Congreso de los EE.UU., cuyos miembros normalmente pertenecen a las clases mejor educadas y de nivel social elevado. Sobre el punto, véase W. N. Eskridge, Jr. "The Circumstances of Politics and the Application of Statutes", 100 *Columbia Law Review* 558 (2000), p. 580, criticando la composición homogénea del Senado norteamericano, y llamando a la vez la atención sobre el punto a autores que, como Waldron, defienden el supuesto pluralismo y diversidad de las legislaturas.

importantes que apuntan en sentido contrario. En conclusión, si bien no pretenderé erigir aquí, a diferencia autores como Nino o Ferreres, un vínculo fuerte entre la participación y el conocimiento o la verdad moral en comparación con un procedimiento más aislado y reflexivo como el jurisdiccional, por lo menos debe reconocerse que existen razones de peso para no sacar conclusiones demasiado apresuradas con relación a la supuesta superioridad epistémica que poseerían los órganos judiciales. Traducido en los términos que he empleado en este capítulo, puede decirse entonces que, desde el punto de vista instrumental, ni los parlamentarios ni los jueces son necesariamente unos más aptos que otros para alcanzar resultados correctos en materia de derechos.

*d) Los condicionamientos políticos de la función judicial*

El profesor José Luis Cascajo afirmaba, en un ensayo sobre la interpretación constitucional, que “a los juristas nos gusta pensar en los tribunales con cierto romanticismo e imaginarlos inmunes a cualquier influencia, aunque lo cierto es que no dejan de estar sometidos a limitaciones de tipo político”<sup>184</sup>. El propósito de este epígrafe es el de buscar apoyo en las conclusiones de algunos estudios empíricos importantes, provenientes sobre todo del campo de la ciencia política, a fin de explicitar algunos de los condicionamientos políticos que afectan de manera importante la labor de los jueces en el ejercicio de la función de controlar la adecuación de la ley a la constitución. Normalmente se asume que los legisladores operan en un contexto en el que priman factores políticos, como la negociación, el compromiso, el regateo, las motivaciones estratégicas, las presiones electorales, la manipulación de la agenda, etc., los cuales podrían afectar negativamente su capacidad instrumental para dar respuestas adecuadas en materia de derechos. Al decir de Walter Murphy, uno de los precursores del enfoque politológico sobre el comportamiento efectivo de los tribunales, “se espera que los magistrados del máximo tribunal operen en un plano mucho más elevado que el de los oficiales electos, un sitio en el que el compromiso y las estratagemas astutas no deberían

---

<sup>184</sup> J. L. Cascajo, “Constitución e interpretación constitucional”, 138 *Claves de razón práctica* 18 (2003), p. 18 (incluyendo una referencia a L. Lessig).

tener cabida”<sup>185</sup>. Sin embargo, una vez que se abandona la presuposición de que los jueces en la práctica operan de manera aislada y desvinculada por completo de condicionamientos políticos e ideológicos diversos, como si fueran Hercules dworkinianos en el mundo de los principios<sup>186</sup>, quizás ello pueda contribuir a reequilibrar la relación entre los órganos jurisdiccionales y legislativos desde un punto de vista instrumental comparativo. Ahora bien, la discusión que sigue no tiene por objeto desdibujar completamente la separación entre el proceso judicial y el proceso legislativo, algo que resultaría absurdo, sino sólo resaltar que, así como este último adolece de determinados defectos (representación imperfecta, etc.), aquél también contiene ciertas limitaciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de abordar una comparación institucional.

Antes de comenzar, debe hacerse notar que lo que puede o no constituir un condicionamiento “político” es una cuestión no exenta de ambigüedades de todo tipo, y en algunos casos, el que un tribunal de justicia pueda resultar “políticamente condicionado” no pasaría de constituir un dato trivial. Por ejemplo, podría afirmarse que se trata de un órgano estatal, y puesto que todos los órganos estatales son políticos, entonces los tribunales son por necesidad órganos políticos, lo cual es una trivialidad. A fin de evitar una discusión estéril, sugiero entonces concentrarnos en los aspectos que serán abordados a continuación, los cuales, aunque no pretenden ser exhaustivos, pueden resultar sumamente sugestivos de cara al debate sobre los rasgos estructurales del proceso judicial y sus conexiones instrumentales.

En primer lugar, debe recordarse que los tribunales operan en un contexto político en el que interactúan distintas instituciones y fuerzas políticas, y el actuar en este medio hace que las decisiones judiciales se vean afectadas de diversas maneras no siempre previstas por una concepción del control judicial que desligue dicha institución de este tipo de consideraciones. Por ejemplo, y como se verá con mayor detenimiento en el capítulo siguiente, los estudios empíricos demuestran que los tribunales normalmente no actúan en contra de las opiniones prevalecientes de las elites gobernantes y de la opinión pública en general. Y en las pocas ocasiones en que lo hacen, tarde o temprano tienden a

---

<sup>185</sup> W. F Murphy, *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago, Chicago, 1964, p. 209.

<sup>186</sup> Véase, por ejemplo, Dworkin, *Law's Empire*, cit.

ponerse a tono con las opiniones predominantes<sup>187</sup>. Es más, se ha constatado en el contexto estadounidense que la Corte Suprema tiende a moderar su jurisprudencia de modo a hacerla más acorde a la orientación política e ideológica del presidente en funciones<sup>188</sup>, y que el 70% de los casos judiciales de relevancia constitucional en los que interviene el “Solicitor General” en representación del gobierno son resueltos a favor de este último<sup>189</sup>. También se ha hecho notar que el hecho de que los demás órganos de gobierno estén dominados por una orientación similar a la de la mayoría de los magistrados de la Corte puede tener una influencia importante sobre el contenido de las decisiones del máximo tribunal, el cual puede verse animado a adoptar determinadas decisiones que en otras circunstancias no hubieran sido adoptadas<sup>190</sup>. Además, y como es sabido, los tribunales no han sido históricamente inmunes a las amenazas provenientes de los demás poderes políticos. Por medio de medidas tales como la reducción del presupuesto, el “impeachment”, el “Court-packing” plan de Roosevelt, el recorte competencial, y otros recursos similares, se ha logrado en ocasiones modificar la orientación de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema<sup>191</sup>. Está claro que este tipo de observaciones presentan serios problemas para una teoría que conciba el valor instrumental de los tribunales sobre la base de su supuesta independencia y aislamiento de los procesos políticos que se verifican en el sistema político en general.

En este mismo orden de ideas, algunos estudios señalan que los tribunales, y en especial la Corte Suprema, son actores estratégicos dentro del sistema político, al igual que los demás órganos del Estado y otras fuerzas políticas (prensa, grupos de presión, abogados, etc.) Al decir de los politólogos Epstein y Knight, los magistrados de la Corte Suprema “son actores estratégicos conscientes de que su capacidad para lograr sus

---

<sup>187</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 4, apartados 4 y 5.

<sup>188</sup> De hecho hay un famoso dicho popular que reza así: “The Supreme Court follows the election returns” (atribuido al escritor Finley Peter Dunne). Lo cual no quiere decir que éste sea siempre el caso y que no hayan excepciones.

<sup>189</sup> G. N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, University of Chicago, Chicago/London, 1991, p. 14.

<sup>190</sup> B. Friedman, “The Politics of Judicial Review”, 84 *Texas Law Review* 287 (2006), p. 316 y ss.

<sup>191</sup> F. B. Cross y B. J. Nelson, “Strategic Institutional Effects on Supreme Court Decision-Making” 95 *Northwestern University Law Review* 1437 (2001), pp. 1460 y ss.; Friedman, cit., pp. 313-4

objetivos depende de la consideración de las preferencias de otros actores, de las decisiones que se espera que los otros actores adopten, y del contexto institucional en el que actúan”<sup>192</sup>. Lo cual quiere decir que las decisiones del máximo tribunal no siempre se realizan tomando en cuenta únicamente la corrección del resultado sino que pueden entrar a tallar diversos tipos de consideraciones estratégicas en función de las cuales se toma en cuenta el eventual impacto de las decisiones en los demás órganos y en la opinión pública, las posibilidades de que las decisiones sean acatadas por los demás poderes del estado, etc. A su vez, esto sugiere que es improbable que la Corte Suprema tienda a adoptar determinadas decisiones de manera regular cuando es consciente de que dichas decisiones generarán resistencia. De hecho, tradicionalmente se ha caracterizado al poder judicial como el “least dangerous branch”, pues al decir de *El Federalista*, carece del poder que otorgan la “espada y la billetera”, con lo cual se pone énfasis no sólo en su dependencia de un determinado contexto político más amplio, sino de la necesidad de actuar estratégicamente<sup>193</sup>. Esto dejaría en evidencia que a la hora de adoptar decisiones, entran a tallar no solo consideraciones relativas a la más adecuada interpretación que pueda ofrecerse de la constitución, sino también consideraciones estratégicas como la señalada u otras de prudencia política en general.

Esta necesidad de contemporalización también se traslada al seno mismo de los tribunales, y en especial, de la Corte Suprema. Al tratarse de un tribunal colegiado, cuyas decisiones son adoptadas en última instancia por medio de la regla mayoritaria, la necesidad de lograr acuerdos, compromisos y transacciones de todo tipo entre los miembros de este órgano no escapan a la labor cotidiana del tribunal. Como se ha visto, la tesis instrumental normalmente asume que los tribunales operan en un contexto propicio para una reflexión serena y desinteresada, ajena a las componendas propias de la política ordinaria y de sus característicos recursos de regateo, empleo de grupos de presión, compromisos, etc. Sin embargo, varios estudios empíricos señalan que los tribunales no escapan del todo a este tipo de cuestiones. Sus miembros también deben realizar transacciones y componendas de todo tipo para lograr que una mayoría se adhiera a una determinada posición. El “bargaining” ha sido y sigue siendo parte del proceso de

---

<sup>192</sup> L. Epstein y J. Knight, *The Choices Justices Make*, CQ Press, Washington, 1998, p. 10.

<sup>193</sup> Para una excelente discusión, véase Cross y Nelson, cit., pp. 1470 y ss.

adopción de las decisiones judiciales<sup>194</sup>. Los estudios demuestran además que los votos resultan modificados y reescritos en varias oportunidades para lograr captar la adhesión de uno o más magistrados<sup>195</sup>. No resulta sorprendente que la apelación a consideraciones estratégicas también sea frecuente en este contexto interno, en función de las cuales se acude a recursos ajenos al método jurídico tradicional de toma de decisiones para poder arribar a soluciones transaccionales que logren el apoyo necesario que permita hacer prevalecer una determinada posición. El que los jueces actúen estratégicamente puede implicar que a veces sus mejores interpretaciones sobre cómo debe resolverse una determinada cuestión deban ceder paso a otras interpretaciones que no se consideren igual de correctas pero a las que deben adherirse para lograr que un determinado resultado prevalezca, aunque sólo sea un “second-best choice”. En efecto, si persistieran en su intención de interpretar el derecho atendiendo únicamente a los dictados de su leal saber y entender, puede que el resultado que se considera más correcto no sea finalmente alcanzado al ser sometido a la consideración de los demás magistrados<sup>196</sup>. Al parecer, los motivos prudenciales, al igual que en el foro político, forman parte del quehacer ordinario de un tribunal colegiado.

Otras observaciones sugieren que los magistrados de la Corte Suprema también incurren en lo que podría describirse como una especie de manipulación de la agenda política, lo cual se realiza fundamentalmente a través del *writ of certiorari*, figura que otorga prácticamente una completa discrecionalidad a los miembros del más alto tribunal a la hora de seleccionar los casos que serán sometidos a revisión. No hace falta ser demasiado imaginativos para percatarse de que esta figura puede prestarse a la manipulación de diversas maneras. Por ejemplo, los magistrados podrían seleccionar casos en los que tuvieran un especial interés en que la doctrina legal sobre un asunto en particular sea empujada hacia una dirección determinada; o podrían simplemente evitar entender en cuestiones espinosas que les enfrentarían con los demás poderes políticos; o bien, podrían forzar la selección o el rechazo de un caso solamente tras asegurarse si

---

<sup>194</sup> Epstein y Knight, cit., p. 76.

<sup>195</sup> Whittington, cit., p. 817.

<sup>196</sup> Friedman, cit., pp. 282-3, trae a colación el voto del magistrado Brennan en el caso *Pennsylvania v. Muniz*, 496 U.S. 582 (1990), en el que la opinión del magistrado habría sido redactada atendiendo de manera considerable a elementos estratégicos.



obtendrán o no el respaldo de una mayoría dentro del tribunal, y así sucesivamente<sup>197</sup>. En definitiva, para aquellos autores que se apoyan en la tesis instrumental, este tipo de consideraciones, que nos enseñan que los jueces no siempre actúan cual si fueran figuras épicas lidiando puramente con cuestiones de “principios”, presenta un indudable desafío al que deben acomodar sus planteamientos.

Tampoco debe dejarse de lado el hecho de que también existen jueces con una agenda política definida, cuyo comportamiento a veces deja en evidencia que el apego al derecho y a sus métodos tradicionales parece importar menos que el resultado de una determinada decisión. Así, se ha dado cuenta de cómo en algunos casos cruciales se procedió a modificar la doctrina constitucional sobre bases que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no resultaban convincentes. Al decir de un autor (refiriéndose a una determinada etapa del Tribunal Rehnquist), los jueces “buscaban avanzar sus agendas políticas empleando argumentos legales en los que no creían o métodos de interpretación que habían uniformemente rechazado en el pasado”, y añade que los precedentes en general no eran respetados, excepto cuando ello resultaba conveniente<sup>198</sup>. Al parecer, dicho proceder no era privativo de ninguna facción ideológica en especial, y afectaba tanto “conservadores” como a “liberales”. Por otro lado, no debe menospreciarse el papel del cuerpo de los “law clerks” en este proceso, a quienes, a pesar de su corta edad y experiencia<sup>199</sup>, se encomienda la función de redactar el grueso de las opiniones emitidas por el más alto tribunal. Al decir del mismo autor, dichos funcionarios poseen un enorme poder que a veces lo emplean para manipular a los jueces e intentar hacer progresar al mismo tiempo la causa de una determinada agenda política<sup>200</sup>. Finalmente, los grupos de presión tampoco parecen estar ausentes en el proceso judicial, sino que más bien parecen aprovechar dicha vía, por medio de grupos de interés bien organizados y que disponen de

---

<sup>197</sup> Id., pp. 293-4.

<sup>198</sup> E. Lazarus, *Closed Chambers. The Rise, Fall, and Future of the Modern Supreme Court*, Penguin, New York, 1999. El autor es un ex “law clerk” que adquirió una experiencia testimonial de primera mano en el ejercicio de sus funciones sobre los manejos internos del máximo tribunal.

<sup>199</sup> En efecto, los “law clerks” de la Corte Suprema normalmente no sobrepasan de los veinte-tantos años, y se los recluta ni bien acaban la carrera de Derecho por períodos de un año.

<sup>200</sup> Lazarus, cit., p. 546, nota 6, escribe: “In 1993, for example, conservative clerks from various chambers formed what they called the ‘Mastodon’ group, another cabal-like effort to promote a hard-line conservative agenda at the court”.

importantes recursos, para intentar influir en la Corte Suprema y lograr de este modo el avance de una determinada causa o agenda<sup>201</sup>. Está claro que todo esto, de ser cierto, sería sin duda criticable, y debería ser más bien atacado como instancias de mala *praxis* judicial. Sin embargo, al evaluar el funcionamiento de las legislaturas, este tipo de suposiciones normalmente se dan simplemente por sentadas, y por eso conviene traer a colación al resultado de estudios o reflexiones basados en la experiencia que nos muestren que los tribunales no necesariamente se desempeñan en un ambiente completamente distinto al del mundo de la política ordinaria.

Conviene realizar además algunas alusiones al proceso de decisión judicial considerado en sí mismo. En las últimas décadas, y sobre todo desde el ámbito de las ciencias políticas, se han ofrecido una cantidad de explicaciones y modelos sobre el proceso de decisión judicial y sobre el tipo de motivaciones que inciden en los jueces a la hora de adoptar sus decisiones. En ocasiones, las explicaciones difieren en buena medida de las tradicionales suposiciones que los juristas mantienen sobre el tema, a saber, que los jueces deciden los casos basándose en nada más que el derecho, los precedentes, la doctrina, y en fin, apelando a los métodos propios de análisis y razonamiento jurídico. Los modelos de decisión judicial que estos análisis politológicos ofrecen son variados y hasta existen escuelas enfrentadas<sup>202</sup>. Así, están los modelos más tradicionales, como los “behavioralists”, que enfatizan el trasfondo social de los jueces y sus atributos personales, tales como la raza, el sexo y su experiencia como juzgadores, como factores determinantes en una decisión judicial<sup>203</sup>. Dentro del campo tradicional se sitúan también los modelos “attitudinalists”, que por cierto constituyen los modelos más influyentes<sup>204</sup>. Aquí se asume la tesis “behavioralista” de que los factores sociológicos son importantes, pero se le da un giro distinto al enfatizar que dichos factores contribuyen a moldear la “ideología” del juez. De este modo, el contenido real de las decisiones judiciales debería

---

<sup>201</sup> Whittington, cit., p. 817; Kramer, “Popular Constitutionalism”, cit., pp. 998-9.

<sup>202</sup> Un excelente estado de la cuestión en M. Heise, “The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism”, *University of Illinois Law Review* 819 (2002). Útil además resulta la discusión en Cross y Nelson, cit.

<sup>203</sup> Véase, por ejemplo, N. Dorsen, “A Change in Judicial Philosophy?”, *National Law Journal* (1985).

<sup>204</sup> Representativo de esta corriente es el trabajo de J. A. Segal y H. J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge, 2002.

buscarse en la ideología de los jueces que las emiten, entendida muchas veces en función a su afiliación política y a la del presidente que procedió al nombramiento del juez en cuestión. Está claro que estas escuelas representan en el ámbito de las ciencias políticas lo que el realismo jurídico representa en el ámbito jurídico, a saber, la postura según la cual el derecho no desempeña ningún papel importante en las decisiones judiciales, y que los jueces deciden una cuestión en base a sus preferencias sobre el resultado y proceden posteriormente a dotar a sus decisiones de un ropaje jurídico. Pero existen también otras corrientes que intentan ofrecer explicaciones alternativas menos radicalizadas. Por ejemplo, el modelo “legal”, que ha ido adquiriendo primacía últimamente, intenta recuperar el papel de las normas jurídicas en el proceso de decisión judicial, y enfatiza, aunque sin desdeñar del todo a los factores extralegales, el rol de la doctrina y de la aplicación de reglas como determinantes de la conducta judicial<sup>205</sup>. Por otra parte, los cultores del “public choice” también han intentado aplicar su método al análisis de las decisiones judiciales. Por ejemplo, Richard Posner ha intentado sugerir que, si bien se hallan inmersos en un contexto institucional ideado para evitar la presencia de ciertos factores, los jueces no son inmunes a intentar maximizar ciertas preferencias, y a comportarse como lo hace la generalidad de las personas según el modelo económico, es decir, como agentes racionales que buscan maximizar sus beneficios<sup>206</sup>. Debe hacerse mención además de los modelos “institucionales”, que consideran de suma importancia la influencia que las características del medio institucional en el que operan puede llegar a tener sobre los jueces. Dentro de las distintas variantes de este modelo, Epstein y Knight, aunque asumen que los tribunales intentan hacer prevalecer sus propias preferencias en materia de políticas públicas, enfatizan los constreñimientos que el rol institucional y estratégico de los tribunales ejerce sobre las decisiones judiciales. Éstas serían así ejercicios de conducta estratégica en la que los tribunales deben interactuar con una amplia gama de actores políticos relevantes, como ya pudo verse más arriba<sup>207</sup>. Finalmente están quienes, sin alinearse claramente con ninguna de las escuelas o modelos

---

<sup>205</sup> Véase, por ejemplo, C. K. Rowland y R. A. Carp, *Politics and Judgment in Federal District Courts*, University Press of Kansas, Kansas, 1996.

<sup>206</sup> R. A. Posner, “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, 3 *Supreme Court Economic Review* 1 (2003).

<sup>207</sup> Epstein y Knight, cit.

predominantes, aportan otras explicaciones sobre las motivaciones de los jueces. Por ejemplo, Frederick Schauer critica las falencias de todos los modelos hasta ahora discutidos, señalando que se quedan cortos a la hora de enfatizar que los jueces tienen preferencias basadas no sólo en su ideología u otro tipo de factores, sino que también podrían resultar motivados en sus decisiones judiciales por el deseo de satisfacer preferencias puramente autointeresadas, como la de adquirir una reputación de prestigio ante determinadas elites políticas<sup>208</sup>.

Está claro que no podemos entrar en este debate a profundidad en este lugar, dada su enorme complejidad. Sin embargo, creo que el mismo podría resultar sumamente sugestivo de cara al debate sobre los rasgos estructurales del proceso judicial y su relación con valores instrumentales, y ello por dos razones. En primer lugar, porque algunos de estos modelos nos estarían sugiriendo que, así como se asume que los legisladores al adoptar sus decisiones son movidos en cierta forma por consideraciones autointeresadas, quizás lo mismo podría decirse de los jueces. Sus decisiones no serían solamente el resultado de la aplicación objetiva del derecho, sino de un conjunto de consideraciones adicionales que guardan relación con factores ajenos a lo estrictamente jurídico, como sus preferencias ideológicas o los deseos de incrementar su reputación a los ojos de determinados grupos de opinión, etc. Además, la estructura institucional en la que se hallan inmersos los jueces sería incapaz de anular completamente la presencia de estos factores “externos” en el proceso de adopción de decisiones, lo cual constituye uno de los principales argumentos a favor de la tesis instrumental. Naturalmente, la validez de estas conclusiones dependerá de la aceptación o no de las explicaciones que se derivan de los distintos modelos expuestos.

En segundo lugar, la elaboración de los modelos traídos a colación obedece, al menos en parte, a la intención de ofrecer predicciones sobre las decisiones judiciales, y lo cierto es que con frecuencia (aunque no siempre), las hipótesis predictivas de algunos de estos modelos, como el “attitudinal” u otros que señalan la presencia de factores

---

<sup>208</sup> F. Schauer, “Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior”, 68 *University of Cincinnati Law Review* 615 (2000). Para una respuesta, véase G. N. Rosenberg, “Incentives, Reputation, and the Glorious Determinants of Judicial Behavior”, 67 *University of Cincinnati Law Review* 647 (2000), quien intenta argumentar que no sólo se trata de complacer a las elites de izquierda, como sugiere Schauer, sino también a las de derecha.

extralegales en las decisiones judiciales, han sido bastante precisas<sup>209</sup>. Por ejemplo, uno de los hallazgos habituales de la literatura “attitudinal” ha sido el de que los jueces normalmente acaban decidiendo de conformidad a sus orientaciones ideológicas y políticas, y ello ha sido especialmente cierto en el ámbito de cuestiones cargadas de componentes políticos y morales como lo son las cuestiones que involucran a los derechos fundamentales<sup>210</sup>. Las decisiones políticas y morales más controvertidas que adopta una Corte Suprema polarizada se determinan por una mayoría de 5 a 4 o de 6 a 3, de acuerdo a las tendencias ideológicas de los magistrados que integran el tribunal en un determinado momento, las cuales a su vez se disciernen en base a factores como la afiliación política del presidente que procedió al nombramiento de cada magistrado<sup>211</sup>. En algunos casos, las predicciones basadas en la ideología de los jueces han llegado a anticipar correctamente hasta más de un 70% de las opiniones emitidas, y a veces el porcentaje resulta incluso más elevado<sup>212</sup>. Así, Friedman mantiene que a pesar de todos los argumentos a favor de que los jueces deberían ceñirse al derecho y abstenerse de votar de conformidad a sus propias preferencias, lo cierto es que “hay bastante evidencia de que el voto ideológico resulta de todas maneras prevalente”<sup>213</sup>. Corroborando esta hipótesis, en un reciente estudio de naturaleza empírica, los autores concluyen que ninguna persona razonable podría dudar de que, “la ideología, entendida como convicciones morales y políticas de diversa índole, ayudan a explicar las decisiones judiciales”<sup>214</sup>.

---

<sup>209</sup> Heise, cit., p. 837.

<sup>210</sup> Id.

<sup>211</sup> Segal y Spaeth, aunque con cierto simplismo: “Simply put, Rehnquist votes the way he does because he is extremely conservative; Marshall voted the way he did because he is extremely liberal”. Dos casos excepcionales, en los que los magistrados designados se alejaron claramente de la tendencia del presidente que los nominó, son los de Earl Warren, nominado por el Presidente Eisenhower, y el del magistrado Blackmun, nominado por el Presidente Nixon. Ambos magistrados resultaron en la práctica más “liberales” de lo que dichos presidentes hubieran deseado.

<sup>212</sup> Friedman, cit., p. 273. En el mismo sentido, Whittington, cit., p. 815-6.

<sup>213</sup> Friedman, cit., pp. 279-80.

<sup>214</sup> C. R. Sunstein *et al.*, *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Brookings, Washington, DC, 2006, p. 147. Y añaden: “We have found striking evidence of a relationship between the political party of the appointing president and judicial voting patterns.”

Al constatar todo esto no pretendo defender una forma extrema de realismo jurídico, en el que todo lo que todo lo cuenta son los valores y la ideología del juez<sup>215</sup>. En efecto, como pudo verse en el Capítulo 1, considero que las decisiones judiciales, si bien no están completamente predeterminadas por el derecho, pueden (y deben) ser fundamentadas adecuadamente y son además susceptibles de ser constreñidas por el derecho hasta cierto punto. Además, como bien señala Heise, las conclusiones que extraen algunos de estos modelos no deben sobredimensionarse, pues en general los métodos de análisis empíricos son siempre controvertibles<sup>216</sup>. De todos modos, los resultados de estas investigaciones empíricas que sugieren la influencia de factores extralegales en las decisiones judiciales tampoco deberían soslayarse por completo, pues podrían interpretarse en el sentido de que al lado de consideraciones legales, las extralegales también parecen desempeñar al menos algún papel (algo que no debería resultar demasiado controvertido, salvo que desde alguna posición formalista se pretenda defender que los jueces son meros autómatas). Es más, la fuerza predictiva del voto ideológico parece ser mayor en los casos constitucionales “difíciles” que llegan a la Corte Suprema, que es precisamente el tipo de casos en los que la ciudadanía suele hallarse más polarizada a raíz de las circunstancias del desacuerdo, y que a su vez es precisamente el tipo de casos que en esta investigación se considera inapropiado someter a control judicial<sup>217</sup>. Dada su naturaleza controvertida o indeterminada, este tipo de casos es más proclive a dar cabida a consideraciones extralegales basadas en la ideología o las convicciones personales del juzgador. De este modo, y sin necesidad de aceptarlas

---

<sup>215</sup> Un provocador estudio en el que se asume de manera explícita el papel determinante que desempeñan las motivaciones políticas en las decisiones judiciales, y en el que no obstante se pretende justificar la institución del control judicial de la ley, basándose en una concepción pluralista de la democracia, es el de T. Jennings Peretti, *In Defense of a Political Court*, Princeton, Princeton, 1999. En este trabajo se mantiene que los tribunales constituyen un foro más para la lucha de intereses en el desarrollo de una democracia pluralista.

<sup>216</sup> Heise, cit., p. 838. Además, como señalan Cross y Nelson, cit., p. 1491, los modelos son nada más que modelos, y la conducta de los seres humanos considerados individualmente nunca puede ser reducible a un modelo.

<sup>217</sup> Véase el capítulo 1, apartado 2, epígrafe a), y apartado 3, *passim*. En el mismo sentido, C. R. Sunstein *et al.*, *Are Judges Political?...*, cit., pp. vii y viii, escriben que la diferencia a la hora de emitir sus votos entre jueces designados por los partidos Demócrata y Republicano, respectivamente, resulta significativa en el ámbito de los temas más controvertidos del derecho y la política, como la discriminación de los discapacitados, el aborto, la regulación de la financiación de las campañas, los derechos de los homosexuales, la discriminación positiva, la discriminación sexual, y la protección ambiental.

acríticamente, una de las conclusiones que podría extraerse de estas investigaciones es que los desacuerdos en materia de derechos fundamentales parecen producirse entre los jueces del mismo modo en que éstos afectan a los ciudadanos ordinarios y a sus representantes, y no parece que el tratamiento jurídico de una cuestión de este tipo pueda normalmente llegar a modificar sustancialmente el resultado. Si todo esto es en efecto así, la supuesta superioridad de los jueces para abordar cuestiones de este tipo podría ponerse en entredicho. En efecto, al constatarse que los desacuerdos se reproducen en el seno de un tribunal del mismo modo en que afectan a la ciudadanía entera, y que el proceso de decisión judicial no aporta nada distinto o adicional en cuanto a la resolución de dichos desacuerdos, entonces ello podría arrojar dudas sobre la conveniencia de optar por un procedimiento al que no puede considerarse que aporte ningún tipo de valor agregado, por así decirlo, desde un punto de vista instrumental. Todo lo contrario, esta constatación parecería sugerir que las decisiones sobre derechos fundamentales deberían ser adoptadas más bien por un órgano de naturaleza más abiertamente política, como lo sería un parlamento<sup>218</sup>.

Para concluir este epígrafe, consideraré un último argumento relacionado con esta discusión. Según el mismo, los tribunales son aptos para adoptar decisiones sobre los derechos fundamentales cuando la sociedad se halla dividida sobre los mismos, en razón de que actúan como órganos juzgadores ajenos a una disputa que se cristaliza en el enfrentamiento de dos o más facciones en el parlamento. De este modo, los tribunales se hallan especialmente bien situados institucionalmente para resolver este tipo de desacuerdos, debiendo desempeñarse como árbitros imparciales por encima de las partes en disputa<sup>219</sup>. A decir verdad, no se trata de un argumento puramente instrumental. Existen también razones basadas en consideraciones de justicia que nos llevarían a

---

<sup>218</sup> Es sorprendente constatar que ciertos defensores del control judicial se niegan a tomar esto en cuenta aun cuando son conscientes de lo que ello implica. Por ejemplo, Dworkin, *Freedom's Law*, cit., p. 74, afirma que "compete a los jueces declarar lo que la igualdad de consideración exige y cuáles son en efecto las libertades básicas. Pero eso significa que los jueces deben contestar preguntas insondables, controvertidas, y profundas sobre moralidad política acerca de las cuales los filósofos, estadistas y ciudadanos han debatido durante siglos sin ninguna perspectiva de alcanzar algún acuerdo".

<sup>219</sup> Arthur, cit., p. 68, vincula el argumento con el voto del juez Marshall en *Marbury v. Madison*. Véase además Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., p. 24, para una versión de este argumento.

impedir que una mayoría parlamentaria sea “juez en su propia causa”. Es decir, podría incurrirse en una violación de un requerimiento básico de la justicia natural al otorgarse a la mayoría el poder para decidir por sí misma en una cuestión que atañe a sus intereses. Ya lo decía el viejo adagio medieval: “*nemo iudex in sua causa*”<sup>220</sup>.

A pesar de su aparente dosis de racionalidad, el argumento, sin embargo, no se sostiene. Bajo el riesgo de incurrir en un regreso al infinito, todo procedimiento de decisión para una comunidad política debe en algún momento involucrar a alguien que decida en su propia causa<sup>221</sup>. Ésta es una condición ineludible para el establecimiento de cualquier sistema de toma de decisiones colectivas, salvo que podamos imaginar un agente externo (por ejemplo, un Dios dador de leyes), que lo haga de manera tal a que ninguno de los afectados tome parte en la decisión. Por otro lado, cabe añadir que los jueces no pueden ser estrictamente considerados como árbitros imparciales que se sitúan por encima de las disputas de las partes que contraponen sus posturas en la arena política. Cuando se trata de decidir la suerte de disputas que tienen que ver con los derechos de una determinada comunidad política, ya sea en torno a su existencia, alcance o a la forma en la que deben ser sopesados de cara a otros derechos o valores públicos, lo cierto es que la decisión habrá de terminar por afectar igualmente a los propios jueces que adoptan la decisión: hasta un magistrado de la Corte Suprema habrá de tener los derechos que él determina que los ciudadanos deben tener<sup>222</sup>. Y en caso de que no le afecten directamente, como podría ser el caso de un juez de sexo masculino que emita un voto

---

<sup>220</sup> En *El Federalista No. 10* de Madison se halla una clásica exposición del argumento. Una versión más sofisticada puede verse además en F. Schauer, “Legislatures as Rule-Followers”, en R. W. Bauman y T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch...*, cit.

<sup>221</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., p. 1400. Cfr. además Kriete, cit., p. 145: “Pues *en el proceso político es imposible una instancia neutral*. Todo árbitro posible, por más que su función lo destaque dentro de la sociedad, es a la vez miembro de la sociedad y como tal está envuelto en intereses, ideologías, tradiciones y, por tanto, necesariamente es parte”. Para una opinión contraria, cfr., Fabre, “The Dignity of Rights”, cit., p. 277, afirmando que no siempre los jueces deciden en su propia causa, y que cuando lo hacen, lo hacen en su condición de autoridades públicas, como miembros de una institución, y no como personas cuyos derechos están en disputa. Cabe preguntar, sin embargo, si no puede aplicarse lo mismo al legislador, es decir, que éste actúa en su capacidad de legislador. Sobre el punto, véase además el siguiente capítulo, apartado 2.

<sup>222</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, cit., p. 297.



favorable al aborto, puede decirse que la decisión afecta a la comunidad de la que él mismo es miembro<sup>223</sup>.

Quizás resulte oportuno traer a colación aquí la opinión del juez Frank Easterbrook, para quien no cabe dudas de que, en lo que se refiere a cuestiones morales, “los jueces son personas ‘interesadas’...A todo el mundo le gustaría que la sociedad como un todo estuviera gobernada por sus conclusiones filosóficas...Una creencia ferviente en un determinado juicio moral hace que un juez sea aún más ‘interesado’ en el resultado”<sup>224</sup>. Las apreciaciones de este juez indican que la objeción puede muy fácilmente volverse sobre sí misma. En efecto, y como hemos visto, al igual que el resto de la ciudadanía, los jueces tienen sus propias concepciones sobre la existencia, el significado y el alcance de determinados derechos de la comunidad a la que pertenecen, pero por otro lado, ellos también tendrán (o no tendrán) los derechos cuyas decisiones se les asignen. De modo que los jueces también acaban siendo jueces en su propia causa, con el agravante de que el procedimiento de decisión en este caso no respetará los criterios de legitimidad procedimental discutidos en el capítulo anterior<sup>225</sup>.

Vale la pena aclarar que todo cuanto vengo diciendo encaja, en general, con la restricción del ámbito de la crítica al control de constitucionalidad que se efectúa empleando como parámetros las disposiciones que consagran derechos fundamentales. Pero esto no necesariamente anula la validez del argumento sobre la asignación a una instancia imparcial de la facultad de resolver cuestiones de una naturaleza distinta, por ejemplo, en lo que hace al reparto competencial entre distintos órganos del Estado o entre el poder central y los regionales. Como es sabido, éste era precisamente uno de los

---

<sup>223</sup> El caso de los derechos que puedan afectar a una minoría será discutido en el capítulo siguiente, apartados 4 y 5.

<sup>224</sup> F. H. Easterbrook, “What’s So Special About Judges?”, 61 *University of Colorado Law Review* 773 (1990). Easterbrook considera, sin embargo, que esta objeción no se aplicaría si los jueces decidieran empleando como parámetros normas jurídicas y no morales, por lo cual al defender la institución del control judicial insiste en concebir la constitución como una ley que puede ser aplicada de conformidad a los métodos propios del derecho.

<sup>225</sup> Otra respuesta a este argumento nos la ofrece L. G. Sager, “The Incurable Constitution”, 65 *New York University Law Review* 893 (1990), p. 956. Sager pone de relieve que, aún sin el control judicial, un ente estatal o un funcionario público rara vez actúa sólo como árbitro en una causa de importancia política. Así, en los sistemas bicamerales una ley siempre pasa por dos cámaras del congreso; la misma debe contar con el apoyo del presidente; y además, se origina en un comité legislativo que también debió haberse pronunciado sobre la constitucionalidad de la ley.

argumentos de Kelsen para el establecimiento de una jurisdicción constitucional especializada y separada de los demás órganos del Estado<sup>226</sup>. Pero cuando lo que está en juego son cuestiones como el derecho a la libertad de expresión, el aborto o la libertad religiosa, o en fin, cualquier cuestión asunto que involucre a un derecho fundamental cargado de un componente moral y político de alto calibre, lo cierto es que es muy improbable que el juez pueda actuar como una instancia neutral en el sentido sugerido por el argumento traído a colación<sup>227</sup>. En consecuencia, desde este punto de vista, el control judicial no parece gozar de ninguna ventaja instrumental que deba ser especialmente valorada.

*e) Coda: una nota sobre la descripción del control judicial como una institución diseñada para lidiar con situaciones concretas y particulares de violaciones de derechos*

Según un argumento muy difundido, el modelo jurisdiccional parece ser especialmente apto para lidiar con la aplicación de normas generales a circunstancias concretas. En este sentido, suele decirse que el proceso jurisdiccional se halla equipado para atender con una especial sensibilidad a la manera en que normas de dicho carácter podrían afectar los derechos de ciudadanos que se encuentren en circunstancias concretas y particulares, asegurando a quienes presenten sus reclamos un tratamiento equitativo de conformidad a las normas y principios procesales propios de un Estado de derecho. A veces el impacto real de una decisión sobre los derechos sólo se aprecia de manera adecuada cuando se está en presencia de un caso dado afectado por un conjunto de hechos que lo dotan de “carne y hueso”, y que permiten apreciar de primera mano el modo en el que los derechos de personas determinadas podrían verse implicados al enfrentarse a situaciones o supuestos específicos. Por otro lado, prosigue este argumento, los legisladores no pueden prever todos los posibles efectos de una determinada ley, pues aun cuando dispongan de recursos para obtener información y prever determinadas

---

<sup>226</sup> Por ejemplo, Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., p. 25.

<sup>227</sup> En el mismo sentido, J. Allan, “Bills of Rights and Judicial Power – A Liberal’s Quandary”, 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 337 (1996), p. 348.

situaciones, es imposible conocer de antemano todas las posibles incidencias que las leyes dictadas podrían llegar a tener una vez que entren en vigor. En este sentido, por medio del control judicial se podría verificar la adecuación de todas las instancias de aplicación de una determinada ley para determinar de manera más particularizada el modo en que dichas leyes afectan a los derechos fundamentales de personas individualizadas.

Si bien esta apelación a este argumento instrumental bastante plausible parece constituir una justificación más sólida del control judicial que aquellas henchidas de “sobre tonos místicos”<sup>228</sup>, la misma no se halla exenta de problemas que impiden que se la pueda considerar como un alegato concluyente a favor de alguna forma fuerte de control judicial. En el fondo, este argumento podría llegar a sugerir que esta descripción del funcionamiento de la institución confiere a la misma un atributo instrumental importante que podría hacer inclinar la balanza hacia el órgano jurisdiccional a la hora de discernir a quién debería atribuirse la decisión final. Sin embargo, esta manera de describir el funcionamiento del control judicial en un sistema fuerte o de supremacía judicial resulta, cuando menos, muy controvertida. No puedo agotar este tema aquí, pues en el fondo ello implicaría adentrarse en el debate sobre si la jurisdicción constitucional tiene una naturaleza jurisdiccional o legislativa. Sin embargo, resultaría difícil desconocer que, en los sistemas fuertes, la institución en cuanto que procedimiento para la adopción final de decisiones nunca deja de tener una pretensión de regular un determinado fenómeno con pretensiones de generalidad y prospección<sup>229</sup>, algo para lo cual, conforme se ha visto en el epígrafe b) de este apartado, los órganos jurisdiccionales no necesariamente resultan superiores en términos comparativos con la legislatura. En otras palabras, en el ejercicio del control judicial, los tribunales suelen actuar también como auténticos “policy-makers” que pretenden regular de un modo general y prospectivo determinados aspectos de la vida en sociedad. Varios autores resaltan este punto. Tushnet, por ejemplo, al comentar la doctrina de la supremacía judicial asentada

---

<sup>228</sup> La fórmula es una adaptación de una expresión de Bickel realizada para caracterizar el problema de la dificultad contramayoritaria.

<sup>229</sup> Por eso se ha dicho que “no se cuenta la historia completa cuando se afirma, como lo hizo una vez un tribunal norteamericano, que una decisión sobre la constitucionalidad ‘afecta únicamente a las partes...’”. (G. Gunther y K. M. Sullivan, *Constitutional Law*, Foundation Press, p. 27. La alusión al tribunal corresponde al caso *Shepherd v. Wheeling*, 4. S.E. 634 (W.Va.1887)).

en *Cooper v. Aaron*<sup>230</sup>, señala lo siguiente: “At least since 1958, and perhaps since the beginning, the Supreme Court has asserted that the people of the United States must take the Court’s own decisions as the last word on what the Constitution means for all the people, not merely with respect to particular cases in which one person’s legal rights are at issue”<sup>231</sup>. Michelman, a su vez, nos recuerda que “la interpretación jurídico-constitucional es una actividad indisolublemente social o colectiva”, de modo que “lo que se decide por vía de la interpretación en un determinado caso legal, debe ser obligatorio para los casos similares de todos”<sup>232</sup>. En el mismo tenor, el comparatista Alec Stone señala que “[t]he power of judicial review is the power to determine constitutional policy, prospectively. American judges routinely engage in prospective lawmaking, and therefore in abstract reasoning and decisionmaking”<sup>233</sup>. Por traer a colación un último autor, Frederick Schauer, recordando como el *writ of certiorari* acaba por “objetivizar” la función de protección de los derechos, escribe lo siguiente:

“While the image of the Supreme Court as merely a decider of cases between the parties persists, at least in the academic literature, this role is belied by the minuscule number of cases decided by the Court, with each case attracting much attention by the parties, the public, and the Justices, and with each case expected to guide the behavior of, noncontroversially, thousands of lower federal and state court judges, and, somewhat more controversially, hundreds of thousands of state and federal legislative, executive, and administrative officials”<sup>234</sup>.

---

<sup>230</sup> 358 U.S. 1 (1958).

<sup>231</sup> M. Tushnet, “Scepticism about Judicial Review: A Perspective from the United States”, en T. Campbell, K. D. Ewing, y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001, p. 372. En el año 1958 se dictó la sentencia en el caso *Cooper v. Aaron* 358 US 1 (1958), el cual, como ya se ha señalado, sentó las bases de la doctrina de la supremacía judicial en el derecho constitucional estadounidense.

<sup>232</sup> F. Michelman, “Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life”, cit., p. 158. Cabe aclarar que Michelman no extrae de esto las mismas conclusiones.

<sup>233</sup> A. Stone Sweet, “Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter”, 101 *Michigan Law Review* 2744 (2003), p. 2278.

<sup>234</sup> F. Schauer, “The Dilemma of Ignorance: *PGA Tour, Inc., v. Casey Martin*”, *Supreme Court Review* 267 (2001), pp. 281-2. Sobre el punto, véase además Alexander y Schauer, “Defending Judicial Supremacy”, cit., caracterizando a la Corte Suprema como “rule maker” antes que “dispute settler”.

Estas apreciaciones sugieren que, en el contexto de la adjudicación constitucional, la línea divisoria entre la decisión de casos concretos y la tarea de legislar resulta, cuando menos, bastante borrosa. De este modo, y sin pretender agotar este tema harto complejo acerca de cómo caracterizar el funcionamiento de la justicia constitucional, considero que existen cuando menos algunas dudas importantes sobre la pretensión de atribuir a los órganos jurisdiccionales la decisión final sobre la base de que ésta se encarga de lidiar con situaciones concretas y particulares. En efecto, desde el momento en el que se contempla la faceta de “policy-makers” que también desempeñan los órganos de la justicia constitucional al resolver casos individuales, aparecen las mismas dudas que ya fueron discutidas en el epígrafe b) de este apartado<sup>235</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

En el presente capítulo he partido de la suposición de que existe una tesis que concibe al control judicial como superior en términos instrumentales, lo cual a diferencia del argumento que parte de la legitimidad procedimental, podría constituir el fundamento para una teoría sobre la legitimidad de un modelo fuerte de control judicial. Tras descartar algunas estrategias metodológicas, he intentado someter a un análisis crítico esta tesis, partiendo de la reconstrucción de lo que considero el argumento básico o tradicional a favor de la postura según la cual el control judicial es un procedimiento superior en términos instrumentales. El análisis demuestra que, en balance, los argumentos no necesariamente apuntalan la tesis de la superioridad instrumental del control judicial. Pero más allá de que aceptemos el análisis que aquí se ha realizado o las conclusiones que se derivan del mismo, quizás lo más importante sea el reconocimiento de que, al menos de momento, no contamos con los conocimientos suficientes que nos permitan afirmar que alguno de los procedimientos en juego (el procedimiento legislativo y el control judicial) es forzosamente superior al otro en términos instrumentales. Si junto a esto

---

<sup>235</sup> Lincoln, con suma perspicacia, manifestó en su First Inaugural Address: “the people will have ceased to be their own rulers”, si es que “the policy of government, upon vital questions affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, the instant they are made, in ordinary litigation between parties in personal actions”. (Cit. en Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., p. 9.)

consideramos, en base a lo visto en el capítulo anterior, que el procedimiento legislativo es superior desde el punto de vista de la legitimidad procedimental, entonces tendríamos que, en balance, el procedimiento legislativo parecer ser más atractivo.

Para concluir, cabe señalar que la crítica que se presenta en esta investigación, como quedó en claro en la introducción, no tiene ninguna finalidad práctica o de reforma, sino que es puramente especulativa, y su finalidad es la de brindar un mayor esclarecimiento de las complejas cuestiones de moralidad política y de diseño institucional que se ocultan detrás de la articulación de determinados modelos institucionales, en especial, de aquellos en los que por medio del control judicial se adoptan las decisiones finales en materia de derechos fundamentales. Es importante señalar esto en razón de que cualquier propuesta reformista debería ofrecer un análisis mucho más completo del aquí se ha ofrecido. En efecto, si se decidiera abolir, por ejemplo, la institución del control judicial en los Estados Unidos (algo bastante improbable<sup>236</sup>), debería ofrecerse un análisis sobre las consecuencias que dicha reforma produciría sobre un sistema que de hecho funciona desde hace más de doscientos años sobre la base de un modelo fuerte de justicia constitucional. El alterar el *status quo* de una manera drástica puede generar un cúmulo de consecuencias imprevistas sobre el comportamiento de las demás instituciones, lo cual a su vez podría traer aparejado un cúmulo de consecuencias distintas sobre la protección de los derechos<sup>237</sup>. En consecuencia, una propuesta reformista debería ser sensible ante este tipo de cuestiones de las que no habré de ocuparme en esta investigación.

---

<sup>236</sup> Véase, sin embargo, la provocadora propuesta de M. Tushnet, “Democracy versus Judicial Review. Is it Time to Amend the Constitution?”, *Dissent*, Spring (2005), quien plantea una propuesta de enmienda de la Constitución de los EE.UU. tendente a abolir el control judicial de la ley.

<sup>237</sup> Para una exposición de este problema, véase Vermeule, “Judicial Review and Institutional Choice”, cit.

## Capítulo 4

### LOS DERECHOS AL CUIDADO DEL PROCESO DEMOCRÁTICO- MAYORITARIO

#### 1. INTRODUCCIÓN

En los capítulos 2 y 3 he intentado articular lo que constituye el núcleo del argumento en contra del control judicial de la ley como procedimiento final para la adopción de decisiones colectivas en materia de derechos fundamentales. No obstante, han quedado pendientes algunas cuestiones importantes a las que este capítulo pretende dar respuesta. En primer lugar, en el capítulo 2, al analizar las implicaciones del derecho a participar, pudimos ver que a pesar de su atractivo, existían algunas dificultades para aplicar la idea de la participación al ámbito de los derechos. Al fin y al cabo, los derechos han sido tradicionalmente concebidos para actuar como límites a lo que los ciudadanos pueden decidir en ejercicio del derecho a participar, y en consecuencia, se debería afrontar la concepción según la cual se debe intentar remover los derechos de la agenda de la política ordinaria, ya que de lo contrario la función que los derechos están llamados a desempeñar en el razonamiento político y moral quedaría puesta en entredicho. En segundo lugar, en el capítulo anterior he intentado refutar la tesis de la superioridad instrumental de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, no he abordado en términos positivos y con el debido detenimiento el problema de la capacidad que podrían llegar a tener los ciudadanos y sus representantes para adoptar decisiones por medio del derecho a participar. En consecuencia, este capítulo pretende en parte constituir un complemento de

la tesis defendida en el capítulo anterior, argumentando que, a pesar de algunas concepciones pesimistas sobre la participación democrática, el proceso democrático podría resultar apto para proteger los derechos de manera relativamente satisfactoria en una sociedad bien ordenada.

En tercer lugar, quedan por analizar algunas de las implicaciones más importantes que se derivarían de esta última proposición, es decir, la de dejar los derechos al cuidado del proceso democrático. En efecto, y como se vio en la introducción, una parte importante de los argumentos para justificar un modelo fuerte de control judicial se apoya en la creencia de que se derivarían algunas consecuencias funestas no sólo para la protección de los derechos, sino para el orden constitucional en general, si es que la protección de los derechos fuera finalmente dejada al cuidado del proceso democrático-mayoritario. Temores como el de la “tiranía de la mayoría” y otros han sido la moneda corriente de no pocos defensores del control judicial al pretender justificar alguna variante fuerte de la institución. Sin embargo, detrás de estas justificaciones se encuentran algunas paradojas e inconsistencias importantes. A la exploración de estas cuestiones estará dedicado el presente capítulo, con la finalidad de robustecer la propuesta de dejar el cuidado de los derechos en manos del proceso democrático, mostrando que la misma puede resultar no sólo viable y atractiva, sino imprescindible de cara a la consecución de determinados objetivos valiosos.

Para abordar estas cuestiones arrancaré, en el apartado 2, con una discusión acerca de dos modelos antagónicos de participación ciudadana, a fin de determinar si puede articularse una teoría más atractiva del proceso democrático de la que nos ofrecen algunos defensores de los sistemas fuertes de control judicial, así como también algunas concepciones de la democracia muy influyentes. Emplearé además la conocida teoría de la democracia dual de Bruce Ackerman, así como las teorías del precompromiso racional, para demostrar que, una vez superadas algunas debilidades, las mismas brindan apoyo a la concepción sobre la participación que aquí será defendida. Al mismo tiempo, procederé a cuestionar las justificaciones del control judicial que se desprenden de estos enfoques.

En el apartado 3 consideraré dos objeciones a la propuesta de dejar los derechos en manos del proceso democrático, o dicho en otros términos, a impedir que los derechos sean objeto de decisión final por medio del derecho a participar en igualdad de



condiciones. En primer lugar, consideraré el argumento de los derechos como triunfos frente a las decisiones mayoritarias, intentado sugerir que el mismo adolece de algunas dificultades importantes. En segundo término, abordaré el argumento que contrapone al proceso político una concepción de los tribunales como “foro de principios” encargados de la custodia de los derechos, con la finalidad de demostrar que la misma se enraíza en una concepción errónea y empobrecida de los derechos y del proceso democrático.

El que los derechos sean dejados al cuidado del proceso democrático implica que probablemente las decisiones sobre los derechos serán adoptadas por medio de alguna versión del principio mayoritario. El apartado 4 estará dedicado a realizar algunas consideraciones sobre la regla mayoritaria como procedimiento de decisión, con la finalidad de demostrar que dicho principio posee determinadas características que lo hacen atractivo, y que en consecuencia, no hay razones para adoptar *a priori* una actitud peyorativa hacia el mismo. Alegaré además, empleando como ejemplo el contexto estadounidense, que los derechos, en especial los de los grupos minoritarios, no pueden ser defendidos adecuadamente sin una amplia base de apoyo en la sociedad, y que los tribunales normalmente no actúan en contra de las opiniones de los grupos políticos dominantes, con lo cual la valoración de los sistemas fuertes de control judicial sobre la base de la supuesta protección de los grupos minoritarios quedaría puesta en entredicho.

El tratamiento del problema de las decisiones mayoritarias nos conduce finalmente hacia el tratamiento de algunas posibles patologías que pueden aquejar a los sistemas políticos y que normalmente aparecen asociadas a dicho principio, como el de la “tiranía de la mayoría”, así como otras disfunciones similares. El control judicial ha sido concebido en no pocas ocasiones como una posible solución a dichas patologías. En el apartado 5 intentaré sugerir que, si bien las sociedades aquejadas por determinadas patologías se hallan fuera del ámbito de la crítica tal cual ésta quedó delimitada en esta investigación, existen algunas razones para dudar de que alguna forma fuerte de control judicial pueda constituir una defensa eficaz contra dichos problemas.

2. LA PARTICIPACIÓN EN CONDICIONES DE PLURALISMO RAZONABLE

a) *Hacia una concepción más auténticamente realista de la participación*

Lo primero que necesitamos para hacer viable una teoría que deje en manos del proceso democrático el cuidado de los derechos es una concepción atractiva de la participación ciudadana, que pueda a la vez hacerse extensiva a los representantes electos de una comunidad política. Recordemos que uno de los presupuestos bajo el que he estado trabajando desde el capítulo 1 consiste en una sociedad en la que sus miembros son seres autónomos con capacidad de deliberar moralmente, que se toman los derechos en serio en el sentido de que están comprometidos hacia la idea de los derechos, incluso cuando puedan tener desacuerdos razonables entre sí, no motivados por la ignorancia o la mala fe, sino por las “cargas del juicio” de las que da cuenta John Rawls, o bien, por otros factores explicativos similares que no necesariamente deben quedar reducidos a una mera lucha de intereses egoístas<sup>1</sup>. Esta concepción aporta uno de los elementos para la construcción de una teoría que permite y a la vez exige que el cuidado de los derechos debe quedar en manos del proceso democrático, y constituye a la vez, uno de los elementos que nos haría rechazar el control judicial de la ley como medio adecuado para la adopción de decisiones finales en una sociedad democrática y pluralista. Por lo demás, pudo verse en el capítulo anterior que no hay razones para concluir que el control judicial sea necesariamente superior al proceso legislativo en términos instrumentales. Quizás una concepción adecuada de la participación en política pueda contribuir a robustecer el valor instrumental del proceso legislativo todavía más. De modo que ahora ha llegado el momento de dar razones a favor de esta presuposición.

Debe recordarse además que muchas veces el argumento según el cual los derechos no deberían ser dejados al cuidado del proceso democrático descansa en una concepción de la participación política que, a su vez, puede ser empleada para realizar una justificación de algún modelo fuerte de control judicial de la ley. El argumento sería básicamente el siguiente. Puesto que los ciudadanos en política se comportan de manera egoísta y autointeresada, esto puede llevar a que el deseo de satisfacer los intereses

---

<sup>1</sup> Véase el capítulo 1, apartado 1, epígrafe a).

proprios los lleve a desconocer los intereses de otros grupos a la hora de votar y de tomar decisiones. A su vez, esto aconsejaría la introducción de una instancia externa de vigilancia, como el control judicial, para remediar las situaciones injustas a las que esta motivación en la participación ciudadana a veces puede conducir. Como pudo verse en la introducción, esta concepción ha sido especialmente gravitante en el ámbito del derecho constitucional norteamericano, sobre todo a raíz de la importancia adquirida por el paradigma delineado en *United States v. Carolene Products Co.*<sup>2</sup>, en función del cual se justificaba la institución del control judicial sobre la base de su capacidad para tutelar los derechos *en contra* del proceso democrático-mayoritario, es decir, en una relación de tensión o de oposición con éste<sup>3</sup>. También se vio que esta concepción resultó favorecida además debido al auge, a partir de los años 50, de las concepciones pluralistas de la democracia, que concebían a ésta como una mera lucha de intereses privados y egoístas que compiten por prevalecer en el proceso de toma de decisiones públicas. A esto debe añadirse esa degradación que ha sufrido el proceso político en general en la teoría constitucional norteamericana y a la que ya he aludido en reiteradas oportunidades.

Lo que me propongo en este apartado es determinar si puede realmente sostenerse la imagen del ciudadano o del representante puramente autointeresado y completamente desconsiderado hacia la idea de los derechos, y si la misma es en efecto tan “realista” como pretende serlo o más bien producto de una distorsión de la realidad<sup>4</sup>. Mi objetivo es sentar las bases para una “dignificación” del proceso democrático como ámbito propicio para la adopción de decisiones en materia de derechos fundamentales. Al mismo tiempo, y como ya se ha dicho, considero que ello podría aportar algunas razones instrumentales adicionales a las señaladas en el capítulo anterior a favor del proceso legislativo como método apto para la adopción final de decisiones en materia de derechos.

Para introducir mejor el problema, quizás resulte conveniente acudir a la teoría política, en la cual existen distintas escuelas y corrientes de pensamiento enfrentadas en torno a cómo concebir la participación ciudadana en política. Este desacuerdo se da con

---

<sup>2</sup> 304 U.S. 144 (1938).

<sup>3</sup> Véase el capítulo introductorio.

<sup>4</sup> Por ejemplo, en una formulación típica, los teóricos del “public choice”, W. H. Riker y B. R. Weingast, “Constitutional Regulation of Legislative Choice: The Political Consequences of Judicial Deference to Legislators”, 74 *Virginia Law Review* 373 (1988), describen al legislador en estos términos: “a placeholder opportunistically building up an *ad hoc* majority for the next election”.

toda claridad, por ejemplo, en la confrontación entre los cultivadores de las concepciones pluralistas de la democracia, basadas en los métodos de análisis económico y en la teoría de la elección social, por un lado, y los de la democracia deliberativa o de tinte republicano o rousseauiano, que enfatizan el papel de la virtud cívica. Sin necesidad de entrar en las particularidades de este debate, pretendo trazar una distinción algo gruesa basándome en las aportaciones que se desprenden del mismo a fin de relacionarlo con el problema de la protección de los derechos por medio del proceso político. Así, pueden distinguirse básicamente dos concepciones antagónicas en torno a cómo se definen las posturas de los ciudadanos en el espacio público. Por un lado, está la concepción en función de la cual los ciudadanos actúan únicamente motivados por sus intereses particulares cuando participan en política, y al hacerlo, resultan movidos principalmente por consideraciones puramente instrumentales en torno a cómo satisfacer mejor sus propios intereses. De este modo, se entiende que en el proceso de adopción de una decisión colectiva, el ciudadano votará de acuerdo a lo que resulte más favorable a su interés. Se entiende además que los intereses son previos al proceso político, de modo que no es misión de éste intentar transformarlos, sino solamente agregarlos. Las apelaciones al bien común son vistas como incoherentes o potencialmente totalitarias<sup>5</sup>. Si aplicamos este modelo al ámbito de los representantes de los ciudadanos, tendríamos que éstos normalmente actúan para lograr la reelección, y en consecuencia, tenderán a votar de modo a maximizar sus posibilidades de reelección, por ejemplo, satisfaciendo el interés de sus electores.

En el ámbito de la teoría constitucional, el argumento es presentado también a veces en la forma de una tesis instrumental, del tipo que se discutió en el capítulo anterior. Desde esta perspectiva, se ponen de relieve determinados rasgos del proceso legislativo que lo convierten en un procedimiento poco fiable para la adopción de decisiones en materia de derechos. Los legisladores se hallan condicionados por un contexto institucional que les hace prestar atención primordialmente a sus posibilidades de reelección, para lo cual buscan satisfacer las preferencias de sus electores, y se cuidan

---

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, el clásico de J. A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper, New York, 1976, para un ataque a la noción de “interés público”.

de no tomar partido por causas o grupos impopulares que les puedan representar costos electorales significativos<sup>6</sup>.

El modelo contrapuesto, al decir de Jürgen Habermas, exige “bastante más” del ciudadano<sup>7</sup>. Es decir, se exige el despliegue de alguna forma de “virtud cívica” en la que la toma de posturas en asuntos de interés colectivo se realice prestando atención al bien común antes que, o por lo menos en conjunto con, la atención a los meros intereses particulares o el cálculo instrumental<sup>8</sup>. Normalmente se asume además que el ciudadano no participa en el proceso político con preferencias prefijadas, sino que mantiene una cierta disposición a modificar sus preferencias mediante el diálogo y la apertura hacia argumentos que puedan hacer ver la superioridad de otras posiciones expuestas en el curso del proceso de discusión previo a la toma de decisiones. En lo que hace a los representantes, se espera que éstos voten prestando atención a consideraciones sobre el

---

<sup>6</sup> Un excelente ejemplo en M. J. Perry, “Protecting Human Rights in a Democracy. What Role for the Courts?”, 38 *Wake Forest Law Review* 635 (2003), pp. 654-5: “The argument for empowering courts to protect human rights begins with the premise that incumbency is a cardinal value -not the only value, but nonetheless a cardinal one- for electorally accountable government officials: Such officials typically want to preserve their own incumbency and/or the incumbency of as many other members of their party as possible. Therefore, such officials want to make popular decisions; at a minimum, they want to avoid making unpopular decisions. But the best (optimal) resolution of a human rights controversy...may well be unpopular. They also want to make decisions that will please their most powerful constituencies; at a minimum, they want to avoid making decisions that will displease those constituencies. But the best resolution of a human rights controversy may well displease some of their most powerful constituencies...The nonjudicial, electorally accountable branches of government -the legislative and executive branches- frequently have insufficient political or institutional (bureaucratic) incentives to attend to a claim -or, if they do attend to it, to take seriously the claim- that government has violated, or is violating, an articulated human right. Indeed, they sometimes have powerful incentives -above all, incumbency- to ignore or at least to discount such a claim”. Otro ejemplo elocuente en J. Arthur, “Judicial Review, democracy and the special competency of judges”, en R. Bellamy (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Ashgate, Aldershot/Brookfield, 1996, p. 68: “Judicial interpretation and argument demand consideration of justice and morality in ways that legislative activities do not. Much of what goes on in the US Congress involves hammering out political compromises between competing interests...”. A su vez, O. M. Fiss, “The Forms of Justice”, 93 *Harvard Law Review* 1 (1979), p. 10, sosteniendo que las legislaturas no se hallan ideológicamente comprometidas ni institucionalmente dispuestas para la búsqueda del significado constitucional, sino para registrar las preferencias de la gente.

<sup>7</sup> J. Habermas, “Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa”, 43 *Episteme* (1994), p. 4.

<sup>8</sup> Una útil compilación en España sobre el concepto de virtud cívica y varios temas relacionados en P. Cerezo Galán (ed.), *Democracia y virtudes cívicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

bien común y el interés colectivo y no únicamente para satisfacer los intereses de determinados grupos de electores.

La pregunta que cabe formular ahora es cuál de estos modelos resulta más plausible. Si el modelo del puro autointerés es más adecuado, ello podría desaconsejar dejar en manos del proceso político el cuidado de los derechos. En efecto, ¿quien podría confiar que los derechos estarían seguros en manos de ciudadanos egoístas interesados únicamente por sus intereses privados? Si el proceso político se desarrollara de este modo, la agregación de preferencias podría en ocasiones producir un resultado adverso a los intereses de ciertos individuos o grupos con preferencias minoritarias. A fin de disipar esta objeción, en lo que sigue intentaré demostrar que no existen razones para suponer que este modelo sea el más adecuado. Al parecer, y a pesar de su apariencia utópica, la descripción que se desprende del modelo alternativo también parece desempeñar un papel importante. Lo que intentaré argumentar es que resulta posible trascender ambos enfoques e integrarlos en una concepción del ciudadano que trascienda el puro autointerés o la exclusiva orientación al bien común. En otras palabras, intentaré argumentar que una concepción “mixta”, en función de la cual se acepte que a veces los ciudadanos y sus representantes son autointeresados y a veces pueden tener una consideración hacia el bien común o hacia los intereses de otras personas o grupos, parece resultar más plausible que los enfoques reduccionistas<sup>9</sup>. De cualquier manera, en el ámbito de los derechos, no parecen haber razones concluyentes para suponer que primen aquellas y no éstas. Finalmente, incluso si rechazamos esta tesis, queda por ver cómo ello afectaría al debate sobre la justificación del control judicial de cara al procedimiento legislativo, que es el tema que aquí nos ocupa.

En primer lugar, si somos consecuentes con la idea de los derechos, no existe ningún motivo para tomar como modelo el del ciudadano puramente autointeresado, incapaz de tomar en cuenta los intereses de los demás<sup>10</sup>. Este primer argumento para sostener la concepción mixta de la participación en el proceso político se basa en una idea

---

<sup>9</sup> En el mismo sentido, J. C. Bayón “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 101.

<sup>10</sup> J. Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, 13 *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1993).

que puede ser remontada hasta Locke, y asume que cualquier teoría que se precie de tomar los derechos en serio, no puede al mismo tiempo rebajar la capacidad de los ciudadanos portadores de derechos de comportarse de manera responsable ante sus semejantes<sup>11</sup>. El argumento es básicamente el siguiente. La atribución de derechos a las personas implica al mismo tiempo una cierta confianza en las capacidades racionales y morales de los agentes portadores de derechos, facultades que les permiten discernir por sí mismos el límite adecuado de sus derechos e intereses en su relación con los demás sujetos portadores de derechos. La razón por la que se concede derechos a un ser humano como agente moral es la misma razón por la que se debe confiar en esa persona como un ser autónomo portador de responsabilidades políticas<sup>12</sup>. Estos mismos valores de autonomía y responsabilidad conllevan ya desde un principio una cierta confianza hacia la capacidad de los sujetos portadores de derechos para conducir sus vidas en relación con los demás de manera respetuosa. Por el contrario, si concebimos a los ciudadanos como seres que se comportan de manera egoísta y con un desprecio absoluto hacia los intereses de los demás, es difícil explicar la razón por la cual entonces les atribuiríamos derechos en primer lugar. Dicho de otro modo, forma parte de la idea misma de los derechos el que las personas son agentes morales a los que se les puede confiar la responsabilidad de dirigir sus propias vidas y de percibir los límites adecuados a su propia libertad de acción al respetar la libertad de los demás<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Para una discusión crítica de este argumento, véase, J. Raz, "Disagreement in Politics", 43 *The American Journal of Jurisprudence* 25 (1998), pp. 45-6.

<sup>12</sup> Waldron, cit., p. 28.

<sup>13</sup> J. Waldron, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999, p. 14. A su vez, en Waldron, "A Right-Based Critique...", p. 38, escribe: "Los derechos de cada persona se corresponden con las obligaciones que esa persona considera correlativos a los derechos de otras personas: los derechos que yo tengo son universalizables y los principios que ellos entrañan se aplican a todos por igual. Esta universalidad determina, al menos en parte, el contenido de los derechos: aquello a lo cual tengo derecho depende en parte de lo que sea posible garantizar, en términos equitativos y sin interferencias mutuas, a cada quien. Puesto que el hecho de reclamar... [un] derecho es necesariamente un asunto de autoconsciencia, se sigue que cada portador de derechos se halla ya familiarizado con la idea del bien común, la menos en el sentido de un *sistema* de derechos universalizados, mutuamente respetuosos y recíprocos. Los derechos de los otros son asuntos que el agente ya toma en cuenta al articular el contenido de los derechos que reclama como propios". En términos similares, B. Barber, "Have Rights Gone Wrong? The Reconstruction of Rights", en su compilación *A Passion for Democracy*, Princeton, Princeton, 1998, pp. 83-4: "To say 'I have a right' is to posit that I am the equal of others and at the same time to recognize the equality of the persons to whom, on whom, against whom the claim is made".

Si aceptamos la idea de que la atribución de derechos entraña una confianza en los agentes portadores de derechos<sup>14</sup>, entonces no existen razones para asumir las presuposiciones del modelo pluralista que concibe a los ciudadanos como seres únicamente abocados a la satisfacción del autointerés. No obstante, también debemos cuidarnos de no llevar las cosas al extremo opuesto. Los ciudadanos no siempre se comportan de manera absolutamente desinteresada en función al interés general. La verdad parece radicar en un punto intermedio: los ciudadanos a veces son egoístas y autointeresados, pero a veces también pueden tomar en consideración el bien común y los derechos de los demás ciudadanos. En otras palabras, la política parece más bien ser una combinación de ambas cosas. De modo que no existen razones suficientes para adoptar el modelo del ciudadano puramente egoísta o depredador, así como tampoco existen razones suficientes para adoptar el modelo del ciudadano preocupado únicamente por el bien de los demás.

Para presentar el segundo argumento puede resultarnos útil una distinción de Dworkin entre dos tipos de razones o argumentos que adquieren primacía en el discurso político. Por un lado, están los argumentos “de principio” que nos dicen que un determinado curso de acción debe o no adoptarse según su impacto en los derechos de las personas en tanto que seres individualizables, y con prescindencia de sus resultados sobre la colectividad considerada como un todo o sobre los objetivos colectivos que ésta pudiera abrigar. Por otro lado, están los argumentos que aconsejan que una decisión sea adoptada con miras a lograr la realización de objetivos sociales colectivos no individualizables, como por ejemplo, la seguridad nacional, la prosperidad económica del país, el presupuesto general, etc.<sup>15</sup> En este último caso, se favorece la negociación y el compromiso en torno a cómo habrán de distribuirse los beneficios y cargas dentro de la comunidad a fin de obtener un beneficio para la comunidad en su conjunto, lo cual resultaría inadmisibles para el caso de los principios. El punto sobre el que deseo llamar la atención a la luz de esta distinción es que, cuando las decisiones versan sobre las

---

<sup>14</sup> Una crítica a este argumento en Raz, cit., p. 45; así como en T. Christiano, “Waldron on Law and Disagreement”, *Law and Philosophy* 19: 513-543 (2000). P. 536: “El hecho es que un sistema de derechos legales se fundamenta en una especie de balance entre la confianza y la desconfianza hacia los portadores de derechos”.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, R. M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978, pp. 83-4, y 90-2; y R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard, Cambridge, 1985, pp. 2-3.



cuestiones de principio que dividen a una comunidad, como es el caso de los derechos, parece ser que en este ámbito no hay razones demasiado concluyentes para suponer que su motivación se deba principalmente al interés que pueda tener el sujeto participante<sup>16</sup>. Muchas veces la toma de postura en temas complejos como el aborto, la eutanasia, la libertad de expresión, el trato a las minorías, o en fin, cualquier otro derecho fundamental, resulta motivada por un sincero compromiso de buena fe hacia una determinada opción moral que se debate en el seno de la comunidad. Lo contrario sería sostener que quien mantiene una firme convicción, con relación, por ejemplo, al aborto, lo hace únicamente sobre la base autointeresada de que desea realizar un aborto, o de que tiene algún tipo interés directo sobre el asunto, algo que resulta poco plausible. La imagen del ciudadano puramente egoísta también nos llevaría a sostener proposiciones contraintuitivas, como por ejemplo, la de que los miembros de una mayoría no pueden tener ningún tipo de preocupación hacia la suerte de los miembros de una minoría racial, lo cual es patentemente falso, como se verá más adelante en este capítulo. Aunque es difícil trazar una distinción tajante, quizás pueda concederse que las cosas no sean iguales en aquellos casos en los que lo que está en juego son más bien objetivos sociales colectivos y que se prestan a la negociación, y consiguientemente, a la expresión de preferencias interesadas. Pero incluso en estos casos, existen algunas dificultades si lo que pretendemos es emplear esto como un argumento a favor de alguna forma fuerte de control judicial. En efecto, ha sido precisamente en los casos que involucran objetivos sociales colectivos que los tribunales han permanecido menos activos. Al decir del constitucionalista norteamericano Mark Tushnet, “[e]l control judicial fuerte no ha podido curar la enfermedad de la política del interés”, y añade que “no resulta nada claro que los asuntos en los que los tribunales han sido más agresivos involucren este tipo de política antes que una política presidida por diferencias auténticas acerca de cuáles son nuestros compromisos constitucionales”<sup>17</sup>, es decir, las diferencias en torno a las grandes cuestiones de principios morales y políticos que dividen a una sociedad pluralista.

---

<sup>16</sup> J. Waldron, “Rights and Majorities: Rousseau Revisited”, en la compilación del mismo autor, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge, 1993, pp. 408-9.

<sup>17</sup> M. Tushnet, en L. H. Tribe, J. Waldron, y M. Tushnet (debate), “On Judicial Review”, *Dissent*, summer (2005).

En tercer lugar, existen todavía otras consideraciones relevantes que guardan relación con las implicaciones paradójicas que podría tener una teoría que preste atención únicamente a la dimensión interesada de la participación, sobre todo cuando dicha concepción es empleada en conjunto con una teoría para imponer límites a las decisiones mayoritarias. En efecto, ¿cómo podría alguna vez llegar a institucionalizarse un sistema político que consagre el reconocimiento y la protección de los derechos y que pretenda limitar las decisiones mayoritarias –como lo es una democracia constitucional– si es que los ciudadanos únicamente actúan movidos por el propio interés? Algo parecido podría decirse respecto al argumento en virtud del cual debería instituirse un sistema de control judicial para evitar que la lucha por los intereses egoístas deje desprotegida a una minoría. Si asumimos que las mayorías actúan siempre con estrechez de miras y abusan de su poder, no podremos al mismo tiempo explicar satisfactoriamente la razón por la que esas mismas mayorías habrán de instituir un catálogo de derechos y asignar su protección a un órgano jurisdiccional<sup>18</sup>. O finalmente, si afirmamos que los ciudadanos son egoístas, ¿qué impediría que éstos dijeran lo mismo de quien argumenta que lo que predomina es el autointerés?<sup>19</sup> Al fin y al cabo, “si yo digo que tu opinión es autointeresada, tú puedes decir lo mismo de mí”.

Ahora bien, lo dicho con relación a la participación ciudadana en general, ¿puede extrapolarse al caso de sus representantes? Algunas de las observaciones realizadas hasta aquí parecen ser aplicables a ambos casos, pero el problema en este caso se agudiza en razón de que los parlamentarios actúan en un contexto institucional que impone un cúmulo de incentivos y consideraciones de las que carecería el ciudadano común, por ejemplo, el deseo de ser reelecto. Sin embargo, existen razones para pensar que el modelo mixto también resulta aplicable al ámbito de los representantes. Quizás la búsqueda de la reelección no sea la única fuerza que motive a los representantes. Tal vez ellos también puedan abrigar una preocupación sincera hacia el interés general y hacia las

---

<sup>18</sup> Waldron, “Rights and Majorities...”, cit., p. 406. En el mismo sentido, C. R. Sunstein, “Constituciones y democracias: epílogo”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, quien afirma que bajo un modelo pluralista será difícil defender, en primer lugar, el constitucionalismo en general, y en segundo término, el control judicial. Una respuesta desde el utilitarismo podría sugerir que, a la larga, los intereses de la mayoría serán satisfechos mediante estas decisiones.

<sup>19</sup> Waldron, “A Right-Based Critique...”, cit., p. 36.

grandes cuestiones de principio que dividen a una sociedad pluralista. Como bien señala Sunstein –aunque no sin formular ciertas cautelas que desaconsejarían una concepción ingenua–, el modelo pluralista en este sentido nuevamente se muestra reduccionista, y en consecuencia, más que esclarecer, contribuye a distorsionar la realidad:

“Hay numerosas teorías acerca de la toma de decisiones del Legislativo. Una teoría sugiere que una considerable proporción de conducta legislativa podría explicarse si se supone que una parte de lo que los miembros del Congreso buscan, y además cada uno por su cuenta, es asegurar el objetivo de su reelección. Otro planteamiento indica que tres consideraciones primarias, a saber, la de alcanzar influencia dentro de la asamblea legislativa, la de promover el interés nacional y la de obtener la reelección, tienen más poder explicativo que cualquier otro planteamiento que opere con un único factor. En la literatura económica ha habido esfuerzos por explicar la conducta legislativa haciendo referencia solamente a intereses de los electores. Tales interpretaciones han sido atacadas por excesivamente reduccionistas.

Lo que emerge de todo ello es un continuo. En un cabo están los casos en los que las presiones de los grupos de interés resultan altamente determinantes y las actuaciones legislativas pueden considerarse ‘compromisos’ entre los intereses en pugna. En el otro cabo están los casos en los que los legisladores se embarcan en una deliberación en la que los grupos de intereses, convencionalmente definidos, tienen poca importancia o no tienen ninguna. En los distintos puntos a lo largo de este continuo, se da un amplio rango de decisiones legislativas en las que los resultados dependen de una amalgama de presiones económicas, de deliberación, y de otros factores. Ningún *test* simple sería capaz de distinguir los casos que caen en los diferentes puntos del continuo”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> C. R. Sunstein, “Interest Groups in American Public Law”, 38 *Stanford Law Review* 29 (1985), pp. 48-9. (Cito aquí el pasaje según el mismo se traduce en J. Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., pp. 613-4.) A su vez, Habermas, en esta misma obra, desde su propia teoría procedimental-discursiva de la democracia, nos proporciona un argumento adicional aplicado al ámbito de los representantes para no dejarnos convencer por el enfoque “pluralista”. A diferencia de cuanto he estado exponiendo hasta ahora, la concepción de Habermas acerca de la posibilidad de una forma moderada de virtud cívica se basa no en la motivación ciudadana en sí, sino más bien en la estructura y en los procesos institucionalizados de una democracia constitucional entendida en clave procedimental-discursiva. A la pregunta de por qué los representantes no actuarían en base a los propios beneficios que podrían obtener, Habermas responde que las elecciones periódicas y la posibilidad de castigar a los representantes que atiendan únicamente a sus intereses puede constituir una garantía. A su vez, a la pregunta de por qué deberíamos esperar que los votantes depositen su voto atendiendo a las motivaciones de un proceso de formación de la opinión pública formada en base a ciertos criterios de racionalidad, Habermas responde que ello es así en razón de que en la esfera pública solamente hallarán expresión aquellos intereses que hayan sido susceptibles de ser generalizados y universalizables, es decir, revestidos de una presunción de racionalidad. Y a la

Por lo demás, en el caso de los legisladores, el sostener que éstos son puramente interesados también nos pondría en una situación incómoda frente a algunos escenarios hipotéticos. Por ejemplo, si sostenemos que los legisladores actúan siempre sin consideración hacia los intereses de los demás, ¿por qué no decir lo mismo de los jueces y abogados?<sup>21</sup> ¿O de los legisladores cuando les toca intervenir en la designación de jueces, buscando nombrar jueces que puedan someterse a sus intereses? Por otro lado, debe recordarse además que sólo una parte insignificante de las leyes que emanan de las asambleas legislativas son sometidas a control judicial. Para quien mantenga una imagen puramente peyorativa del proceso político esto constituiría un evidente problema, pues debería enfrentarse al hecho de que la mayor parte de las leyes vigentes han sido adoptadas en condiciones políticas nada atractivas. El adherirnos a una concepción que de manera genérica tienda a desconfiar de las legislaturas puede conducir entonces a colocarnos en algunas situaciones paradójicas<sup>22</sup>.

Recientemente, algunos autores han comenzado a abordar el problema no desde el punto de vista de los modelos de participación ciudadana, sino desde el todavía poco explorado terreno de los incentivos institucionales, el cual se muestra especialmente prometedor cuando se lo aplica al debate acerca del órgano que debe retener la decisión final. Desde esta perspectiva, cabe considerar la posibilidad de que, en lo que hace a los rasgos estructurales y de incentivos del proceso legislativo, éste no necesariamente se halle limitado de modo tal a que los legisladores siempre deban someterse al capricho de

---

pregunta de si ambas de estas presuposiciones carecen de realismo, Habermas responde que no necesariamente, siempre y en la medida en que los procesos institucionales sean permeables a la opinión pública y en la medida en que ésta pueda formarse discursivamente, lo cual podría lograrse siempre que hayan espacios públicos autónomos que permitan enriquecer la opinión pública. Todo esto dependerá además de la existencia de una cultura política favorable.

<sup>21</sup> Cfr. T. Campbell, “Human Rights: A Culture of Controversy”, en su compilación *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Cavendish, London/Portland, p. 203, tras reconocer que existen razones para desconfiar de los políticos, afirma: “but we may have more problems with the rule of lawyers, a somewhat despised occupational group with a proven record of professional self-interest”. Véase además A. Vermeule, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard, Cambridge/London, 2006, pp. 257-8, quien nos recuerda que los jueces también pueden llegar a actuar de manera autointeresada de distintas maneras.

<sup>22</sup> En el mismo sentido, J. L. Hiebert, “Parliament and Rights”, en T. Campbell, J. Goldsworthy y A. Stone (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford, 2003, p. 234.

sus electores. Hay algunas razones para suponer que los legisladores no siempre deben responder a las presiones del electorado, y que podrían en ocasiones verse liberados para deliberar sobre cuestiones de principios sin adquirir ningún compromiso que los someta de manera inexorable a las preferencias de sus votantes. Tushnet nos sugiere aquí algunas de ellas. Puede que los legisladores hayan sido eficaces a la hora de satisfacer los intereses de sus electores en cuestiones de políticas colectivas o de bienestar agregado, y que en consecuencia, éstos consientan que los legisladores deliberen sobre cuestiones de principios de acuerdo a su mejor entender. Además, puede que los electores consideren que los legisladores están mejor situados que ellos para deliberar sobre estas cuestiones, sobre todo debido a sus múltiples ocupaciones privadas que les impiden dedicarse por completo y con la debida atención a la política, es decir, debido al costo que supone la participación en política. O bien, puede simplemente ocurrir que los electores valoren el hecho de que sus representantes piensen de manera independiente, sin estar atados a la opinión de sus electores<sup>23</sup>. Todo esto presta fuerza a la postura según la cual puede que el contexto institucional en el que se desenvuelven los legisladores los permita liberarse, al menos en determinadas circunstancias, de los deseos de sus electores.

En este mismo tenor, cabe recordar que asimismo que existen algunos mecanismo excepcionales que, a diferencia del control judicial, son internos al proceso político y por tanto, no padecerían con la misma fuerza los defectos que aquejan al control judicial. Dichos mecanismos están ideados para minimizar algunos probables riesgos del contexto institucional en el que se hallarían inmersos los legisladores, permitiéndoles interpretar la constitución de manera desinteresada y sin sujeciones a los deseos de sus electores. Tal sería el caso, por ejemplo, del “control no-judicial” “[*non-judicial review*]”, el cual se efectúa por medio de los órganos políticos<sup>24</sup>. En el contexto norteamericano, una muestra de esto sería el recurso denominado “*point of order*”, que viene a ser como una especie de recurso previo que puede ser elevado por cualquier senador ante la duda de la constitucionalidad de un “*Bill*” bajo consideración. Aunque aún no se cuente con suficientes investigaciones empíricas, la virtud de este recurso radicaría en su capacidad

---

<sup>23</sup> M. Tushnet, “A Goldilocks Account of Judicial Review?”, 37 *University of San Francisco Law Review* 63 (2002), p. 62.

<sup>24</sup> Me baso aquí en Tushnet, “Non-judicial Review”, en Campbell, Goldsworthy y Stone (eds.), cit.

para generar una atmósfera de aislamiento y de incentivos parecida a la que se supone debería otorgar el control judicial. Tushnet sugiere que puede que un senador piense que no será castigado por sus electores si es que vota en contra de una política que los electores podrían favorecer, siempre y cuando la explicación dada a los mismos por votar en contra es que la persecución de dicha política podría atentar contra la Constitución<sup>25</sup>. Al parecer, en estas situaciones los electores no reaccionarían negativamente castigando a sus representantes a la hora de votar. De este modo, la apelación a la salvaguarda de la Constitución podría servir para blindar a los senadores en contra de las presiones de sus electores. Sea esto como fuere, lo cierto es que constituye un tema digno de ser tenido en cuenta a la hora de evaluar el comportamiento de los legisladores cuando encaran la tarea de interpretar y dotar de contenido a los derechos fundamentales, así como una muestra de los recursos internos de los que dispone el proceso político para mejorar dicha función<sup>26</sup>.

Si bien he insistido hasta ahora en señalar que es factible concebir tanto un modelo de participación como una serie de dispositivos institucionales adecuados en virtud de los cuales los legisladores no necesariamente se hallen indisolublemente ligados a los deseos de sus electores, debe considerarse la posibilidad de que quizás no sea tan grave después de todo el hecho de que, en determinadas circunstancias, los legisladores se muestren sensibles ante las aspiraciones de sus electores cuando éstas versan sobre cuestiones que afectan a los derechos fundamentales o al modo de concebir determinados principios de moralidad política. Y ello es así incluso cuando su motivación para hacerlo sea la de buscar la reelección, pues dicha motivación deviene en este caso irrelevante, ya que lo que cuenta en el fondo son las concepciones que los electores mantienen de buena fe sobre las cuestiones objeto de decisión<sup>27</sup>. En efecto, uno de los defectos que suele señalarse de la institución del control judicial es precisamente la de que los jueces no responden electoralmente por sus decisiones, por lo que un tribunal conservador como el

---

<sup>25</sup> Id., pp. 216 y ss.

<sup>26</sup> Sobre el punto, véase además Vermeule, *Judging under Uncertainty...*, cit., p. 259.

<sup>27</sup> En M. Tushnet y E. Chemerinsky, debate, "Should We Get Rid of Judicial Review", *Legal Affairs* (2005), disponible en:

[http://www.legalaffairs.org/webexclusive/debateclub\\_jr0605.msp](http://www.legalaffairs.org/webexclusive/debateclub_jr0605.msp).

El primero escribe: "To be explicit, I don't see anything problematic about legislators' responding to their constituents' principled views even if the legislator's reason for doing so is merely to get re-elected".

de la Era *Lochner* podría, limitado únicamente por ciertos condicionamientos políticos como los señalados en el capítulo anterior y otros a los que se aludirá más adelante, adoptar determinadas decisiones y sentirse seguro al saber que los electores, en términos prácticos, no podrán hacer mucho para cambiar el contenido de las mismas<sup>28</sup>.

Para ir cerrando esta discusión, realizaré una breve alusión al problema de los “grupos de interés”. Se suele señalar, sobre todo desde los sectores más radicalizados de la escuela del “public choice”, los peligros del proceso legislativo al hallarse expuesto a la presión de estas fuerzas, lo cual a veces trae aparejado el argumento de la conveniencia del control judicial como herramienta para lidiar contra la influencia desmedida que algunos grupos pueden llegar a adquirir. Sin embargo, y más allá de que la preocupación tiene su innegable dosis de sentido común, los grupos de interés pueden en efecto desempeñar algunas funciones políticas valiosas en el proceso de toma de decisiones democráticas que no siempre son tenidas en cuenta en estas críticas. Por ejemplo, pueden proveer a los legisladores información necesaria que les ayude a comprender y anticipar cómo determinadas iniciativas legislativas podrían llegar a afectar a ciertos grupos; pueden contribuir a reducir la incertidumbre acerca de cómo las leyes serán recibidas por los votantes; pueden ayudar a difundir cierta información legislativa entre el público en general, etc<sup>29</sup>. Por lo demás, varios autores dentro de la escuela del “public choice” cuestionan que el argumento a partir del peso desproporcionado que pueden llegar a adquirir determinados grupos de interés o de presión en el proceso legislativo constituya una razón suficiente para justificar alguna forma fuerte de control judicial, pues nada autoriza a suponer que este último procedimiento se halle exento de la influencia de los

---

<sup>28</sup> R. Bellamy y D. Castiglione, “Constitutionalism and Democracy: Political Theory and the American Constitution”, 27 *British Journal of Political Science* (1997), p. 607: “Once the consequences of a decision for the interests and values of various groups are recognized as relevant to how we understand and evaluate the principles in play, then the unrepresentativeness of the judiciary and its unresponsiveness to social influences will become drawbacks instead of advantages”. El argumento ya había sido anticipado por el “anti-federalista” Brutus: “when the power [to determine the constitution] is lodged in the hands of men independent of the people, and of their representatives, and who are not, constitutionally, accountable for their opinions, no way is left to controul them but *with a high hand and an outstretched arm*”. (Cit. en F. I. Michelman, “Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life”, en A. Sarat y T. R. Kearns, *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, University of Michigan, Ann Arbor, 1996, p. 141.)

<sup>29</sup> L. D. Kramer, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, 92 *California Law Review* 959 (2004), pp. 1000-1.

grupos de presión en un modo similar al que se verifica en el proceso político en general<sup>30</sup>.

Espero haber delineado entonces, aunque tan sólo sea a grandes rasgos, los fundamentos para mi adhesión a una teoría de la participación ciudadana más atractiva que trascienda el reduccionismo que nos presenta la concepción pluralista. También espero haber aportado aunque sea algunos argumentos sobre la capacidad de los legisladores para deliberar de manera más o menos adecuada sobre cuestiones de principios. En conclusión, considero que en las sociedades bien ordenadas, nada autoriza a suponer que el proceso democrático deba ser conducido con arreglo a criterios puramente egoístas que lo llevará de manera inexorable a desconocer los derechos e intereses de las minorías. Si partimos de la base de una concepción de la participación política más plausible, como la que he intentado presentar aquí, entonces la confianza en las posibilidades del autogobierno colectivo quizás no sea del todo ilusoria. Si todo esto es en efecto así, la legitimidad de una institución de difícil justificación como el control judicial, quizás se vea aún más comprometida cuando lo que da sustento a la misma es la necesidad de contener a unos ciudadanos puramente autointeresados y por consiguiente, incapaces de mostrarse considerados hacia los intereses de otros ciudadanos. Ahora bien, es cierto que nada de esto implica que los legisladores no puedan cometer errores que no necesariamente sean producto del autointerés. Pero el argumento sobre la corregibilidad de los errores no es razón suficiente para justificar un modelo fuerte de control judicial,

---

<sup>30</sup> Sobre esta discusión, véase por ejemplo, N. K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, University of Chicago Press, Chicago, 1997; E. R. Elhauge, "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review", 101 *Yale Law Journal* 31 (1991); y T. W. Merrill, "Does Public Choice Theory Justify Judicial Activism After All?", 21 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 219 (1997). Por lo demás, otros cultores del "public choice", como D. A. Farber y P. P. Frickey, *Law and Public Choice. A Critical Introduction*, University of Chicago, Chicago/London, 1991, arriban a conclusiones similares sobre el modelo "mixto" aquí defendido. Tras reconocer que algunas variantes del public choice "portray the political process as an arena of pure greed, in which self-interested voters, avaricious politicians, and self-seeking interest groups meet to do business", afirman que otras corrientes también proveen razones para rechazar este modelo: "To view politics as wholly deliberative would be quixotic, but there is...solid evidence that voters and politicians are actually motivated in part by factors other than greed. Careful statistical studies have shown that ideology –beliefs about the public interest– does indeed influence congressional votes" (p. 7). Y más adelante añaden: "Properly understood, public choice theory can support the republican vision of deliberative democracy" (p. 8.) En un sentido similar, Sunstein, "Interest Groups in American Public Law", cit., pp. 77-8, para quien un repaso a los aportes de las teorías económicas y de la ciencia política nos muestran que la influencia de los grupos de interés es importante pero no decisiva.



pues la posibilidad de error, como se ha visto en el capítulo anterior, es simétrica, y además, todo parece indicar que los errores son más fáciles de corregir en sede legislativa<sup>31</sup>.

A su vez, todo esto nos debería llevar a prestar una mayor atención a la importancia de dignificar el proceso político como espacio propicio para la adopción de las decisiones más importantes de una comunidad política, como son las decisiones sobre derechos. Al decir de Larry Kramer, si el problema consiste en que el Congreso no se toma la Constitución con seriedad, entonces “la solución debería ser la de poner nuestras energías en rejuvenecer y mejorar la capacidad de la legislatura a este respecto, y no entregar el asunto a un puñado de jueces”<sup>32</sup>. Por el contrario, si como en una buena parte de la teoría constitucional norteamericana se persiste en la retórica de que la política es sólo cuestión de interés o, pero aun, de “mob rule”<sup>33</sup>, ello puede contribuir a que, en lugar de favorecer un diálogo franco, sincero y preocupado en torno a los derechos –que es al fin y al cabo lo que realmente debería importar– se termine conduciendo el debate por otros cauces menos edificantes presididos por la desconfianza mutua<sup>34</sup>.

*b) La participación en la democracia “dual” y en la teoría del precompromiso racional*

Antes de proseguir, conviene detenernos por un instante en la conocida teoría de la democracia dual de Bruce Ackerman, muy influyente en el ámbito del derecho

---

<sup>31</sup> Sobre esta discusión, véase el capítulo 3, apartado 3, epígrafe b).

<sup>32</sup> L. Kramer, “The Supreme Court 2000 Term Foreword: We the Court”, 115 *Harvard Law Review* 5 (2001), p. 169.

<sup>33</sup> Reproche que formulan, por ejemplo, L. Alexander y L. B. Solum “Popular? Constitutionalism?”, 118 *Harvard Law Review* 1594 (2005), a la concepción de Kramer, p. 1640. Véase además L. H. Tribe, en Tribe, Waldron, y Tushnet (debate), “On Judicial Review”, cit: “To argue that ‘democracy’ mandates such abdication [of the power of judicial review] to the will of a momentary majority of a representative assembly is to confuse constitutional democracy under the rule of law with mob rule”. Véase, sin embargo, R. D. Parker, *Here The People Rule. A Constitutional Populist Manifesto*, Harvard, Harvard, 1994, pp. 89-90, y *passim*, quien se pregunta lo siguiente: “why equate a mob with a majority?”

<sup>34</sup> Ésta es una de las repuestas que da Tushnet a Tribe, en Tribe, Waldron, y Tushnet (debate), “On Judicial Review”, cit., en el que, como se vio en la nota anterior, el último emplea esta retórica, degradando al proceso político para sembrar así las bases de una justificación del control judicial.

constitucional norteamericano, así como en las teorías del “precompromiso racional”. La primera de ellas está concebida como una explicación de la práctica constitucional norteamericana y comprende un conjunto de proposiciones destinadas a explicar de modo genérico problemas como el de la rigidez constitucional, el del control judicial de la ley y el del proceso político. No es éste el espacio para realizar una crítica cabal a la obra de Ackerman, y en consecuencia, centraré mi atención tan sólo en algunos aspectos de su teoría que guardan relación con su concepción de la participación ciudadana y el vínculo que se deriva de esta concepción con la institución del *judicial review*. En este sentido, la discusión de la teoría dual resulta relevante en razón de que si bien acepta el modelo de participación no puramente depredador del ciudadano, en un sentido similar al modelo mixto que se ha expuesto más arriba, termina repartiendo, sin embargo, las situaciones en las que prevalece el autointerés y el egoísmo, por un lado, y aquellas en las que prevalece una orientación al bien común, por el otro, en dos momentos distintos a los que se asigna distinta legitimidad. Me propongo determinar entonces si las razones a favor de esta escisión son sólidas.

Según la concepción dual, por un lado están las decisiones adoptadas por el pueblo mismo en determinados momentos de la historia, las cuales gozan de un grado mayor de legitimidad en función a su origen popular y al modo en el que se comportan quienes toman parte en ellas. Estas decisiones “ocurren raramente y sólo en momentos especiales”, denominados “momentos constitucionales”<sup>35</sup>. Los momentos constitucionales se caracterizan por las apelaciones al bien común de quienes están involucrados en las mismas, ratificada además por una masa movilizadada de ciudadanos que expresan su consentimiento por medio de formas institucionales extraordinarias<sup>36</sup>. Solamente cuando una norma es producida en los momentos constitucionales la misma recibirá una consideración más alta en lo que a su legitimidad se refiere<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> B. Ackerman y C. F. Rosenkrantz, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 16.

<sup>36</sup> B. A. Ackerman, “¿Un neofederalismo?”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitutionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 185.

<sup>37</sup> Como ejemplos de momentos constitucionales, Ackerman trae a colación la sanción de la Constitución de EE.UU., las enmiendas posteriores a la Guerra Civil norteamericana del siglo XIX y el “New Deal” del Presidente Roosevelt.

En contraposición a los momentos constitucionales, el nivel inferior del dualismo de Ackerman es ocupado por la política ordinaria, en el que las decisiones las adopta el gobierno sobre una base cotidiana, no el pueblo de manera extraordinaria. Estos momentos corrientes carecen de la movilización popular y del debate existentes en los momentos de política constitucional. Durante los momentos de política normal, “las facciones intentan manipular las formas constitucionales de la vida política para favorecer sus propios mezquinos intereses”. De cualquier manera, prosigue el autor, esta política “se deberá tolerar en nombre de la libertad individual”, aunque sea “democráticamente inferior a la política intermitente e irregular de la virtud pública asociada a los momentos de creación constitucional”<sup>38</sup>. Dados estos rasgos de la política normal, el dualismo trata de evitar que estas decisiones se asimilen a las decisiones adoptadas por el pueblo en los momentos constituyentes.

Una de las consecuencias más importantes que se sigue de esta diferenciación entre dos niveles de la política es que “los representantes del pueblo no se pueden arrojar, por el hecho de haber ganado una elección, la atribución de anular o invalidar las decisiones tomadas por el pueblo en momentos constitucionales”<sup>39</sup>. Los representantes del pueblo sólo pueden hacer esto forzando un momento constitucional, debiendo para ello “movilizar a los ciudadanos, concientizarlos de la importancia de la decisión a tomarse, e incentivarlos a participar en el debate público”<sup>40</sup>.

Como corolario a todo esto, la concepción dual de la democracia presenta además una teoría del control judicial y de la justicia constitucional: “la Corte Suprema tiene como deber básico preservar las decisiones políticas tomadas por el pueblo e impedir que dichas decisiones sean erosionadas por las decisiones del gobierno”<sup>41</sup>, sobre todo

---

<sup>38</sup> Ackerman, “¿Un neofederalismo?”, cit., pp. 185-6.

<sup>39</sup> Ackerman y Rosenkrantz, cit., p. 17.

<sup>40</sup> Id., p. 18.

<sup>41</sup> Id. Aquí Ackerman y busca apoyo en *El Federalista No. 78*, en el que se argumentó que el control judicial “no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a la primera. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”. (Cit., en Ackerman, “¿Un neofederalismo?”, cit., pp. 194-5.)

considerando que éste actúa en tiempos de política normal en los que predominan la mezquindad de intereses, el egoísmo, la apatía, la ignorancia, etc<sup>42</sup>.

La concepción de Ackerman posee sin duda muchas virtudes y defectos, de los cuales no todos son relevantes para nuestra discusión en este momento<sup>43</sup>. El punto sobre el que deseo llamar la atención se centra en la dicotomía sobre la que descansa la teoría y en virtud de la cual se asigna distinta calidad a la participación en cada uno de los dos momentos de la política<sup>44</sup>. En primer lugar, no resulta del todo claro por qué deben trazarse estos dos niveles de actividad política, asignando una legitimidad distinta en cada caso, cuando lo que la práctica política demuestra es que en realidad se da un continuo con distintos grados de movilización y debate. Por ejemplo, temas como el aborto o la discriminación, que podrían muy bien darse en el curso de momentos de política ordinaria, son susceptibles de provocar una amplia discusión y movilización públicas. Y puesto que esto es así, no siempre podrá determinarse si en estos casos nos hallamos o no ante una manifestación política de primer o de segundo nivel<sup>45</sup>.

Por otro lado, y esto es más importante aún, la diferencia que pueda haber o no entre momentos constitucionales y momentos corrientes o de política ordinaria, en lo que hace la motivación de la participación, es puramente contingente. Nada permite afirmar, de entrada, que los momentos de política constitucional prevalezcan solamente apelaciones al bien común y que la política ordinaria se reduzca al autointerés egoísta. Por el contrario, el trazar una línea en función a dos momentos, uno de ellos de

---

<sup>42</sup> Ackerman, “¿Un neofederalismo?”, cit., p. 194.

<sup>43</sup> La concepción de Ackerman posee algunas virtudes evidentes. Por ejemplo, la de que trata de recoger e integrar las preocupaciones de las demás vertientes de la democracia que identifica, aunque sin incurrir en sus defectos. En el caso del “fundamentalismo”, intenta recoger la inquietud de esta concepción hacia los derechos, aunque sin caer en el defecto de permitir que cualquier cuestión de derechos pueda trancar una decisión democrática, ya que los derechos hallan su fuente de justificación en los momentos de democracia constituyente. En el caso del “monismo”, el dualismo intenta recoger sus aspiraciones democráticas al realzar el valor de ciertos momentos de movilización popular en los que el pueblo se autogobierna, aunque sin caer en el extremo de afirmar que no hay límites a las decisiones democráticas, los cuales vienen impuestos por las decisiones adoptadas en el nivel superior de la política. De esta manera, Ackerman considera que el enfoque dual puede “disolver” la dificultad contramayoritaria que enfrenta a los derechos con la democracia.

<sup>44</sup> Para las críticas que formulo a continuación, me he beneficiado de la discusión en C. S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, además de las otras referencias que serán indicadas.

<sup>45</sup> Nino, cit., p. 146.

orientación al bien común y el otro dedicado a la lucha de intereses, parece ser contraintuitivo. Más ajustado al sentido común parece el cuadro pintado más arriba: la participación en política es mixta, y esto puede ocurrir tanto en momentos de política constitucional como ordinaria, lo cual, reitero, es una cuestión puramente contingente. De hecho varios autores han argumentado de manera convincente que en los momentos constituyentes los ciudadanos o sus representantes pueden muy bien actuar de manera no muy distinta al modo en que se presume que normalmente operan los momentos de política ordinaria, movidos por consideraciones puramente estratégicas orientadas a la satisfacción de sus propios intereses y privilegios<sup>46</sup>.

Por otro lado, aún si concediéramos que las decisiones adoptadas en los momentos de política constitucional deben ser puestas a resguardo de las decisiones alcanzadas por medio de los procedimientos políticos ordinarios, no está del todo claro por qué debería asignarse la protección de las decisiones alcanzadas en los momentos constitucionales a un órgano jurisdiccional. Ackerman debe reconocer que puede haber una enorme dificultad, primero, al identificar los momentos constitucionales a efectos de su resguardo de los momentos de política ordinaria, sobre todo considerando que estos momentos

---

<sup>46</sup> Cfr., F. J. Laporta, “El ámbito de la constitución”, 24 *Doxa* (2001), pp. 463-4, aludiendo a Ackerman, escribe: “El ‘momento constituyente’ no es necesariamente, como se ha pretendido, un ejercicio de imparcialidad inspirado por el interés general. Puede muy bien ser –de hecho suele ser– un período en el que las fuerzas sociales, políticas y económicas más relevantes forcejean para introducir en el texto constitucional la garantía rígida de sus intereses y prejuicios en el contexto de una gran turbulencia política”. Y cita como ejemplo, en el caso español, las presiones de la Iglesia Católica en el momento constituyente para incluir en el texto medidas de privilegio a su favor. L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 143-4, también reconoce que la constitución puede haber sido elaborada en un marco democrático ordinario no muy distinto al que preside el debate de las leyes en general, aunque afirma que se trata de una ficción que dota de legitimidad a la constitución. Finalmente, J. Elster, “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, en la compilación del mismo autor, *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001, realiza un excelente estudio de distintas convenciones constituyentes para llegar a conclusiones similares sobre la manera en que los actores se comportan en dichos momentos. Por otro lado, piénsese, por ejemplo, en las condiciones en las que se sancionó la Constitución norteamericana, con todas sus deficiencias democráticas de sobra conocidas, las exclusiones de las mujeres, de los esclavos, y de algunas categorías de ciudadanos que carecían de propiedad privada, etc. Las limitaciones de esta concepción son más evidentes aún cuando se intentan aplicar argumentos dualistas para justificar restricciones constitucionales a otros sistemas políticos (algo que desde luego Ackerman no intenta). Tomemos, por ejemplo, en el caso de las constituciones de Alemania, Italia, o Japón, sancionadas después de la segunda post-guerra mundial. Está claro que en condiciones de ocupación y de derrota militar, no puede hablarse de momentos “elevados” de la política, con amplias movilizaciones y deliberaciones públicas en los que “el pueblo” ejerce su derecho al autogobierno colectivo de manera ideal.

pueden haberse producido por cauces no institucionales<sup>47</sup>. En segundo lugar, una vez identificados los momentos, la dificultad subsistirá con relación a cómo debe interpretarse el contenido concreto de las decisiones adoptadas en dichos momentos para su aplicación a circunstancias concretas.

Puesto que esto así, cabe cuestionar la razón por la cual la “voluntad del pueblo” debería ser preservada por los jueces y no, por ejemplo, por quienes podrían estar más cerca de las preferencias de las mayorías del momento, como lo serían las legislaturas<sup>48</sup>. Ackerman considera que dado “el peligro de que los partidarios de mezquinos intereses especiales se apoderen del gobierno normal”, los padres fundadores instituyeron el control judicial para preservar las realizaciones logradas en tiempos de virtud cívica<sup>49</sup>. Aquí es donde nuevamente se pone de manifiesto la artificiosidad de la distinción en disputa, la cual pretende convencer de que sólo en los momentos constituyentes el ciudadano se orienta hacia el bien común, pero en los momentos de política ordinaria actúa como un depredador, algo que, como ya se ha dicho, es enteramente contingente. Pero incluso si aceptáramos que esto es en efecto así, debe hacerse notar que ello nos conduciría nuevamente a las mismas paradojas que ya señalábamos más arriba: ¿qué es lo que nos hace suponer que, una vez instituida la “higher law”, sólo los congresistas habrán de comportarse rapazmente, y no así los jueces? Quizás Ackerman podría intentar argumentar, desde premisas instrumentales, a favor de la superioridad que otorga la posición institucional de los jueces. Pero esto nos conduciría a la discusión del capítulo anterior en la que se vio que el argumento instrumental no necesariamente apunta a otorgar en este sentido una superioridad decisiva hacia el poder judicial. En consecuencia, aún cuando aceptemos la legitimidad de los momentos de política

---

<sup>47</sup> Ackerman y Rosenkrantz, cit., p. 21, en un paréntesis, afirman: “(...Para saber cuándo la Corte Suprema esta legitimada en ‘preservar’ es necesario enfrentar un problema preliminar y determinar cuales son las iniciativas que han obtenido la más alta legitimidad por haber sido consagradas por una ciudadanía movilizada y activa en su apoyo. Si uno falla en la identificación de cuales son estas iniciativas difícilmente uno podrá evitar equivocarse en la evaluación de lo que la Corte hace. El ‘error de identificación’ implicará sistemáticamente el error en la preservación de los principios que, a través del protagonismo popular, se han incorporado a la constitución)” (sic).

<sup>48</sup> Nino, cit., p. 147.

<sup>49</sup> Ackerman, “Un neofederalismo?”, cit., p. 194.

constitucional, el argumento a favor del control judicial parece exigir mucho más para resultar convincente<sup>50</sup>.

Algo parecido podría decirse con relación a la teoría del “precompromiso racional”<sup>51</sup>, en la medida en que con la misma se pretenda dar a entender que los ciudadanos solamente sean capaces de autogobernarse en ciertos momentos de muy especial lucidez, pero que luego, en los momentos de la política ordinaria, se pueda desconfiar de los ellos. En efecto, la teoría del precompromiso sugiere que los momentos constituyentes equivalen a Ulises en estado de lucidez, en tanto que los momentos de política ordinaria representan a Ulises bajo los efectos enloquecedores del canto de las sirenas. O por utilizar una analogía de Stephen Holmes, “[u]na constitución es Pedro sobrio en tanto que el electorado el Pedro ebrio”<sup>52</sup>.

Para ser rigurosos, debe hacerse constar que la teoría del precompromiso racional está concebida primordialmente para brindar una explicación del fenómeno de la rigidez constitucional, tema ajeno a esta investigación, pero no se extiende necesariamente a la justificación del control judicial<sup>53</sup>. Sin embargo, dado que esta concepción puede acabar produciendo además otras consecuencias relevantes para el funcionamiento del proceso democrático y a lo que cabe o no decidir por esta vía, en lo que sigue me ocuparé de

---

<sup>50</sup> Una objeción parecida podría esgrimirse contra la tesis de el tribunal constitucional como comisionado del poder constituyente. Véase, por ejemplo, E. García de Enterría, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 1983.

<sup>51</sup> Defendida de diverso modo por autores como J. Elster, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 1979; S. Freeman, “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, 9 *Law and Philosophy* (1990); C. R. Sunstein, “Constitutionalism and Secesión”, 68 *University of Chicago Law Review* (1990); y en España, J. J. Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, en F. J. Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

<sup>52</sup> S. Holmes, *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, Chicago/London, 1995, p. 135. Debe hacer notar, empero, que la posición de Holmes es algo más sutil, ya que el autor vincula esta idea a la necesidad de contar con reglas que estructuren el proceso político, no necesariamente a las restricciones de tipo sustantivo como los derechos fundamentales.

<sup>53</sup> En efecto, al parecer Holmes no empleó esta explicación como un argumento tendente a justificar la institución del control judicial de la ley. Pero otros autores, como por ejemplo Freeman, cit., p. 353, han empleado el modelo para justificar el control judicial: “By granting to a non-legislative body the power to review democratically enacted legislation, citizens provide themselves with a means for protecting themselves from the unreasonable exercise of their political rights in legislative processes...By agreeing to judicial review, they in effect tie themselves into their initial agreement on the equal basic rights that specify their sovereignty”.

ella<sup>54</sup>. Y para hacer esto, ya que estamos en el plano de las analogías, conviene traer a colación una esclarecedora discusión de Waldron que nos ayudará a ver que existen otras explicaciones acaso más satisfactorias al proceso político ordinario y que no lo reducen a una simple situación patológica en la que los ciudadanos habrán de conducirse enloquecidamente.

Según este enfoque, las analogías de Ulises y de Pedro resultan engañosas, no sólo porque la asimilación entre un individuo y una comunidad política es difícil de establecer, sino porque distorsionan lo que ocurre realmente en el proceso democrático al querer asimilarlo a una situación patológica o de debilidad de la voluntad. En otras palabras, no parece adecuado describir lo que ocurre en el plano colectivo asimilándolo con un individuo que en su momento de máxima lucidez (que sería el momento constituyente), prevé ciertos dispositivos para evitar incurrir, por debilidades motivacionales, en ciertas equivocaciones (que se darían en el curso del proceso político ordinario). Una imagen más adecuada para describir lo que ocurre en el plano colectivo es la de varios individuos que mantienen desacuerdos razonables en torno a la existencia, significado y alcance de cuestiones políticas fundamentales, como los derechos, desacuerdos que se producen no en momentos patológicos, sino que constituyen el fenómeno normal de la vida política. No hace falta acudir al fenómeno de las debilidades de la voluntad para explicar estos desacuerdos que deberían considerarse como normales en condiciones de pluralismo razonable<sup>55</sup>. Por tanto, una analogía más adecuada que la de Ulises o Pedro es la de una persona que, tras vivir atormentado por sus dudas en torno a creencias religiosas rivales, un buen día decide optar por una secta en concreto, entregando las llaves de su biblioteca teológica que tantas dudas le ocasionaron a un amigo, con la finalidad de no volver a poner en duda su nueva fe. Sin embargo, con el correr del tiempo, las dudas religiosas de esta persona retornan, y éste acude a su amigo para que le devuelva las llaves de la biblioteca. ¿Qué debe hacer el amigo? ¿Debe devolver las llaves? Si no lo hace, ¿no estaría tomando partido arbitrariamente por una concepción que en un momento

---

<sup>54</sup> En J. Elster, *Solomonic Judgments. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 196, el autor ya había manifestado ciertas reservas con la analogía entre el plano individual y el colectivo. Véase además un trabajo más reciente del autor, *Ulises Desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002, donde vuelve a referirse a la cuestión.

<sup>55</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 1, apartado 3.



particular fue escogida por su amigo, pero que sin embargo ahora debería poder ser libre de revisar? ¿Por qué debería suponerse que ahora esta persona se halla padeciendo una patología de la voluntad, en tanto que en el primer momento no lo estaba?<sup>56</sup>

En España, J. J. Moreso ha intentado responder a este ejemplo de Waldron argumentando que lo que debería hacerse es decir a esta persona que, dada la importancia del asunto, se lo piense mejor antes de pedir la devolución de la llave<sup>57</sup>. Nótese como tanto Waldron como Moreso aluden al problema de la rigidez constitucional y a su exigencia de mayorías calificadas al traer a colación estas analogías. Ahora bien, si introducimos en escena el control judicial, la réplica de Moreso pierde su atractivo ya que, como se verá más abajo, el control judicial no es el equivalente funcional de las mayorías calificadas. En este contexto, la sugerencia de Moreso únicamente resultaría atractiva a condición de que, trasladado al plano de la comunidad política y de sus procedimientos de decisión, la misma pudiera implicar algo así como un modelo débil de justicia constitucional, en el que como hemos visto, la última palabra no la tiene el órgano judicial, sino que tras un pronunciamiento de éste, el órgano legislativo puede tener una nueva ocasión de expresar su punto de vista. Pero en los modelos fuertes a los que se extiende la crítica, está claro que éste no es el caso<sup>58</sup>. Por ejemplo, en el contexto norteamericano, la decisión de un órgano judicial muchas veces será definitiva, sin que el Congreso pueda hacer nada al respecto, por más que se lo piense mejor y se someta la cuestión controvertida a una exhaustiva ronda de deliberaciones y movilizaciones políticas. Además, como pudimos ver en el capítulo introductorio, son notorias las enormes dificultades fácticas de todo tipo que deben sortearse para que una reforma constitucional pueda prosperar. A su vez, esto último arroja serias dudas acerca de por qué razón deberían cargar con el peso de todas estas restricciones quienes mantienen una concepción igual de razonable pero distinta a la de los jueces y no a la inversa.

La conclusión que deseo extraer de todo esto no se dirige a descalificar la estrategia de la constitucionalización, que como ya he dicho, es la finalidad que suelen perseguir estas estrategias de autoincapacitación. Lo que deseo subrayar aquí es más bien

---

<sup>56</sup> Véase Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 268 y ss.; y J. Waldron, "Banking Constitutional Rights: Who Controls Withdrawals?", *52 Arkansas Law Review* 533 (1999), *passim*.

<sup>57</sup> Moreso, cit.

<sup>58</sup> Sobre los modelos "débiles", véase además el Capítulo 6.

que, una vez que se admite que la comunidad política es en efecto capaz de darse a sí misma sus propias decisiones, nada autoriza a suponer que esto se limite a ciertos momentos en tanto que a otros no. Y si intentáramos replicar a todo esto argumentando que en los procesos constituyentes las decisiones se adoptan por mayorías calificadas, esto no demostraría sin embargo que se trata de decisiones “más lúcidas”, ya que ello “presupondría, sin especial fundamento, justamente lo que habría que probar”<sup>59</sup>. Si aceptamos que las comunidades políticas son capaces de autogobernarse, no parece razonable trazar una distinción arbitraria entre unos momentos muy específicos en los que esto se produce para luego terminar desconfiando, en el día a día de la política ordinaria, de la capacidad de los ciudadanos para autogobernarse. En palabras de Pablo de Lora, aludiendo a los momentos constituyentes, “[p]or qué proyectaríamos este temor hacia el futuro y sin embargo nos sentiríamos confiados en nuestras capacidades presentes?”<sup>60</sup>

Esto nos conduce hacia una última crítica que surgiría cuando intentamos añadir a la teoría del precompromiso el mecanismo del control jurisdiccional de constitucionalidad como dispositivo para hacer supuestamente prevalecer las decisiones adoptadas en los momentos de precompromiso. En efecto, no puede negarse que las estrategias de autoincapacitación parecen poseer un atractivo intuitivo, el cual radica en el hecho de que intentan maximizar el autogobierno de una persona auténticamente racional: en un momento de lucidez, esa persona desea asumir el control de su propia vida incapacitándose a realizar acciones que no desea realizar en momentos de debilidades motivacionales, y allí radica su atractivo moral como mecanismo tendente a potenciar la libertad en su mejor acepción. Sin embargo, esta cualidad podría muy bien perderse cuando, para hacer prevalecer la medida incapacitadora establecida en la constitución, se instituye un órgano jurisdiccional, en lugar de que sea la comunidad misma o por lo menos su órgano más representativo, quien se encargue de realizar esta tarea. Si las restricciones constitucionales pudieran formularse por medio de reglas de aplicación mecánica, quizás este problema no surgiría, y quizás por eso la crítica no sea extensible con la misma intensidad a las cláusulas estructurales u orgánicas de una constitución, al

---

<sup>59</sup> J. C. Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 224-5.

<sup>60</sup> P. de Lora, “Two Dogmas of Constitutionalism: Constitutional Rights and Judicial Review”, 33 *Rechtstheorie* 381 (2002), p. 395.

menos cuando éstas resultan de aplicación clara o no controvertible, como la edad mínima para acceder al cargo de presidente<sup>61</sup>. No obstante, en el caso de los derechos fundamentales, redactados normalmente en forma de principios o de cláusulas abiertas, vagas e indeterminadas, sumado a las circunstancias del desacuerdo y a la inviabilidad de una concepción puramente objetivista de la interpretación constitucional, la objeción se vuelve perentoria. En estas condiciones, una manera adecuada de describir lo que ocurre realmente cuando un tribunal constitucional se dispone a hacer prevalecer las restricciones de este tipo impuestas *ex ante* no es la de que la comunidad se obligue a hacer en un tiempo posterior (t2) aquello a lo que se autoobligó en un tiempo anterior (t1), sino que en t2, un órgano jurisdiccional decide (por mayoría) el contenido y el alcance de las restricciones que la comunidad estableció en t1<sup>62</sup>. De modo que no hay realmente una limitación *ex ante*, como ocurre en el plano individual y que es lo que hace atractiva a las estrategias en este ámbito. Al contrario, lo ocurre en el plano de la comunidad es la rendición del juicio propio a otro agente distinto, y esto es “simplemente ponerse en manos del juicio de otro”<sup>63</sup>, lo cual termina anulando el atractivo inicial del precompromiso. Y aquí entra nuevamente a tallar todo el bagaje de objeciones en contra de la adopción de decisiones por parte de un órgano jurisdiccional que conforma el núcleo de la crítica al gobierno de los jueces.

En conclusión, considero que un análisis de las influyentes concepciones de la democracia dual y de la teoría de las constituciones como mecanismos de precompromiso racional contribuyen no sólo a demostrar la debilidad de las justificaciones del control judicial que se desprenderían de los mismos, sino que al mismo tiempo demuestran que en lo que a la participación ciudadana se refiere, la concepción más plausible sigue siendo al concepción mixta que se expuso en el epígrafe anterior. En definitiva, las concepciones sometidas a examen en este epígrafe aciertan al contemplar la posibilidad de la participación virtuosa, pero la distinción que acaban trazando entre los momentos de política constitucional y los de política ordinaria resulta artificiosa y difícil de sostener.

---

<sup>61</sup> Véase la discusión obrante en el capítulo 1, apartado 2, epígrafe b).

<sup>62</sup> Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, cit., p. 225.

<sup>63</sup> Id., p. 225.

## 3. PARTICIPACIÓN Y DERECHOS

Se recordará que, al discutir el ideal de la participación en el capítulo 2, se hizo notar que, a pesar del atractivo de dicho ideal, el mismo no parecía aplicable sin más al ámbito de los derechos, al menos no sin antes afrontar algunos problemas como el de la naturaleza de los derechos y la función que éstos están llamados a desempeñar en el discurso político y moral, así como algunas concepciones muy arraigadas sobre estos temas y que tienden a negar que el proceso político pueda constituir un espacio adecuado para adoptar decisiones finales sobre los derechos. En los próximos dos epígrafes intentaré lidiar con lo que considero son los principales obstáculos que se interponen en el camino de una concepción para la cual el derecho a participar también debería poder ser aplicado al ámbito de los derechos.

a) *Decisiones sobre derechos*

Según una concepción muy arraigada, las decisiones *que tengan por objeto los derechos* no deben quedar al arbitrio del proceso político-mayoritario. Ello es así en razón de que la función de los derechos, en la teoría y en la práctica, es precisamente la de actuar como “triumfos”, según la famosa expresión de Dworkin<sup>64</sup> (o si se prefiere, como “coto vedado”, en la fórmula de Garzón Valdés<sup>65</sup>, o la “esfera de lo indecible”, en palabras de Ferrajoli<sup>66</sup>), ante las decisiones mayoritarias. Según esta concepción, los

---

<sup>64</sup> Por ejemplo, R. Dworkin, “Rights as Trumps”, en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford, 1984: “Rights are best understood as trumps over some background justification for political decision that states a goal for the community as a whole”.

<sup>65</sup> E. Garzón Valdés, “Representación y democracia”, 6 *Doxa* 143 (1989).

<sup>66</sup> Por ejemplo, L. Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, en L. Ferrajoli (A. de Cabo y G. Pissarello, eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2ª edic., Trotta, Madrid, 2005, p. 36. La esfera de lo no decidible, ¿es también la de lo no discutible?, se preguntan de Cabo y Pissarello en la introducción de esta compilación (p. 14). Es significativo, sin embargo, que el propio Ferrajoli, cit., p. 40, reconozca que los derechos fundamentales no han caído “del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y

derechos son límites a lo que cabe exigir de cada individuo en aras a la satisfacción de algún interés colectivo. Los derechos constituyen además intereses tan importantes que simplemente no pueden quedar completamente a merced del proceso agregativo de preferencias cuando la sociedad delibera sobre la adopción de una determinada decisión que podría poner en riesgo dichos intereses. Si dejamos los derechos a merced de las mayorías, esto implicaría anular la propia función que se supone están llamados a cumplir, lo cual convertiría la noción de los derechos en un absurdo o en algo inútil.

Esta concepción se halla fuertemente arraigada tanto en el ámbito de la filosofía política contemporánea como en el de la teoría constitucional. En el primero de éstos ha sido gravitante la influencia de la obra de John Rawls, la cual supuso un renacimiento a principios de los años setenta del siglo pasado del discurso sobre los derechos individuales en la filosofía política. Dicho discurso fue en no poca medida edificado en contraposición a la corriente utilitarista entonces predominante en el ámbito anglosajón, la cual, según se alegaba, era potencialmente peligrosa para los derechos a causa de su lógica interna tendente al cálculo utilitario y a la agregación bruta de preferencias<sup>67</sup>. En un trabajo más reciente, Rawls expresa con elocuencia que las libertades básicas “ya no deben ser vistas como materia adecuada para la decisión política por mayoría o por otros medios de votación plural...Éstas constituyen parte de la carta pública de un régimen constitucional y no son un tópico adecuado para el debate público que se desarrolla ni tampoco para la legislación”<sup>68</sup>.

A su vez, en el ámbito jurídico-constitucional, la formulación más clara de la concepción de los derechos como entidades situadas fuera del proceso político es probablemente la del juez norteamericano Robert H. Jackson, quien en *West Virginia Board of Education v. Barnett*<sup>69</sup>, expresó que el propósito de un *Bill of Rights* era precisamente el de colocar ciertos asuntos fuera de las vicisitudes de la controversia política, poniéndolos a resguardo del alcance de las mayorías: “los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; su vigencia no depende del resultado

---

ecologistas de este siglo”. En otras palabras, por movimientos de lucha política, lo cual indicaría que sí son en efecto susceptibles de ser “decididos”.

<sup>67</sup> Véase J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard, Cambridge, 1971.

<sup>68</sup> J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia, New York, 1996, p. 151, n. 16.

<sup>69</sup> 319 U.S. 624, 638 (1943).

de ninguna elección”. Y añadía, “[n]uestros derechos a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de expresión, a una prensa libre, la libertad de culto y de reunión, y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación”<sup>70</sup>.

Este tipo de concepciones, sin embargo, nos remiten directamente a las circunstancias de profundo desacuerdo resaltadas en el capítulo 1 y que constituyen el punto de partida de esta crítica a los sistemas fuertes de control judicial. Según se dijo, dichas circunstancias forman parte del curso normal y ordinario de la vida política de una sociedad signada por el hecho del pluralismo razonable, por lo cual no cabe esperar que pueda prescindirse de ellas. Por consiguiente, si tomamos en serio estos desacuerdos y los extendemos, en consecuencia, al ámbito de los derechos, notaremos con facilidad las dificultades que se esconden detrás de esta concepción, que al parecer mantiene una vinculación aunque sea remota con la añeja idea iusnaturalista según la cual los derechos constituyen verdades “autoevidentes”, o inscritas en la naturaleza del universo y discernibles por aquellos que están lo suficientemente bien dotados para el razonamiento moral.

Con su énfasis en la necesidad de centrarnos no sólo en una teoría de la justicia que explore cuestiones sustantivas tales como qué derechos tenemos, autores como Waldron, Nino y Bayón han sentado las bases para un cuestionamiento riguroso de esta concepción. En circunstancias de desacuerdo, debemos complementar una teoría de este tipo con una teoría de la autoridad que nos diga además cómo debemos adoptar nuestras decisiones en circunstancias de desacuerdo. Ello explica que el procedimiento de toma de decisión de una comunidad política no puede ser simplemente el de “que prevalezca la mayoría, *siempre que los derechos de las minorías sean respetados*”<sup>71</sup>. La razón por la que esta regla no puede funcionar es la de que necesitamos un mecanismo para la toma de decisiones que nos ayude a determinar, justamente, en qué consisten los derechos que son objeto de discusión. En efecto, los derechos no pueden ser empleados como “triumfos” ante las decisiones mayoritarias cuando lo que está en juego es precisamente una decisión sobre qué derechos tenemos o cuál es el alcance que deberíamos otorgar a estos derechos, decisión que resulta motivada precisamente (valga la redundancia) por el hecho de que

---

<sup>70</sup> En id.

<sup>71</sup> Waldron, “A Right-Based Critique...”, cit., p. 32.

existen desacuerdos profundos en torno a cómo concebir estas cuestiones en el seno de la comunidad. El caso del aborto es paradigmático, y por eso acudiré nuevamente a él. Simplificando un poco las cosas, el debate sobre el aborto enfrenta a posturas antagónicas que niegan o que afirman la existencia de un derecho a la privacidad que permite a una mujer realizar el aborto; los que niegan o afirman que el feto es una persona y que por tanto, tiene o no un derecho a la vida que debe ser protegido por el Estado; etc. ¿Cómo pueden entonces los derechos oponerse a las decisiones mayoritarias cuando lo que se discute es precisamente la existencia o el alcance de los derechos en discusión? En otras palabras, los derechos no pueden ser triunfos sobre los propios derechos (“*trumps cannot trump trumps*”<sup>72</sup>).

Ahora bien, debe hacerse notar que esto no implica que debemos necesariamente rechazar la caracterización de los derechos como triunfos *en contra de* los intereses mayoritarios o de consideraciones de bienestar agregado o colectivo. En tanto que este modo de concebir los derechos intenta responder a la pregunta conceptual acerca de qué son los derechos y qué tipo de función deben desempeñar en el razonamiento práctico, el determinar que las decisiones finales sobre derechos deben quedar en manos de una asamblea legislativa es una respuesta a la pregunta diferente acerca de *cómo* debemos proceder a dotar de contenido concreto a los derechos, es decir, cuál es el procedimiento que debemos emplear para proceder a su reconocimiento y a la delimitación de su alcance. Al ser esto así, ambas proposiciones son compatibles: los derechos son triunfos ante consideraciones colectivistas o de bienestar agregado o mayoritarias, pero las decisiones concretas sobre la manera en que los derechos habrán de ser operativos pueden perfectamente quedar a merced de una asamblea representativa<sup>73</sup>. Está claro que estas

---

<sup>72</sup> Waldron, “Rights and Majorities...”, cit., p. 420.

<sup>73</sup> En el mismo sentido, Nino, cit., p. 270, escribe: “Sin embargo, creo que la visión de los derechos como límite a la democracia –en un sentido lógico– no es plausible. Desde el punto de vista conceptual, los derechos protegen explícitamente *intereses* individuales, poniendo barreras contra las consideraciones basadas sobre los intereses de otros o la sociedad como un todo. Es enteramente cierto que si alguien tuviera derecho a *x*, este derecho, por definición, no podría ser desplazado por el hecho de que los intereses de la mayoría se verían promovidos si esa persona fuera privada de *x*. Pero de esta proposición no podemos inferir que los derechos sean barreras contra todas las decisiones mayoritarias. No sería una inconsistencia lógica sostener que la única autoridad competente para reconocer y poner en vigencia los derechos es la autoridad basada en su origen mayoritario. Si bien se puede sostener que las decisiones mayoritarias benefician los intereses de la mayoría, ésta es una cuestión fáctica y moral pero no vinculada a la lógica del concepto de derecho”. En el mismo sentido, C. S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la*

últimas pueden equivocarse, como también se pueden cometer errores a través de cualquier otro procedimiento de decisión, pero ésta es una cuestión distinta. Lo cierto es que, al decir de Benjamín Barber, “[l]os derechos pueden...constituir triunfos sobre otro tipo de consideraciones, pero sólo en el juego del póker de la política, y sólo en la medida en que las reglas del juego reconozcan su prioridad”<sup>74</sup>.

Conviene recordar además que la idea de los derechos por encima de la política es simplemente insostenible si tomamos en cuenta el hecho de que, en la constitución que se asume como vigente y que consagra los derechos que se pretenden sustraer de las mayorías, la asamblea constituyente ha debido adoptar en un momento previo y en virtud de algún procedimiento *político* esta decisión. Además, y salvo casos muy raros como el alemán con su cláusula de intangibilidad, normalmente los derechos son susceptibles de ser sometidos a un procedimiento de reforma constitucional, por más costosa que ésta sea. Todo esto indica que quienes defienden la idea de los derechos como entidades que no deberían quedar sujetas a la voluntad política defienden una teoría que resulta, cuando menos, incompleta, ya que hacen caso omiso de la necesidad de contar con una teoría de la autoridad que especifique cuáles derechos y delimitados de qué modo habrán de ser sustraídos de las decisiones políticas, algo que se nota con toda claridad cuando se deben adoptar estas decisiones en las asambleas constituyentes. Desde esta perspectiva, puede que las razones para sostener una postura de este tipo se hallen más bien vinculadas hacia el temor que puedan ocasionar las mayorías parlamentarias simples, razón por la cual el momento constituyente se considera un momento adecuado para discutir políticamente estas cuestiones. Lo que esta posición refleja en el fondo entonces no es una propuesta de indisponibilidad total de los derechos por parte del proceso de toma de decisiones políticas, pues de lo contrario ningún catálogo constitucional podría llegar a entrar en vigor. En otras palabras, lo que la concepción objeto de discusión parece exigir es no la “indecidibilidad”, sino más bien el traslado de su decisión a otras instancias, por ejemplo, a una asamblea constituyente. Sin embargo, puesto que será imposible especificar de una vez por todas las posibles aplicaciones de estos derechos, se procede a trasladarnos, por

---

*práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 680 y 687; y P. de Lora, “Two Dogmas of Constitutionalism”, cit., p. 386.

<sup>74</sup> B. Barber, “The Rights of We the People are All the Rights There Are”, en la compilación del mismo autor, *A Passion for Democracy*, cit., pp. 61-2.



segunda vez, a otra instancia de decisión, esta vez a un órgano jurisdiccional<sup>75</sup>. Lo cual demuestra que, al menos en las democracias constitucionales existentes, los derechos no resultan sustraibles al ámbito de las decisiones políticas, sea cual sea el contexto y el procedimiento que se emplee<sup>76</sup>. Una vez que aceptamos todo esto, no se ve la razón por la cual los derechos, o mejor dicho, sus interpretaciones, no puedan ser dejados en manos de una asamblea legislativa. El que ello sea aconsejable o no es justamente lo que ocupa nuestra atención en esta investigación.

Hasta ahora no he criticado la noción misma de los derechos como “triumfos”, sino que he sostenido más bien que esta caracterización responde a una pregunta que se halla en un plano lógico distinto al de la pregunta acerca de quién debe decidir acerca de cuáles serán los derechos que habrán de actuar como triunfos. Algunos autores, sin embargo, ponen en entredicho esta caracterización, sugiriendo que la misma se halla enraizada en una concepción defectuosa o empobrecida de los derechos<sup>77</sup>. Uno de los principales objetivos de esta crítica ha sido en especial la concepción de Ronald Dworkin. Al parecer, la idea de Dworkin sobre los derechos se halla desde su propio origen edificada sobre una imagen que favorece un determinado concepto de los derechos que los hace proclives a hallarse en una situación de inevitable tensión con los procedimientos de decisión mayoritarios, y de allí que una concepción que pretenda dejar los derechos en manos del proceso político debería poder hacer frente al planteamiento dworkiniano.

El argumento de Dworkin puede sintetizarse del siguiente modo. Al igual que Rawls, Dworkin articula su concepción de los derechos en oposición al pensamiento

---

<sup>75</sup> Insisten en ello J. C. Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., pp. 88 y ss.; y J. Goldsworthy, “Legislative Sovereignty and the Rule of Law”, en T. Campbell, K. D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001, pp. 70 y ss.

<sup>76</sup> Por otro lado, y como bien señala N. MacCormick, “Constitutionalism and democracy”, en R. Bellamy (ed.), *Theories and concepts of politics. An introduction*, Manchester, Manchester/New York, 1993, p. 135, el que consideremos que determinados derechos deberían ser tratados como previos o superiores a cualquier otra cuestión no necesariamente significa que esos derechos deban su existencia a cualquier otra cosa que no sea la propia constitución.

<sup>77</sup> Además de la crítica que será expuesta a continuación en el texto, véase, a título de ejemplo, R. H. Pildes, “Why Rights are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism”, *27 Journal of Legal Studies* 725 (1998), quien sugiere que la concepción filosófica de Dworkin difiere de la manera en que los derechos son concebidos por la práctica constitucional. Por lo demás, como bien señala K. E. Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses”, *80 North Carolina Law Review* 773 (2002), pp. 845-6, la metáfora de los derechos como “triumfos” contribuye a oscurecer el hecho de que los derechos son en verdad objeto de desacuerdos profundos, tal como se vio en el capítulo 1.

utilitarista, que es el tipo de consideración al que normalmente se apela en los procedimientos de decisión ordinarios para la toma de decisiones públicas, siempre según Dworkin. Así, el autor mantiene que los legisladores votan expresando sus preferencias, y la decisión a adoptarse deberá ser aquella que se conforme a la mayoría de las preferencias expresadas en el proceso de decisión. Sin embargo, apoyándose en premisas liberales y antiperfeccionistas, Dworkin traza una distinción entre las preferencias “internas” y las preferencias “externas”. Sólo las primeras deberían poder considerarse legítimas, por cuanto que constituyen la expresión de preferencias sobre determinadas opciones individuales que afectan sólo a las personas que poseen dichas preferencias. No obstante, las preferencias externas son aquellas que no se refieren a los intereses de quienes expresan las preferencias, sino que aluden a los intereses de otras personas. Por ejemplo, un legislador racista puede tener una preferencia de que determinados beneficios le sean negados a una minoría racial. La posibilidad de que se verifique este tipo de preferencias hace que los procedimientos de decisión por medios agregativos puedan resultar viciados. Los derechos deberían actuar entonces como “cartas de triunfos” que impidan que determinados tipos de consideraciones entren en el cálculo utilitario de satisfacción de preferencias que se realiza por medio del proceso político ordinario<sup>78</sup>.

La crítica que puede formularse a esta caracterización de los derechos es que Dworkin acaba insertando una teoría de las instituciones dentro de su concepto de los derechos, que hace depender la adecuada protección de éstos de la institución del control judicial, institución ésta ajena al proceso mayoritario<sup>79</sup>. Sin embargo, esto resulta arbitrario una vez que notamos que los legisladores también pueden brindar una deliberación adecuada en las cuestiones en las que puedan resultar involucrados los derechos e intereses de otras personas, que es lo que he intentado argumentar con

---

<sup>78</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 277: “I wish now to propose the following general theory of rights. The concept of an individual political right, in the strong anti-utilitarian sense I distinguished earlier, is a response to the philosophical defects of a utilitarianism that counts external preferences and the practical impossibility of a utilitarianism that does not. It allows us to enjoy the institutions of political democracy, which enforce overall or unrefined utilitarianism, and yet protect the fundamental right of citizens to equal concern and respect by prohibiting decisions that seem, antecedently, likely to have been reached by virtue of the external components of the preferences democracy reveals”.

<sup>79</sup> P. Yowell, *Judicial Review of Legislation and Selected Issues of Institutional Competence*, tesis sometida para la obtención del grado de MPhil. en la Universidad de Oxford, 2004, pp. 27 y 30.

anterioridad<sup>80</sup>. El proceso legislativo no necesariamente debe verse como un foro en el que prima la agregación de intereses egoístas sin ningún tipo de consideración hacia cuestiones de principios y de moralidad política. Una vez que vemos las cosas desde esta perspectiva, la noción de los derechos como “triumfos”, entendido en este caso como un correctivo externo al proceso mayoritario, pierde no sólo gran parte de su fuerza sino también parte de su razón de ser. De allí que algunos autores hayan sugerido que los derechos no deben ser concebidos como triunfos en contra de consideraciones sobre el bien común sino como *constitutivos* del bien común o del bienestar público de una sociedad, los cuales presumiblemente deben ser promovidos de manera primordial por medio de sus instituciones políticas y representativas<sup>81</sup>. Una vez que esto es puesto de relieve, “el atractivo superficial de la distinción tajante de Dworkin entre el rol de los tribunales, concebidos en términos de la protección de los derechos, y el de las legislaturas, concebido en términos de la promoción de los intereses colectivos, desaparece”<sup>82</sup>.

Por último, y para dar por concluido este epígrafe, debe recordarse que la idea de los derechos es atribuida a las personas en función a su consideración como agentes racionales dotados de la facultad de deliberar moralmente, conforme pudimos ver al inicio de este capítulo. Desde esta perspectiva, podría decirse que la imagen reflejada por la idea del “coto vedado”, entendido en el sentido de que los derechos se hallan fuera o por encima del alcance de las personas a quienes se concede dichos derechos, que no podrán ya decidir sobre cómo los derechos deberán ser entendidos y aplicados en la práctica, el modo en el que serán interpretados en circunstancias particulares, o la forma en la que deberán balancearse ante otros derechos o consideraciones morales, en fin, todas estas circunstancias serán ajenas a los sujetos portadores de derechos. Sin embargo,

---

<sup>80</sup> Michelman, “Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life”, cit., p. 164, también hace notar esto, aunque aplicado no al contexto legislativo sino a la generalidad de los ciudadanos: “The Ronald Dworkin who defends abortion rights...on the grounds of the intrinsic value of individual responsibility for moral discernment and choice cannot easily claim belief in deep-seated lack of will or ability, in the mass of the people, for political-moral judgmental engagement”.

<sup>81</sup> R. P. George, “Individual Rights, Collective Interests, Public Law, and American Politics”, 8 *Law and Philosophy* 245 (1989), pp. 253-4. En parecidos términos se expide Pildes, “Why Rights are not Trumps...”, cit. Para una caracterización de los derechos que pone énfasis en su dimensión objetiva y no meramente subjetiva, véase además J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1986; y J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980.

<sup>82</sup> George, cit., pp. 246-7.

esto supondría en cierta forma tratar a las personas como seres moralmente incapaces a los que los derechos deben atribuirse “desde arriba”, por ejemplo, a través de las cavilaciones de algún filósofo o de algún tribunal constitucional<sup>83</sup>. Y esto no sólo parece contradecir las razones en virtud de las cuales asignamos derechos a las personas (autonomía, capacidad de deliberación moral, responsabilidad, etc.), sino que además, no deja de ser, en cierto modo, una especie de tiranía<sup>84</sup>.

b) *¿Foro de principios?*

Uno de los responsables de lo que Larry Kramer denomina como “la curiosa noción de los tribunales como foros de principios”<sup>85</sup>, es nuevamente Ronald Dworkin. Como acaba de verse, su teoría según la cual el proceso parlamentario podía degenerar dando cabida a la expresión de preferencias externas, intentó sentar las bases para el alejamiento de éstas de las altas cuestiones de principios y a reclamar un rol más activo para los tribunales en este tipo de cuestiones. Para ser rigurosos, cabe señalar que el argumento del foro de principios puede ser rastreado incluso más atrás en el tiempo, y que

---

<sup>83</sup> Sobre el punto, véase además Laporta, “El ámbito de la Constitución”, cit., p. 478. Para demostrar que estas ideas no son completamente ajenas a los cánones del pensamiento político-constitucional de la tradición política de occidente, traigo a colación el pensamiento de Locke. La tradición constitucional ha pretendido con no poca frecuencia buscar apoyo en la tesis de la limitación del poder por medio de los derechos naturales, y a veces ha pretendido derivar de esta concepción lockeana la necesidad de implementar mecanismos institucionales que hagan efectiva la imposición de límites a la legislatura, como por ejemplo, por vía del control judicial. Sin embargo, según la lectura que realiza Waldron de Locke, ninguna de estas derivaciones son necesarias, ya que Locke no pretendía la imposición de ningún diseño institucional determinado, sino que sus postulados normativos buscaban más bien apoyo en la cultura política y en un entendimiento concreto de la labor parlamentaria. “Gobernar, según Locke, es realizar un juicio público acerca de lo que el derecho natural requiere –tanto en general como en los detalles– y fijar dicho juicio como una base para la coordinación social y el ejercicio del poder. Y eso es lo que hace una legislatura lockeana. Salvo que alguien proponga una legislatura bicameral (algo con lo cual Locke no tuvo ninguna dificultad), no hay ninguna necesidad para una institución *adicional* que controle si los actos de la legislatura resultan acordes con el derecho natural. En eso *consiste* el legislar; esa es la función que los legisladores deben cumplir mientras deliberan y votan. Hasta el punto en que los miembros de la sociedad estén en desacuerdo sobre esto –hasta el punto en que los límites del derecho natural resulten controvertidos– la legislación *es* justamente el enjuiciamiento de estas controversias” (Waldron, *Law and Disagreement*, cit., pp. 308-9. Véase además el capítulo respectivo de J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge, 1999.)

<sup>84</sup> Sobre el punto, véase la discusión, *infra*, apartado 5, epígrafe b).

<sup>85</sup> Kramer, “Popular Constitutionalism...”, cit., p. 964.

conecta con la escuela jurisprudencial del “legal process school” a la que se hacía alusión en el capítulo anterior<sup>86</sup>. Así, nombres como los de Hart y Sacks, Hebert Wechsler, Alexander Bickel y otros aparecen vinculados a esta concepción. Por ejemplo, este último, en su estudio clásico sobre la dificultad contramayoritaria, escribía que los “tribunales poseen ciertas capacidades para lidiar con cuestiones de principio de las que las legislaturas y los órganos ejecutivos carecen”<sup>87</sup>. Éstas y otras ideas similares han hallado arraigo en un importante segmento de la teoría constitucional contemporánea. De todos modos, para enfocar mejor el problema, utilizaré la concepción de Dworkin como referencia en la discusión que sigue, que ha sido probablemente la más influyente en los últimos años.

Para comenzar, sería bueno reparar nuevamente en la distinción sobre la que ya se había llamado la atención más arriba entre “principios” y “objetivos colectivos”<sup>88</sup>. Pudo verse que Dworkin distingue principalmente entre dos tipos de razones o argumentos que pueden emplearse para justificar una decisión política. Por un lado, están los argumentos “de principio” que nos dicen que un determinado curso de acción debe adoptarse prestando atención al impacto que podría causar en los derechos individuales. Por otro lado, están los argumentos que aconsejan que una decisión sea adoptada en razón de que atiende a objetivos sociales colectivos: la seguridad nacional, la prosperidad económica del país, etc.<sup>89</sup> En tanto que los argumentos que atienden a objetivos sociales colectivos se basan en el interés general o en el bienestar colectivo, los argumentos de principio se basan en derechos. A criterio de Dworkin, no resulta aconsejable dejar las cuestiones sobre principios a cuidado del proceso político mayoritario. De conformidad a la

---

<sup>86</sup> Una útil discusión histórica en G. E. White, “The Arrival of History in Constitutional Scholarship”, 88 *Virginia Law Review* 485 (2002), pp. 543 y ss., quien da cuenta de cómo los académicos de los años 50 y 60 comenzaron a poner énfasis en la aptitud de los tribunales de centrarse en decisiones que involucraban principios constitucionales, e incluye entre estos autores a Hart y Sacks con sus materiales sobre el *Legal Process* y a Wechsler con su famoso artículo sobre los principios neutrales. A su vez, Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation...”, cit., pp. 808 y ss., vincula la discusión con la distinción trazada por el juez Marshall en *Marbury v. Madison* entre “derecho” y “política”, distinción que vuelve a ser recogida por la teoría constitucional tras los embates del realismo jurídico como una manera de justificar el control judicial.

<sup>87</sup> A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962, pp. 25-6.

<sup>88</sup> Véase, *supra*, apartado 2, epígrafe a).

<sup>89</sup> Véase, por ejemplo, Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 83-4 y 90-2; y Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., pp. 2-3.

tendencia a caracterizar al proceso político en términos peyorativos, Dworkin alega que dicho proceso se halla “dominado por alianzas políticas que se forman en torno a un asunto y que emplean las tácticas familiares de los grupos de presión para sobornar o chantajear a los legisladores de modo a que voten como éstos deseen”. Además, “[l]a política ordinaria generalmente tiende...al compromiso que otorga a todos los grupos poderosos lo que desean para prevenir su desafección, y el argumento razonado que elabora los principios morales subyacentes rara vez forma parte o está presente o es afín a dichos compromisos”. Afortunadamente, siempre según Dworkin, “contamos con una institución que rescata a ciertos asuntos del campo de batalla de la política del poder y los trae al foro de los principios”<sup>90</sup>. Por supuesto, dicha institución es nada menos que el control judicial<sup>91</sup>. De este modo, se asegura que finalmente, “nuestros más fundamentales conflictos entre el individuo y la sociedad constituirán de una vez, en algún lugar, finalmente, cuestiones de justicia”<sup>92</sup>.

Ya hemos visto tres defectos de los que padece esta concepción. En primer lugar, asume que el proceso político es incapaz de atender debidamente a cuestiones de principios y de moralidad política, algo que no necesariamente se sigue de una adecuada concepción de la participación ciudadana y del proceso político. Al decir de Keith Whittington, los debates extrajudiciales sobre la acción afirmativa, la eutanasia, la pena de muerte, la pornografía, el problema de las plegarias escolares, los derechos de los homosexuales, la privacidad en internet, el acoso sexual, el control de las armas y otros temas similares “reflejan una sostenida preocupación hacia los derechos individuales, los valores constitucionales, y los principios políticos”. Independientemente a que podamos estar o no de acuerdo con el resultado de estos debates, “resulta difícil mantener que dichas decisiones extrajudiciales son desconsideradas o que descuidan consideraciones

---

<sup>90</sup> R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Cambridge, 1996, pp. 344-5.

<sup>91</sup> Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., p. 11: “judges do and should rest their judgments on controversial cases on arguments of political principle, but not in arguments of political policy...”. Conviene hacer notar que, como han señalado algunos autores, como tesis descriptiva, la teoría del foro de principios es inadecuada, pues los tribunales también hacen evaluaciones de “policies” al dictar sus sentencias. Véase, por ejemplo, la crítica de M. A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard, Cambridge, 1988.

<sup>92</sup> Dworkin, *Freedom's Law...*, cit., p. 31.

sobre la justicia y los principios”<sup>93</sup>. Además, como se vio en el capítulo anterior, el proceso jurisdiccional se halla seriamente condicionado por diversos factores institucionales y políticos que le impiden llevar a cabo un discurso adecuado sobre principios y moralidad política<sup>94</sup>. Finalmente, es probable que el aspecto peyorativo de la política que resalta Dworkin sea más acuciante en el ámbito de las políticas colectivas, que es justamente el ámbito en el que los tribunales han sido más reticentes a intervenir, y aquel para el cual Dworkin no sugiere ningún tipo de intervención.

Sin embargo, en este epígrafe me gustaría centrar la atención en otra de las consecuencias que se derivarían de la propuesta de Dworkin de erigir a los tribunales en “foros de principio”, y que refuerzan la convicción sobre la necesidad de dignificar el proceso político en lugar de presentarlo en forma peyorativa como lo hace Dworkin. Es probable que esta caracterización se deba en buena medida a que Dworkin asume un fuerte compromiso con la idea de los derechos individuales, y que detrás de su propuesta se halle el afán de asegurar la más adecuada protección posible para los derechos. Según esta posición, que de buenas a primeras no deja de tener su dosis de sentido común, las decisiones sobre principios serían demasiado importantes como para ser dejadas al cuidado de las instituciones mayoritarias.

Cabe preguntarse, sin embargo, si al proceder de este modo no estaríamos traicionando al mismo tiempo algunas de las razones por las que los derechos individuales deben considerarse como valiosos. Como pudo verse más arriba, las razones por las que atribuimos a las personas derechos se hallan vinculadas a una consideración de las personas como seres morales y autónomos capaces deliberar y de forjarse de manera responsable una concepción propia sobre la buena vida. En el capítulo 2 vimos además que esta concepción liberal, aplicada al ámbito público, parece exigir que las personas también tengan la capacidad, actuando con sus semejantes como iguales, de definir en términos equitativos un esquema básico para la cooperación social. Dicha concepción parece reclamar para las personas, consideradas en tanto que ciudadanos, la

---

<sup>93</sup> Whittington, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation...”, cit., pp. 820-21.

<sup>94</sup> En efecto, la excesiva idealización del proceso de decisión judicial de Dworkin le ha valido el mote de “el último idealista judicial”. Véase, C. Romano, “The Last Judicial Idealist?”, 52 *The Chronicle Review* B13 (2006), disponible en:

<http://chronicle.com/temp/reprint.php?id=fszrkmqbp4gzsvbry8yyr0rlzdctycrc>.

posibilidad de tomar parte de manera activa en la configuración del orden social y político de la comunidad de la que forman parte. Vimos además que la aspiración participativa constituye una reivindicación que no se reduce a reclamar una cuota participativa en las cuestiones más secundarias o más triviales de la política, renunciándose así a las cuestiones más importantes de moralidad política. Todo lo contrario, si deseamos ser consecuentes, el derecho a la participación que concibe al ciudadano como agente racional portador de derechos nos llevaría a suponer que ha de considerársele capaz no sólo de intervenir en las cuestiones meramente agregativas o vinculadas al desarrollo de las políticas públicas, donde priman la transacción y al compromiso, etc., sino que está también capacitado para intervenir en la decisión de las más elevadas e importantes cuestiones de principio que atañen a la vida de su comunidad. Desde esta perspectiva, el proclamar que sólo los jueces pueden ser guardianes de principio pero no así los ciudadanos o sus representantes puede muy bien constituir una falta de respeto a las capacidades morales y deliberativas de estos últimos<sup>95</sup>.

La fuerza de los argumentos basados en el derecho a la participación y el autogobierno son tales que el propio Dworkin ha debido admitir en sus trabajos posteriores que las legislaturas también deben ser guardianes de principios<sup>96</sup>, aunque siempre en el contexto de una teoría en la que el control judicial constituye una pieza fundamental. También otros autores de orientación liberal parecen tomar distancia o al menos tienden a matizar las implicaciones más radicales a las que conduciría la idea de los tribunales como foro de principios. Así, John Rawls, el más importante de los filósofos liberales contemporáneos, a pesar de que concibe a la Corte Suprema como el

---

<sup>95</sup> En un bello paisaje, Waldron expresa esta inquietud con elocuencia: “La gente luchó largo y tendido por el voto y por la representación democrática. Querían tener el derecho a gobernarse a sí mismos, no sólo en los asuntos mundanos de la política, sino también en las altas cuestiones de principio. Se rechazó la concepción platónica de que las personas son incapaces de pensar debidamente sobre cuestiones de principio. Piénsese en las luchas que se han librado, en Gran Bretaña, Europa y América – primero para la abolición de las restricciones basadas en la propiedad, después por la extensión de la franquicia a las mujeres, y en tercer lugar, por acabar con el legado de la negación de los derechos civiles en el contexto del racismo norteamericano. En todas estas batallas, la gente pagó tributo a la aspiración democrática del autogobierno, sin haber tenido la sensación de que la misma debía quedar confinada a las sutilezas intersticias de la política que restan para ser decididas después de que una elite de abogados haya decidido sobre los principales asuntos de principio”. (Waldron, “A Right-Based Critique...”, cit., p. 49. Véase además Waldron, “Rights and Majorities...”, cit., p. 421.)

<sup>96</sup> Dworkin, *Freedom's Law...*, cit., p. 31.



“ejemplar de la razón pública”, ha reconocido que las demás ramas de gobierno también pueden llegar a constituir foros de principio al debatir sobre cuestiones constitucionales<sup>97</sup>. Los teóricos de la democracia deliberativa Gutmann y Thompson se pronuncian asimismo en contra de la concepción según la cual “las legislaturas son incapaces, o al menos demostrablemente menos capaces, de tomar en consideración principios morales al hacer las leyes”<sup>98</sup>. A su vez, entre los constitucionalistas norteamericanos, Cass Sunstein ha señalado que en todas las democracias constitucionales que funcionen de manera adecuada, “el verdadero foro para los altos principios es la política, no la judicatura – y los más fundamentales principios son desarrollados de manera democrática, no en los tribunales”<sup>99</sup>.

Una crítica que también se desprende del planteamiento del foro de los principios se halla más estrechamente relacionada con la concepción específica que Dworkin posee de los derechos individuales, la cual parece hallar un difícil acomodo para la categoría de los derechos sociales y económicos. Sin embargo, una vez que trascendemos esta estrecha concepción de los derechos e introducimos los derechos socioeconómicos entre las consideraciones morales dignas de ser tenidas en cuenta y protegidas en una comunidad política, la concepción del foro de los principios acaba complicándose todavía más. En efecto, dada la presencia de estos derechos en casi todos los problemas sociales contemporáneos, si nos ciñéramos a las prescripciones de la concepción del foro de principios de manera estricta, entonces los jueces acabarían teniendo la última palabra en casi todas las cuestiones que afectan a una sociedad bien ordenada contemporánea<sup>100</sup>.

Otro argumento que también arrojaría algunas dudas sobre la idea del foro de principios, a la vez de movernos a reflexionar sobre las posibilidades del proceso político

---

<sup>97</sup> Rawls, *Political Liberalism*, cit., p. 240.

<sup>98</sup> A. Gutmann y D. Thompson, “Moral Disagreement in a Democracy”, en E. Frankel Paul, F. D. Miller, Jr., y J. Paul, *Contemporary Political and Social Philosophy*, Cambridge, Cambridge, 1995, p. 106.

<sup>99</sup> C. R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, New York/Oxford, 1996, p. 7. Por esta razón, Sunstein defiende una concepción de la interpretación constitucional basada en la noción de “acuerdos incompletamente teorizados” y en el “minimalismo judicial”. A su vez, en su obra *The Partial Constitution*, Harvard, Cambridge/London, 1993, p. 146, el autor escribe: “...the Court was never intended to be the only principled institution in our history. On the contrary, the major reflections of principled deliberation in the American history have come from Congress and the President, not the courts”.

<sup>100</sup> Nino, *Fundamentos de derecho constitucional...*, cit., pp. 683-4.

como espacio dignificado para la adopción de decisiones colectivas, tiene que ver con el valor que podría tener el compromiso como medio de resolver los desacuerdos de la sociedad cuando la adopción de una decisión se hace ineludible. Según se vio, la imagen del foro de principios es presentada en contraposición a la imagen del compromiso, el regateo, la negociación, y otros medios que son también característicos del proceso político ordinario pero que, según es frecuente asumir, no son aptos para ser aplicados al ámbito de los derechos. En efecto, como pudo verse en el epígrafe anterior, normalmente se ha tendido a contraponer los derechos precisamente a consideraciones de este tipo. Los derechos no deben ser objeto de regateos ni de ningún tipo de transacciones en el espacio político. Una vez que admitimos esta posibilidad, se corre el riesgo de que la función de los derechos en el discurso político y moral quede anulada. Sin embargo, esta concepción, llevada a sus extremos, puede llegar a desconocer que el resolver cuestiones por medio del compromiso en la arena política puede en ciertas ocasiones tener algunas ventajas sobre su resolución por medio de un foro judicial de conformidad al discurso de los principios. No siempre que se adopte una decisión o se resuelva un conflicto social por medio del compromiso político debe desecharse por ilegítima esta manera de arribar a una solución. En efecto, el compromiso puede a veces contribuir a conciliar posturas antagónicas, a buscar, en la medida de lo posible, puntos medios en un debate altamente polarizado, posibilitando de esta forma la cooperación social. Al procederse de este modo, el arreglo por medio del compromiso político puede contribuir a promover la empatía, la moderación, y en general, el respeto hacia las opiniones ajenas, así como un sentido de pertenencia y solidaridad comunal<sup>101</sup>. Por lo demás, al decir de los constitucionalistas Devins y Fisher, los asuntos cargados de emotividad y altamente divisivos se resuelven mejor por medio de compromisos políticos que puedan dar con soluciones transaccionales, en lugar de hacerlo a través de un pronunciamiento judicial absolutista y rígido<sup>102</sup>, que es lo que parece aconsejar la imagen del foro de los principios.

---

<sup>101</sup> En "Abortion and Divorce Law in Western Law", M. A. Glendon defendió el tratamiento del problema del aborto por medio del proceso legislativo, contrastando experiencias como la francesa con la norteamericana, señalando la superioridad de un enfoque no judicializado que permitiera arribar a una solución por medios más adecuados y eficaces. Una síntesis útil, junto con un intercambio con L. H. Tribe, en M. Tushnet y V. C. Jackson, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999, pp. 140-1.

<sup>102</sup> N. Devins y L. Fisher, "Judicial Exclusivity and Political Instability", 84 *Virginia Law Review* 83 (1998), p. 105.

A su vez, esto último nos conduce a otro tema distinto aunque relacionado, acerca del cual formularé sólo unas breves consideraciones más bien tentativas. Suele decirse que la justicia constitucional puede desempeñar una labor de “pacificación”, ya que las fuerzas políticas en conflicto pueden acudir a una instancia imparcial para resolver sus contiendas políticas empleando como referencia la constitución, a la cual se presume que todos los grupos se adhieren<sup>103</sup>. En este sentido, algunos autores consideran que es positivo que la justicia constitucional sea competente para decidir en última instancia en cuestiones morales y políticas altamente controvertidas que polarizan a la comunidad, pues ello puede contribuir a quitarle un peso de encima y a relajar de esta manera la crispación de los ánimos. Ahora bien, más allá de esta supuesta virtud pacificadora de la justicia constitucional, cabe hacer notar que la misma puede resultar verdadera para ciertas situaciones pero no para otras. Piénsese en la enorme frustración y en el empleo de métodos violentos como el asalto a las clínicas que practicaban el aborto que siguieron a la decisión en *Roe v. Wade*<sup>104</sup>, por no hablar ya de la sangrienta guerra civil que desató en los Estados Unidos la decisión *Dred Scott v. Sandford*<sup>105</sup>. Muchas veces un fallo judicial puede exacerbar los ánimos antes que contribuir a la función de apaciguamiento, como lo demuestra la extremada polarización y las reacciones que han surgido en los Estados Unidos tras algunas decisiones polémicas. Quizás la explicación de esto radique, al menos en parte, en el distinto tipo de mensajes y de simbolismos que emanan de una decisión democrática, cuyo carácter es más bien tentativo, y las decisiones judiciales, que tienden a presentarse de manera más absoluta y categórica. Al decir del iusfilósofo Andrei Marmor, cuando un tribunal decide una cuestión constitucional la decisión reviste una especie de tono atemporal, como si declarara una verdad moral eterna, lo cual conlleva el mensaje de que las profundas convicciones morales de la parte perdedora son erróneas. A diferencia de ello, una decisión democrática no suele ser concebida de este

---

<sup>103</sup> Por ejemplo, H. Simon, “La jurisdicción constitucional”, en E. Benda *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001, p. 846, señala que la jurisdicción constitucional desempeña, “mediante su interpretación y aplicación en los procesos pluralistas de composición de intereses, una función pacificadora mantenedora y desarrolladora de consenso”; y G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, p. 40, alude al del destronamiento de la ley a favor de una instancia más alta, que asume “la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas y concurrenciales”.

<sup>104</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>105</sup> 60 U.S. 393 (1857).

modo. Su mensaje a la facción que ha salido derrotada implica solamente que en esta ocasión no han salido airosos, pero que quizás podrían obtener una victoria en el futuro si es que logran convencer a un número suficiente de sus conciudadanos, sin que ello represente que estén moralmente equivocados o que sus principios riñan con los valores más profundos a los que la comunidad se adhiere<sup>106</sup>.

En conclusión, ¿significa todo lo dicho hasta aquí que debemos rechazar completamente la idea de los tribunales como foro de principios en los que decidir la suerte de los derechos fundamentales que habrán de tener vigencia en una sociedad bien ordenada? En la medida en que dicha concepción pueda realizar alguna contribución al discurso sobre los derechos, ya sea ayudando a disciplinar el discurso político o colaborando a que el mismo sea conducido con arreglo a consideraciones de principio, como sugiere Dworkin, quizás dicha concepción pueda ser aprovechada en un contexto institucional en el que, a pesar de que se contempla la posibilidad de alguna forma de control judicial, no se asigna la última palabra a los órganos jurisdiccionales, sino que la misma es retenida por la asamblea legislativa. Dichos sistemas, como hemos visto, no quedan comprendidos en el ámbito de la presente crítica al control judicial de la ley, y en consecuencia, quizás la idea de los tribunales como foros de principios podría hallar cabida dentro de los mismos. De todas maneras, y teniendo en cuenta la concepción de la participación política que he intentado defender, no debe perderse de vista que, como ha dicho Tushnet, “no necesitamos tener un tribunal que invalide leyes –un tribunal con el poder del control judicial– para tener disponible entre nosotros un lenguaje vibrante sobre los derechos fundamentales”<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2ª ed., Hart, Oxford/Portland, 2005, pp. 153-4. Por lo demás, así como se insiste en la supuesta virtud pacificadora de la justicia constitucional, no debe olvidarse que el proceso democrático en sí también cumple una función de pacificación. Como nos recuerda Bobbio, el método democrático vendría a ser el sustituto funcional del uso de la fuerza para la solución de los conflictos sociales: “El debate en vez del enfrentamiento físico, y después del debate el voto en vez de eliminar físicamente al adversario”. N. Bobbio, *Crisis de la democracia*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 12. Quizás este recordatorio nos ayude también a recobrar una cierta simetría de virtudes entre la justicia constitucional y la democracia mayoritaria como procedimientos para la adopción de decisiones colectivas.

<sup>107</sup> M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, Princeton, 1999, p. 168. En el mismo sentido, Campbell, “Human Rights: A Culture of Controversy”, cit., p 207, escribe: “A culture of rights may be political rather than legal in its nature, preferring debate to litigation and voting in representative assemblies to voting in the court room, particularly when fundamental interests are at stake”.

4. LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y SU PROTECCIÓN POR MEDIO DEL PROCESO  
DEMOCRÁTICO-MAYORITARIO

Para el teórico de la democracia Robert Dahl, “[e]l proceso democrático es una apuesta a la posibilidad de que un pueblo, obrando en forma autónoma, pueda aprender a hacerlo correctamente”<sup>108</sup>. Esta observación adquiere una especial relevancia en el contexto de una teoría que pretenda dejar los derechos al cuidado del proceso democrático-mayoritario. El peligro de que dicho proceso pueda degenerar en alguna forma de tiranía de la mayoría u otras situaciones patológicas nos obligan a realizar algunas consideraciones sobre las eventuales relaciones entre el método de decisión por mayorías, los derechos, los órganos jurisdiccionales y el proceso democrático. En lo que resta de este capítulo me dedicaré a explorar algunas de estas cuestiones.

Uno de mis objetivos es el de resaltar que el control jurisdiccional de constitucionalidad resulta no sólo difícil de justificar como procedimiento para la adopción final de decisiones en materia de derechos, sino que además, en las sociedades bien ordenadas, que son las que ocupan nuestra atención en esta investigación, un procedimiento de este tipo podría resultar superfluo de cara al objetivo específico de la promoción de los derechos, en tanto que en otro tipo de sociedades podría resultar, al decir de Juan Carlos Bayón, clamorosamente insuficiente<sup>109</sup>. Contra la postura según la cual el dejar los derechos al cuidado del proceso democrático entrañaría el riesgo de degenerar en algún tipo de “tiranía de la mayoría” u otro tipo de patologías, intentaré argumentar que, en las sociedades bien ordenadas, nada autoriza a suponer que las instituciones mayoritarias tiendan a desembocar de manera inexorable en dichas patologías, en tanto que en las sociedades aquejadas de ciertas patologías puede que la institución del control judicial no sirva de mucho para evitar o corregir situaciones insostenibles para los derechos individuales o de los grupos minoritarios. En este sentido, lo que pretendo someter a cuestionamiento no es la tesis según la cual las mayorías no

---

<sup>108</sup> R. A. Dahl, *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 232.

<sup>109</sup> Bayón, “Democracia, derechos y Constitución”, cit., pp. 221-2. Para una versión similar de este argumento, véase además De Lora, “Two Dogmas of Constitutionalism”, cit., p. 257.

puedan conculcar nunca los derechos de una minoría, algo que es patentemente falso, ya que cualquier procedimiento para la toma de decisiones colectivas puede cometer una injusticia, incluido el control judicial, conforme se señaló en el capítulo anterior. Lo que pretendo poner en entredicho es más bien, en primer lugar, la tesis según la cual las mayorías tienden sistemáticamente y por su propia lógica a violar los derechos de las minorías<sup>110</sup>; y en segundo lugar, aquella según la cual de ser cierto esto último, se derivaría la necesidad de contar con un procedimiento como el control judicial de la ley para evitar una situación de vulneración sistemática hacia los derechos<sup>111</sup>.

Aunque todo esto pueda parecer una obviedad, para defender la institución del control judicial no ha sido infrecuente apelar al argumento de que los derechos son demasiado importantes como para ser dejados en manos de meras mayorías parlamentarias, sobre todo, aunque no exclusivamente<sup>112</sup>, en el contexto norteamericano, en el que a raíz de los hechos históricos sintetizados en la introducción, los derechos fueron colocados en una especie de relación de tensión o de oposición al proceso político mayoritario<sup>113</sup>. Al decir del profesor de Harvard Richard Parker, “la *misión* que anima al derecho constitucional moderno es convencionalmente descrita como la corrección de las fallas que según se alega son endémicas a la regla mayoritaria”<sup>114</sup>. De hecho los derechos

---

<sup>110</sup> Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., p. 97, formula la misma aclaración.

<sup>111</sup> Parece suscribir esta posición Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, cit., p. 37: “es un hecho que las sociedades humanas, en ciertas circunstancias, buscan oprimir a las minorías, negando los derechos individuales de sus miembros”. Sobre el tema, existe una literatura abundante en el ámbito del “social choice theory”, la cual no será abordada aquí a profundidad. Un estudio desde esta escuela que intenta dar sustento a la tesis de que las mayorías no vulneran de manera sistemática los intereses de las minorías es el de N. R. Miller, “Majority and Minority Interests”, en I. Shapiro y R. Hardin (eds.), *Political Order*, New York University Press, New York/London, 1996, capítulo 9.

<sup>112</sup> Véase, por ejemplo, la discusión obrante en R. Alexy, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 39 y ss.

<sup>113</sup> Véase el capítulo introductorio, apartado 1. A título de ejemplo, M. Rosenfeld, “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts”, 2 *International Journal of Constitutional Law* 633 (2004), p. 652, afirma que prevenir el problema de la tiranía de la mayoría fue uno de los principales objetivos de los “framers”. A lo cual K. L. Yingling, “Justifying the Judiciary: A Majoritarian Response to the Countermajoritarian Problem”, 15 *Journal of Law and Politics* 81 (1999), p. 104, añade: “Still, probably the most often cited reason for having judicial review is founded on the ideal of the Court as the protector of minority rights”.

<sup>114</sup> Parker, *Here The People Rule...*, cit., p. 69. Y más adelante, p. 89, alude a la creencia común del discurso constitucional según la cual la energía política de la mayoría de la gente ordinaria es peligrosa y que puede tender hacia el prejuicio, la intolerancia y la tiranía. A su vez, R. E. Zietlow, *Enforcing Equality. Congress, the Constitution, and the Protection of Individual Rights*, NYU, New

son importantes, como sugiere este argumento, pero eso no significa, como tendremos ocasión de ver, que no puedan dejarse al cuidado del proceso democrático-mayoritario. Además, de alguna manera parece ser que el argumento de la protección de las minorías siempre tiende a reflotar cuando se muestra la insuficiencia de justificar el control judicial sobre otras bases. Quizás la impronta que dejó el anómalo Tribunal Warren en la conciencia jurídica nos haya legado una imagen romántica de la Corte Suprema como garante de los derechos de las minorías. Pero más allá de que se trató de un tribunal anómalo, esta imagen no siempre resiste al análisis, y además, la misma debe ser confrontada igualmente con los resultados que nos ha dejado la institución en otras etapas de su historia, entre los que se encuentran no sólo datos de lejana memoria, sino algunas decisiones del conservador Tribunal Rehnquist, así como las perspectivas nada halagüeñas, sobre todo desde una perspectiva liberal-igualitaria, del tribunal que sucederá a éste de aquí a las próximas décadas<sup>115</sup>.

Otro punto a tener en cuenta es que conviene ser cautos ante una actitud que algunos consideran se halla muy arraigada en la conciencia jurídico-constitucional, quizás ya desde *Marbury v. Madison*. Según este entendimiento, todos los males serios de la sociedad deben necesariamente ser reparados por medio del sistema judicial. Pero como señala Michael Klarman, dados los constreñimientos institucionales distintos que afectan a los órganos jurisdiccionales, en un sistema democrático debemos admitir que al menos algunos males ostensibles de la sociedad deben ser reparados primordialmente por otros medios y no necesariamente por vía judicial<sup>116</sup>. Además, paralelamente debe admitirse que no todo aquello nos produce un profundo desagrado debe siempre y necesariamente ser considerado como “inconstitucional”. En las páginas sucesivas intentaré también dar sustento en cierta medida a estas proposiciones.

Teniendo todo esto en mente, en lo que sigue proseguiremos del siguiente modo. En el presente apartado, abordaré en primer término algunos de los problemas vinculados a los procedimientos de decisión basados en el método mayoritario. Seguidamente,

---

York/London, 2006, p. 1, nos recuerda que para los constitucionalistas norteamericanos, constituye un axioma el que los protectores principales de los derechos individuales sean los tribunales.

<sup>115</sup> Sobre estas cautelas, véase el apartado 1, epígrafe c), del capítulo introductorio.

<sup>116</sup> M. J. Klarman, “The Puzzling Resistance to Political Process Theory”, 77 *Virginia Law Review* 747 (1991), p. 824.

emplearé como contexto el caso norteamericano para intentar demostrar que la propuesta de dejar los derechos al cuidado del proceso político puede resultar no sólo plausible sino además, imprescindible, sembrando de paso algunas dudas sobre la capacidad de los tribunales de defender adecuadamente a las minorías. La discusión sobre las situaciones patológicas, incluido el problema de la tiranía de la mayoría y otras situaciones similares, serán abordadas en el apartado 5.

*a) Algunas nociones introductorias sobre la regla de la mayoría como método de decisión*

Antes que nada, conviene recordar que la tesis central defendida en esta investigación aboga a favor de un diseño institucional que otorga al parlamento la decisión final sobre la interpretación y el alcance de los derechos que habrán de tener vigencia en una sociedad bien ordenada. Esto es así más allá de la existencia de un catálogo abstracto de derechos que no resuelve de una vez por todas las cuestiones que puedan surgir con relación a los derechos, menos aún tomando en cuenta las circunstancias del pluralismo razonable que exacerban los desacuerdos que los ciudadanos de una sociedad libre mantienen sobre cuestiones fundamentales de moralidad política.

Existen, sin embargo, dos problemas distintos involucrados en la propuesta de atribuir a un determinado órgano la decisión final, ya se trate del legislativo o de un órgano jurisdiccional, los cuales deben ser adecuadamente distinguidos si deseamos lograr una mayor claridad sobre la problemática involucrada en la propuesta. En primer lugar, está la pregunta acerca de *quién* decide, en este caso, una asamblea legislativa o un órgano jurisdiccional; y en segundo término, está la pregunta acerca de *cómo* lo hace, es decir, en virtud a qué métodos de decisión se adoptan las determinaciones en dicho órgano. En lo que hace a esta última pregunta, y salvo determinados contextos, como el que se da en los momentos constituyentes, el método de decisión que se emplea normalmente en las democracias contemporáneas en el curso ordinario de su vida política



es el de la regla mayoritaria simple<sup>117</sup>. Pero lo cierto es que los órganos jurisdiccionales, en la medida en que se trate de tribunales colegiados, también emplean normalmente la regla mayoritaria simple como método normal para la adopción de decisiones<sup>118</sup>. La utilización de esta regla en sede jurisdiccional no es en modo alguno un asunto trivial. En primer lugar, si es que dicha regla es utilizada, ello quizás se deba a que la misma posee ciertas cualidades que hacen propicio su empleo en determinados contextos en los que un órgano colegiado debe adoptar una decisión colectiva. A su vez, el empleo de esta regla en sede jurisdiccional viene a prestar refuerzo a la idea de las circunstancias del desacuerdo que caracteriza al discurso sobre los derechos, y nos muestra nuevamente la necesidad de completar cualquier teoría sustantiva sobre los derechos con una teoría de la autoridad que nos indique cómo resolver los desacuerdos que se producen a nivel de las distintas concepciones sustantivas, las cuales también se hallan presentes en las deliberaciones de los tribunales. Puesto que los jueces que deben adoptar una decisión sobre los derechos tampoco son inmunes al desacuerdo, deben emplear entonces un método de decisión para resolver sus diferencias, y este método no es distinto al que se emplea normalmente en el proceso legislativo.

La utilización de la regla mayoritaria simple por parte de los órganos jurisdiccionales arrojaría además algunas dudas sobre el argumento según el cual lo que está en juego en los casos en los que se invalida una ley por medio del control judicial es la confrontación de una mayoría calificada del pasado (el poder constituyente) con una

---

<sup>117</sup> Una excepción digna de mención es el caso de España, cuya constitución, como es sabido, exige la regulación de determinados derechos por medio de una “ley orgánica”, la cual requiere de mayorías calificadas para ser sancionadas, pero que prácticamente no tiene precedentes en otros países. Véase L. Prieto Sanchís, “El principio de legalidad y los derechos fundamentales”, en del mismo autor, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 177.

<sup>118</sup> Aunque ello no es ni ha sido siempre así. Por ejemplo, en los EE.UU. no siempre se admitió la figura del voto disidente. A su vez, países como Austria, Francia, Italia y Bélgica no contemplan a fecha de hoy la figura del voto disidente. La ley del Tribunal Constitucional de Checoslovaquia de 1920 exigía una mayoría calificada de cinco votos contra siete, como nos recuerda P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 377-8. El voto del presidente del tribunal también puede tener una incidencia decisiva en caso de empate en determinados países. El empleo de la regla mayoritaria en los paneles judiciales colegiados es un punto sobre el que Waldron insiste en reiteradas oportunidades. Por ejemplo, en J. Waldron, “Freeman’s Defense of Judicial Review”, 13 *Law and Philosophy* 27 (1994), p. 31: “The U.S. Supreme Court is *not*, despite what many people say, a counter-majoritarian institution. On the contrary, it takes all its decisions by majority voting among its members (except in the occasions when they do not disagree).” En el mismo sentido, J. Waldron, “Legislating with Integrity”, 72 *Fordham Law Review* 373 (2003), p. 382.

mayoría simple del presente (el poder constituido). Teniendo en cuenta las circunstancias del desacuerdo y la inviabilidad de una interpretación puramente “objetivista” de la constitución, es decir, teniendo en cuenta el hecho de que la cuestión sometida a revisión probablemente constituya un problema complejo acerca del cual pueden darse distintas respuestas razonables, una manera más adecuada de caracterizar la situación cuando se invalida una ley es la de un conflicto entre el entendimiento distinto que dos mayorías, la parlamentaria y la judicial, tienen sobre una cuestión de derechos, antes que plantearlo necesariamente como una oposición entre la interpretación errónea de la legislatura de cara a la voluntad expresada por el constituyente de manera inequívoca en la constitución. Tal vez sea esta cruda descripción de la realidad la causa de que algunas jurisdicciones no admitan la figura del voto disidente, acaso en un intento por disimular que los tribunales también deliberan en condiciones de desacuerdo, lo cual podría exponerlos de manera más abierta a cuestionamientos sobre su legitimidad, al ponerse de manifiesto que los tribunales también adoptan decisiones sobre la constitución en condiciones de desacuerdo<sup>119</sup>. Sea como esto fuere, lo cierto es que la decisión por mayoría simple en un órgano jurisdiccional no puede considerarse, a la luz de lo dicho, como el “equivalente funcional” de la mayoría calificada reflejada en la constitución<sup>120</sup>. En definitiva, lo que ocurre es más bien que el órgano jurisdiccional acaba decidiendo acerca del contenido y los límites del precompromiso constitucional, en lugar de hacerlo “prevalecer” o de

---

<sup>119</sup> Como ha escrito V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 211: “La figura del voto particular publicado permite poner de manifiesto la existencia de diversas interpretaciones *razonables* de la Constitución”. Además, “los magistrados de la mayoría no pueden afirmar que la ley es manifiestamente inconstitucional, ‘más allá de toda duda razonable’. Si afirmaran eso, estarían reconociendo implícitamente que los magistrados disidentes son poco razonables”. En palabras del comparatista S. Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 49 *American Journal of Comparative Law* 707 (2001), p. 718, la no contemplación de la figura del voto disidente en ciertas jurisdicciones puede deberse a la creencia de que los votos disidentes hacen mella en la percepción que puede tenerse de la autoridad del tribunal y de la objetividad del derecho constitucional. J. Ferejohn y P. Pasquino, “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, 82 *Texas Law Review* 1671 (2004), pp. 1692-3, anotan que en países que admiten la figura, como Alemania o España “there seem to be strong internal norms against such public display of disagreement”. Comentando algunas de las razones por las que en Italia se ha rechazado la figura, estos autores alegan que, entre otras causas, el voto disidente “*encouraged too pluralistic a view of the Constitution*” (énfasis añadido). Para una excelente discusión del problema, aunque desde una perspectiva más general, véase M. A. Ahumada Ruiz, “La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional”, 58 *Revista Española de Derecho Constitucional* 155 (2000).

<sup>120</sup> Postura sostenida, por ejemplo, por Freeman, cit., pp. 363-5.

salvaguardar la supremacía constitucional, como se tiende sostener a veces. Y al proceder de este modo, el tribunal opera normalmente empleando el mismo método que se emplea en sede parlamentaria: la regla mayoritaria simple. De modo que quien pretenda afirmar que hay cosas demasiado importantes como para ser dejadas en manos de las mayorías parlamentarias simples, debería explicar por qué razón pueden en su lugar ser dejadas en manos de mayorías judiciales simples. Está claro que lo que se cuestiona entonces no es el método de decisión en cuanto tal, sino otro tipo de consideraciones, como las que hacen a las aptitudes del órgano en términos instrumentales, o a su capacidad para respetar valores procedimentales, o una combinación de ambas.

En lo que sigue prescindiré de la discusión sobre la utilización de esta regla en los contextos jurisdiccionales y procederé a centrarme más bien en el problema más abstracto del valor de la regla mayoritaria como método para la adopción de decisiones colectivas. Mi intención aquí es la de explicitar algunas de las implicaciones normativas de este método de decisión, con prescindencia de la pregunta acerca de quién lo emplea. ¿De dónde podría derivarse el valor de un método que a primera vista parece apelar a consideraciones meramente cuantitativas? ¿Puede la mera fuerza de los números constituir una razón suficiente para la acción? Existen distintos y ya conocidos tipos de argumentos tendentes a justificar la regla mayoritaria simple como método para la adopción de decisiones colectivas. Algunos de éstos se dirigen a demostrar el valor intrínseco de la regla mayoritaria. Otros tienden a señalar su mayor valor instrumental para alcanzar ciertos fines. Finalmente, están los argumentos prudenciales tendentes a demostrar que se trata del menor de los males posibles<sup>121</sup>. No es éste el lugar para ensayar una defensa acabada de esta regla como procedimiento para la toma de decisiones colectivas, lo cual exigiría de por sí una investigación dedicada en exclusiva al problema<sup>122</sup>. En efecto, ello nos obligaría a abordar además los argumentos esgrimidos, tanto a favor como en contra, de otros procedimientos alternativos para la adopción de

---

<sup>121</sup> En efecto, como bien lo hace notar E. Spitz, *Majority Rule*, Chatham, New Jersey, 1984, p. 149, las defensas de la regla mayoritaria pueden no sólo tener que ver con cuestiones de legitimidad, sino también con argumentos pragmáticos, escépticos o hasta cínicos, que conciben a la regla mayoritaria como un mero recurso técnico o un mal necesario. En otras palabras, el método puede ser defendido como un bien instrumental o como un bien intrínseco. Véase además la discusión en N. Bobbio, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 467.

<sup>122</sup> Para una excelente introducción sobre diversas justificaciones y críticas, véase Spitz, cit., capítulos 8 y 9, respectivamente.

decisiones colectivas, los cuales pueden ir desde la autocracia hasta un sinnúmero de mecanismos decisorios disponibles (tirar una moneda al aire, etc.), aplicables todos ellos, a su vez, a ámbitos, circunstancias y situaciones muy distintas. De modo que más que realizar una justificación acabada, en lo que sigue me propongo más bien sugerir algunos argumentos que muestren algunos de los rasgos que podrían hacer atractivo dicho método, sugiriendo al mismo tiempo que no se trata de un procedimiento que se apoya únicamente en la mera fuerza de los números<sup>123</sup>.

Debe recordarse que, más allá perplejidad que pueda causar lo que a primera vista parecería ser una mera apelación a dicha fuerza, existe un reverso más positivo a esta perspectiva, y que está dado por el atractivo intuitivo que también despierta la regla mayoritaria cuando debe hacerse frente a una situación en la que debe adoptarse una decisión colectiva: “si más gente desea manzanas que naranjas, entonces manzanas es lo que deberían tener”. Ésta es al menos la intuición. Por lo demás, en el curso de la historia, en la lucha de los muchos para abrirse paso al poder que detentaban unos pocos privilegiados, la regla mayoritaria ha constituido una exigencia casi axiomática<sup>124</sup>. En lo que sigue intentaré entonces articular las razones detrás de éstas y otras intuiciones que ven un cierto valor detrás de este método de decisión. Una vez realizado esto, en el siguiente epígrafe retomaré la discusión sobre el empleo de la regla mayoritaria en los contextos legislativos.

Quizá la justificación más elocuente y sintética de la regla mayoritaria sea la de Abraham Lincoln: “La unanimidad es imposible; la regla de la minoría...es completamente inadmisibile; así es que si rechazamos el principio mayoritario, la anarquía o alguna forma de despotismo es todo lo que nos queda”<sup>125</sup>. La idea central detrás de la justificación moral de la regla mayoritaria simple es que satisface mejor que ningún otro

---

<sup>123</sup> Además del resto de la bibliografía citada, me he beneficiado en esta exposición de Bayón, “Democracia, derechos y Constitución” y “Democracia y derechos...”, cit.

<sup>124</sup> Spitz, cit., p. xi. Aunque es cierto que siempre hubo autores como Mill, Tocqueville, Madison y otras importantes figuras del pensamiento político que mostraron ciertas reticencias hacia el mayoritarismo irrestricto. Cfr. además G. Sartori, “Democracia”, en su *Elementos de Teoría Política*, Alianza, Madrid, 1992, quien al aludir al origen del principio mayoritario, nos recuerda que, hasta Locke, el principio prevaleciente en la historia del pensamiento político fue la unanimidad.

<sup>125</sup> Cit. en J. Waldron, “Despotism in Some Form: *Marbury v. Madison*”, en R. P. George (ed.), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton, Princeton, 2000, p. 62. La cita es del “First Inaugural Address” de Lincoln, del 4 de marzo de 1861.

procedimiento de toma de decisiones criterios de libertad e igualdad. Lo primero, al permitir que sean los propios agentes quienes adopten la decisión (en oposición, por ejemplo, a la decisión de un déspota), lo cual respetaría el valor libertad. Al ser la voluntad del mayor número el factor determinante, puede decirse que se satisface la libertad de opción del mayor número posible de votantes. En lo que se refiere al valor igualdad, se alega que la regla mayoritaria simple es capaz de respetar dicho valor mejor que ningún otro en razón de que asignaría al mismo tiempo un peso *igual* a cada opción, dejándose así a salvo este criterio<sup>126</sup>. De este modo, la regla mayoritaria parece ser apta para respetar adecuadamente la exigencia de la participación en términos de igualdad discutida en el capítulo 2.

Los cultivadores de la teoría de la elección racional, con sus herramientas de análisis más formales, han realizado además importantes aportaciones sobre el tema, contribuyendo a refinar aún más la caracterización recién expuesta. Según esta escuela, sólo la regla mayoritaria simple puede cumplir los siguientes requisitos de racionalidad. En primer lugar, y como ya se vio, dicha regla maximiza la autodeterminación al asegurar que el mayor número viva según las normas que ellos mismos se han dado. En segundo término, la regla de la mayoría es la consecuencia necesaria de cuatro criterios razonables: a) constituye una norma decisoria de carácter concluyente (“se elige a, b, o ninguno de los dos”); b) favorece la anonimia, es decir, no favorece a ningún votante más que a otro; c) es neutra respecto de las opciones en pugna, ya que no favorece de antemano ninguna de ellas; y d) es sensible a todas las manifestaciones positivas<sup>127</sup>. En

---

<sup>126</sup> Otra justificación es la de Nino, cit., para quien la regla mayoritaria es el mejor sucedáneo de la unanimidad, algo que no puede lograrse en una democracia, sistema éste al que el autor concibe como una discusión moral sujeta a límite de tiempo. A su vez, A. Gutmann y D. Thompson, *Democracy and Disagreement. Why Moral Conflict Cannot Be Avoided in Politics, and What Should Be Done About It*, Harvard, Cambridge, 1996, conciben la regla mayoritaria como un punto de encuentro provisorio que puede volver a ser revisado en cualquier momento.

<sup>127</sup> K. O. May, “A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision”, *Econometrica* 20:4 (1952). Comentando los cuatro criterios de May y el hecho de que la regla de la mayoría es la única que se adecua a los mismos, A. Sen, *Elección colectiva y bienestar social*, Alianza, Madrid, 1976, p. 90, escribe que quien apruebe todas estas condiciones pero que sea reacio a aceptar la regla de decisión mayoritaria “está en un atolladero, ya que al menos debe rechazar uno de esos [cuatro] juicios”. A su vez, J. Elster, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en S. Shute y S. Hurley (eds.), *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Trotta, Madrid, 1998, p. 166, escribe: “el voto de la mayoría es el único sistema de agregación de preferencias que satisface las condiciones de anonimato..., neutralidad..., respuesta

tercer lugar, la regla mayoritaria tiene mayores probabilidades de generar decisiones correctas bajo determinadas condiciones (algo que se explicaría en función a recursos como el principio de la sabiduría de la multitud de Aristóteles o del teorema de Condorcet, etc.) Finalmente, la regla mayoritaria es proclive a maximizar la utilidad promedio de los ciudadanos<sup>128</sup>.

Es importante hacer notar que otros mecanismos alternativos para la adopción de decisiones colectivas probablemente no sean capaces de respetar los valores asociados a la regla mayoritaria simple en el mismo grado. Tomemos como ejemplo la regla que exige mayorías calificadas, asociada de manera muy directa al constitucionalismo mediante la técnica de la rigidez. A pesar de su atractivo intuitivo, el problema con este método es que, en primer lugar, incrementa los costos transaccionales en un determinado sentido, y lo que es más grave, puede terminar favoreciendo el *status quo*, al privilegiar la posición de la decisión vigente blindándola contra la opinión de la mayoría simple que pretende modificarla. Es decir, la utilización de la regla de mayorías calificadas hace más fácil que sea la voluntad de la minoría la que prevalezca, y en este sentido, puede afirmarse que otorga mayor valor a los votos de la minoría. Desde esta perspectiva, puede incluso hablarse de una suerte de “poder de veto” otorgado a la minoría, quien de esta manera puede llegar a adquirir una influencia decisiva contra una mayoría de ciudadanos, lo cual implica un trato desigual<sup>129</sup>. Al abordarse un asunto que debe ser sometido a decisión, normalmente se opera bajo una especie de “default position”, o posición por defecto, que viene a ser el estado de cosas vigente. El efecto del método de las mayorías calificadas es que los que resultan favorecidos por esta posición por defecto tienen ventaja sobre quienes impugnan dicha posición<sup>130</sup>. Tomemos como ejemplo el argumento de quienes pretenden rechazar la objeción democrática al control judicial sobre la base de que la constitución puede siempre ser enmendada cuando no se está de acuerdo con la decisión de los jueces. Más allá de las dificultades *de facto* que puedan

---

positiva..., y dominio universal...”. Para algunos cuestionamientos al planteamiento de May, véase C. Beitz, *Political Equality. An Essay in Democratic Theory*, Princeton, Princeton, 1989, pp. 58-67.

<sup>128</sup> Una discusión útil en los Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., capítulos 10 y 11, especialmente las críticas que se formulan a estas defensas y algunas alternativas propuestas.

<sup>129</sup> Laporta, “El ámbito de la Constitución”, cit., p. 468.

<sup>130</sup> Waldron, “Freeman’s Defense of Judicial Review”, cit.

haber (recuérdese el “Child’s Labor case” discutido en la introducción de esta investigación), el problema con esta solución es que la carga de la reforma la tiene en este caso una mayoría de los ciudadanos, en razón de que ha prevalecido la opinión de una mayoría de jueces (que muy bien puede ser una mera mayoría simple), que ha dispuesto un determinado estado de cosas que no podrá ser modificado salvo que se obtenga una mayoría extraordinaria. El que ello se justifique o no constituye un problema que en parte es ajeno a esta investigación, la cual no se centra en el problema de la rigidez constitucional<sup>131</sup>. De todos modos, si lo que prevalece es la interpretación de los jueces sobre la interpretación del legislador, cuando ambas son razonables, ello sí presenta ya un claro inconveniente, independientemente al problema de la rigidez.

Podría alegarse en un sentido similar que la exigencia de mayorías calificadas puede resultar más adecuada que la regla mayoritaria simple para proteger, por ejemplo, los derechos de las minorías. La construcción de Kelsen en virtud de la cual se atribuye a las minorías parlamentarias la facultad de impugnar una ley aprobada por la mayoría parece adecuarse a esta idea (independientemente a la concepción específica que Kelsen tuviera sobre el empleo del control judicial con relación a las disposiciones sobre derechos). Sin embargo, por atractiva que pudiera parecer a primera vista, puede que en la práctica la idea kelseniana resulte ineficaz o problemática. En cuanto a lo primero, al no exigirse la unanimidad, algo que sería impracticable, puede ocurrir que la protección se extienda sólo hacia aquellas minorías lo suficientemente numerosas como para permitirles invocar los mecanismos institucionales destinados a su protección<sup>132</sup>. Por lo demás, normalmente en estos casos, como se verá más abajo, estas minorías tienen a su alcance otras maneras, acaso más eficaces, para procurar su protección. En cuanto a lo segundo, esta propuesta puede resultar problemática en razón de que, como se acaba de ver, una minoría puede muy bien pretender utilizar esto menos como medio de defensa que como herramienta para proteger determinados privilegios. En este sentido, la exigencia de mayorías calificadas puede emplearse con la finalidad de promover intereses conservadores, lo cual nuevamente nos ayuda a visualizar las cualidades inherentes a la regla mayoritaria simple.

---

<sup>131</sup> Véase el capítulo 1, apartado 1.

<sup>132</sup> Bayón, “Democracia, derechos y Constitución”, cit., p. 219.

Hasta aquí llegaré con esta breve exposición. Está claro que todo lo dicho a favor de la regla mayoritaria debe tomarse con cierta cautela. El evidenciar algunos de sus rasgos atractivos no significa que el empleo de la regla mayoritaria o los resultados que pudiera arrojar el empleo de dicho método en la práctica deban ser defendidos siempre y en todas las circunstancias, y ellos es así por varias razones, de las que aquí mencionaré sólo dos. En primer lugar, porque el resultado de una decisión mayoritaria, sobre todo en el ámbito de las decisiones políticas, debe poder ser valorado autónomamente al procedimiento que lo produjo<sup>133</sup>. Un procedimiento de decisión puede a veces conducir a un resultado moralmente insostenible. Las actitudes que podrían asumirse ante una decisión injusta podrían ir desde la más moderada protesta hasta la admisión de la desobediencia civil en situaciones extremas. Además, existen contextos en los que la aplicación de la regla de la mayoría simple resultaría claramente inapropiada, como por ejemplo, en aquellas sociedades con mayorías y minorías persistentes, en las que aquellas no toman en consideración debidamente los intereses de éstas de manera sistemática y en las que, en consecuencia, no se obtienen mayores beneficios al prestar lealtad al sistema político en su conjunto, o se producen males mayores al hacerlo. En este sentido, no cabe esperar que una minoría cuyos intereses sean permanentemente puestos en entredicho por una mayoría esté dispuesta a aceptar pacíficamente las decisiones mayoritarias.

Todo esto indica que la regla mayoritaria no es “el alfa y el omega” de la moralidad política<sup>134</sup>. Existen al lado de la misma otro tipo de consideraciones, acaso más fundamentales y de las cuales la regla mayoritaria es solamente derivativa<sup>135</sup>. De hecho ningún autor serio, por más mayoritario que se declare, insistirá en que el poder de

---

<sup>133</sup> Una postura contraria ejemplificada por B. R. Barber, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, University of California, Berkeley, 1984, en la que, si lo interpreto adecuadamente, los resultados de la democracia fuerte que propicia el autor no serían susceptibles de valoraciones independientes. Véase además la discusión en el capítulo 2, apartado 1.

<sup>134</sup> Con vehemencia, B. Barry, “Is Democracy Special?”, en T. Christiano, *Democracy and Philosophy. An Anthology*, Oxford, Oxford, 2003, p. 331, afirma que sólo un imbécil moral estaría realmente preparado a entregar su cuerpo y alma al principio mayoritario.

<sup>135</sup> A. Marmor, “Authority, Equality, and Democracy”, 18 *Ratio Juris* 315 (2005), p. 336: “Democratic regimes strive to implement many values and moral political concerns, some of which are bound to conflict with each other. It would be naïve to presume that any single principle can justify such complex institutions”.



la mayoría debería ser ilimitado y omnipotente<sup>136</sup>. Las discrepancias surgen a la hora de concebir el modo en que deberían operar los límites al poder mayoritario. Para una tradición importante dentro del constitucionalismo, los límites deberían instituirse por medio de vínculos jurídicos de carácter sustantivo impuestos al legislador y hechos valer por medio de procedimientos externos, como el control judicial. Esta concepción no se halla exenta de importantes problemas, muchos de los cuales he intentado resaltar en esta investigación. Pero existe también otra tradición que considera que otro tipo de límites, como los que vienen impuestos por mecanismos internos de constricción del proceso político, del tipo “checks and balances”, o por medio de una determinada cultura política, pueden resultar más adecuados<sup>137</sup>. Esta última corriente quizás resulte más afín al modelo institucional que se defiende en esta investigación, en función del cual la última palabra debe quedar en manos de una asamblea legislativa.

En segundo lugar, existe toda una gama de consideraciones prácticas que deben ser tenidas en cuenta para la determinación de un procedimiento para la adopción de decisiones colectivas, y en las que se debe tomar en cuenta no pocas cuestiones contextuales muy específicas. Aquí sólo he considerado el caso de la regla para la adopción de las decisiones de una determinada comunidad política en abstracto, bajo la asunción de que lo que motiva nuestra indagación son las decisiones finales en materia de derechos fundamentales. Pero está claro que en determinados contextos, como por ejemplo, el juicio por jurados, la regla de la unanimidad parece ser más aconsejable que la regla mayoritaria simple<sup>138</sup>, y así podrían encontrarse numerosos supuestos distintos. Además, he prescindido, por razones de claridad expositiva, de algunas complicaciones adicionales para una teoría completa sobre la práctica de la regla mayoritaria<sup>139</sup>. Una

---

<sup>136</sup> R. A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago, Chicago, 1956, p. 35.

<sup>137</sup> Por ejemplo, J. S. Mill, *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1997 sugería “una fuerte barrera de convicción moral” diseminada en la ciudadanía como mecanismo efectivo para la protección de los derechos y capaz de defender los mismos ante la presiones de la sociedad de masas. En otras palabras, el modelo de Mill se basaba más bien en el sustento que podía brindar la cultura política que en la eficacia de determinados mecanismos institucionales.

<sup>138</sup> Véase, por ejemplo, A. Gutmann, “Democracia deliberativa y regla de la mayoría: una réplica a Waldron”, en H. H. Koh y R. C. Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 274.

<sup>139</sup> Por ejemplo, cuando se trata de definir quienes serán los votantes que harán uso de la regla, la regla mayoritaria por sí misma no puede resolver este problema sin incurrir en una petición de

complicación frecuentemente señalada por los politólogos es la que se da cuando hay más de dos opciones en juego susceptibles de ser escogidas, ya que en estos casos no se obtienen las condiciones de racionalidad señaladas y pueden presentarse problemas como el del teorema de Arrow u otros de naturaleza similar<sup>140</sup>. Otra complicación señala la dificultad del método mayoritario de tomar en cuenta el problema que puede generar la diversidad en torno a la intensidad de las preferencias<sup>141</sup>. Por último, debe hacerse notar que un sistema político basado en el mayoritarismo puro no es el sistema político que refleja las prácticas de muchos países que pueden ser considerados como “sociedades bien ordenadas”, pero que sin embargo parecen optar por otro tipo de arreglos institucionales que favorecen sistemas distintos, como por ejemplo, la denominada

---

principio. Sobre el punto, véase, por ejemplo, Barry, “Is Democracy Special?”, cit., pp. 328 y ss.; y Laporta, “El ámbito de la Constitución”; cit. Otra situación en la que la aplicación lisa y llana de la regla mayoritaria no está exenta de problemas es el caso, por ejemplo, de entidades políticas formadas por distintos grupos étnicos, algunos de los cuales pueden ser mayoritarios, en tanto que otros pueden formar una minoría. Este es un problema cuya complejidad no nos permite abordarlo aquí de manera adecuada, ya que al decir de Elster, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, cit., p. 173, en nuestros días los problemas de etnicidad y religión pueden ser los mayores peligros que se ciernen sobre el régimen de mayorías. Será suficiente con señalar aquí que esta circunstancia podría actuar como una excepción a la validez general de los argumentos a favor del valor de la regla mayoritaria. Un análisis más cuidadoso de este método decisorio nos obligaría además a afrontar diversos escenarios posibles a fin de determinar la aceptabilidad del mismo. Por ejemplo, la regla en cuestión no parece ser adecuada para sociedades políticas en las que, de manera similar al caso anterior, las mayorías y las minorías no son fluidas sino que son estables y permanentes, lo cual implica que quienes se encuentran en la minoría, siempre saldrán perdiendo. En estas condiciones, es indudable que la regla mayoritaria simple no resultaría atractiva para los miembros de la minoría. Cabe señalar además que la regla mayoritaria simplemente no parece ser apta para todos los contextos de la vida ni para todas las actividades sociales, como lo evidencia el caso de los juicios por jurado aludidos en el texto. Evidentemente las consideraciones vertidas aquí valen únicamente bajo un conjunto de presuposiciones destinadas a simplificar, a efectos expositivos, el problema.

<sup>140</sup> Sin embargo, como se señaló en el capítulo anterior, los tribunales colegiados tampoco se hallan exentos de dichos problemas, por lo cual la aplicabilidad de estos argumentos al debate sobre la justificación del control judicial resulta, cuando menos, dudosa, y pueden llegar a volverse sobre sí mismos.

<sup>141</sup> Lo cual puede producir mayorías apáticas o minorías intensas. Para una exposición de este problema, véase P. Jones, “Political Equality and Majority Rule”, en D. Millar y L. Siedentop (eds.), *The Nature of Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1983, capítulo 7. Pongamos por caso que un 51% de la ciudadanía está a favor de un determinado curso de acción, pero la intensidad de su preferencia es relativamente baja, en tanto que un 49% de la población favorece otro curso de acción, pero con una intensidad elevada. Este tipo de consideraciones entran sobre todo a tallar en justificaciones consecuencialistas, aunque también pueden derivarse del valor igualdad, ya que el criterio para tratar igual a las personas puede ser el de la intensidad de las preferencias. (Jones, cit., p. 162.) Además, está claro que en el plano institucional, resulta enormemente complejo tomar en cuenta y computar adecuadamente las preferencias de la gente. Pero lo más importante es que las preferencias pueden ser subjetivas o irracionales, y esto añade otra complicación adicional, la cual suele ser sorteada vinculando las preferencias a la noción de “interés”.

“democracia consociacional” (que por cierto, no se halla exenta de problemas de justificación, aunque no puedo explayarme aquí sobre ellos)<sup>142</sup>. De todos modos, incluso en este tipo de sistemas políticos, tanto sus órganos legislativos como jurisdiccionales emplean con regularidad el método de decisión por mayoría simple, aunque no a través un “mayoritarismo puro”, sino mediante un complejo entramado de reglas, instituciones y procedimientos que otorgan a las democracias una complejidad que no puede ser reducida a dicho principio<sup>143</sup>. Lo cual debería hacernos recordar, a su vez, que la crítica que en esta investigación se plantea hacia el control judicial no puede ser reducida a una mera defensa de la regla mayoritaria, sino que constituye un esfuerzo por defender de un sistema de gobierno mucho más complejo compuesto por un cúmulo de instituciones y procedimientos de diversa índole (incluso de tipo informal si consideramos factores como la opinión pública o la movilización de la sociedad civil), y que por sobre todo propicia que la palabra final en materia de derechos fundamentales sea otorgada a las asambleas legislativas.

A pesar de todas estas cualificaciones, los argumentos principales a favor de la regla mayoritaria simple como método de decisión han quedado delineados del modo expuesto. De todas maneras, algunos autores, como Bobbio, consideran que la valoración negativa que la regla mayoritaria ha merecido a la largo de la historia de la democracia no se dirige tanto contra la regla en sí, sino que es más bien fruto de un desprecio hacia las masas, consideradas incapaces de gobernar<sup>144</sup>. Lo que sería pasible de críticas sería, según este argumento, el *uso* que de la regla mayoritaria puedan hacer las masas, pero no la regla misma, es decir, no el *cómo* se decide, sino *quién* lo decide. En lo que sigue

---

<sup>142</sup> F. J. Laporta, “Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para el debate”, 6 *Doxa* 121 (1989), pp. 134-5. Sobre la democracia “consociacional”, véase A. Lijphart, *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1991.

<sup>143</sup> Cfr. Farber y Frickey, *Law and Public Choice...*, cit., p. 8, cuestionando a ciertos autores del “public choice”, quienes en su intento por poner en entredicho la racionalidad de la regla mayoritaria, olvidan que la democracia constituye un sistema mucho más complejo: “this finding does not debunk democracy, but instead shows that democracy rests on a much richer institutional basis than pure majoritarianism”.

<sup>144</sup> Bobbio, *Teoría general de la política*, cit., p. 464. En el mismo sentido J. Waldron, “Deliberación, desacuerdo y votación”, en Koh y Slye (comps.), cit., p. 255, afirmando que desconfiamos de los votantes, no del principio de la mayoría, de lo cual da prueba el hecho de que los jueces emplean el mismo principio sin que suscite objeciones con la misma intensidad, tal como se vio con anterioridad.

retomaré entonces la discusión sobre el empleo de la regla mayoritaria, esta vez ya en el contexto específico de las asambleas legislativas de las sociedades bien ordenadas, de manera a dar sustento a la tesis central defendida en esta investigación, a saber, la de que en una sociedad bien ordenada, las asambleas legislativas deberían tener la decisión final a la hora de interpretar y dotar de contenidos más precisos a los derechos fundamentales.

*b) El legislador, los tribunales y la protección de las minorías*

Conviene recordar aquí que las presuposiciones sobre las sociedades a las que aludíamos en el capítulo 1 permanecen vigentes. Es decir, estamos trabajando bajo la presuposición de que nos hallamos en presencia de una sociedad cuyas instituciones representativas y jurisdiccionales gozan de buena salud, no en un sentido utópico, sino en términos relativamente aceptables para evaluar la realidad de sociedades existentes, y que cuenta además con una cultura política comprometida hacia la idea de los derechos, pero en la que no obstante campean las circunstancias del desacuerdo que son a la vez el resultado de las instituciones libres de dicha sociedad<sup>145</sup>. Siendo esto así, la pregunta que cabe formular es la siguiente: en sociedades bien ordenadas, ¿es prudente de cara a la adecuada protección de los intereses individuales y de las minorías el dejar los derechos al cuidado de las instituciones democráticas, otorgando a éstas la decisión final sobre la interpretación de los derechos y la especificación de sus contenidos?

Una buena manera de determinar si la idea de dejar los derechos al cuidado de las instituciones mayoritarias resulta atractiva o plausible es acudiendo a la experiencia, y para ello emplearé aquí nuevamente el contexto norteamericano, dejando abierta la pregunta acerca de la posibilidad de que las conclusiones a extraerse de dicha experiencia puedan hacerse extensivas a otras sociedades<sup>146</sup>. Dejaré asimismo de lado la

---

<sup>145</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 1, apartado 3.

<sup>146</sup> La justificación del control judicial sobre la base de la protección de las minorías tiene desde luego más fuerza en el ámbito del derecho constitucional norteamericano que en el del derecho europeo, en el que el control constitucional no fue introducido originariamente para evitar violaciones de derechos por parte de mayorías tiránicas. En el contexto norteamericano la discusión sobre el *judicial review* siempre estuvo más vinculada al problema de la protección de las minorías y de los derechos, principalmente a raíz de algunas doctrinas que fueron popularizadas a raíz de la enorme influencia de *El Federalista*, sumado al desarrollo y evolución posterior del derecho constitucional en

consideración de varios países como los señalados en el capítulo anterior (Reino Unido, Nueva Zelanda, Canadá, Luxemburgo, Holanda, Suecia, Noruega, Australia, etc.), los cuales gozan de una cultura de libertades públicas igual o superior a cualquier otra democracia constitucional pero en los que o bien no existe un sistema fuerte de control judicial, o no existe ningún tipo de control judicial, o existen formas de control judicial que a efectos prácticos son casi nulas. De todas maneras, y aunque toda comparación debe tomarse con cierta cautela por las razones señaladas en el capítulo anterior<sup>147</sup>, sería bueno tener presente que en dichas sociedades los derechos son dejados al cuidado del proceso político sin que al parecer se deriven de ello consecuencias traumáticas.

El contexto norteamericano resulta sobre todo revelador a raíz de que en el mismo se gestó, tal cual quedó expuesto en la introducción, una concepción según la cual los derechos permanecían en una especie de posición de tensión o de antagonismo respecto de las instituciones mayoritarias, lo cual hacía ver con sospechas la capacidad de éstas de tutelar adecuadamente los derechos. Por lo demás, las actuaciones del Tribunal Warren y el problema del racismo y la discriminación de los grupos minoritarios en el contexto estadounidense proporcionan un excelente contexto en el que verificar el impacto de las instituciones jurisdiccionales y mayoritarias en la promoción de los derechos de las minorías. En efecto, antes del Tribunal Warren, hubiera resultado imposible concebir al control judicial como una institución para la protección de las minorías, pues hasta dicho momento, por medio del control judicial se habían adoptado todo tipo de decisiones contrarias a los intereses de diversos grupos minoritarios. Así, por ejemplo, se procedió al reconocimiento jurídico de la esclavitud, antes que a condenarla y a desterrarla; se brindó legitimación a la segregación racial durante mucho tiempo; se procedió al

---

dicho país, lo cual contribuyó a oscurecer la importancia de la legislación como instrumento para promover la protección adecuada de los derechos. Véase, por ejemplo, E. Chemerinsky, "The Supreme Court 1988 Term Foreword: The Vanishing Constitution", 103 *Harvard Law Review* 43 (1989), p. 65, en donde se menciona la desconfianza que tenían los "framers" hacia la política mayoritaria. Por contraste, en el contexto europeo, L. Ferrajoli, "Sobre la 'definición' de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero", 19 *Isonomía* 227 (2003), p. 239-40, ha dicho que si bien antes se pensaba que la democracia protegía a los débiles, hoy día se ha invertido esta suposición, ya que en las actuales democracias de mayorías calificadas, las mismas se vuelven conservadoras, y es entonces el Estado constitucional con sus derechos fundamentales de carácter social el que mejor puede proteger a las minorías de las mayorías. Hasta qué punto esta apreciación sea exacta es una cuestión que dejaré abierta, aunque debo manifestar que abrigo mis dudas al respecto.

<sup>147</sup> Véase el capítulo 3, apartado 2.

internamiento en campos de concentración de ciudadanos japoneses de origen nipón durante la Segunda Guerra Mundial; en el contexto de la Guerra Fría, se toleraron los excesos de la era McCarthy en contra de ciudadanos perseguidos por sus convicciones políticas; se toleró la discriminación sexual de diversas formas, y en fin, por medio del control judicial se adoptó todo tipo de decisiones no precisamente favorables a las minorías<sup>148</sup>.

Todo esto arroja ya de por sí algunas dudas iniciales sobre la concepción del control judicial como garante de las minorías. De todos modos, y haciendo esto último a un lado, puede decirse que la imagen del control judicial como institución adecuada para la protección de los derechos de las minorías se afirma con el Tribunal Warren. En consecuencia, la indagación que sigue tomará como punto de partida dicha etapa. De cualquier manera, debo advertir que mi análisis no tiene como finalidad ser exhaustivo ni concluyente, sino sólo proporcionar algunos ejemplos concretos que podrían emplearse para demostrar las dificultades inherentes a una concepción que conciba a los órganos jurisdiccionales como protectores de las minorías oprimidas, a la vez de mostrar el papel relevante que necesariamente deben desempeñar las instituciones mayoritarias en la protección de los grupos minoritarios<sup>149</sup>.

Para desmontar lo que en el fondo no es sino una tesis empírica, que afirma la capacidad de los tribunales para proteger a las minorías en contra de su opresión por parte de las mayorías, nada mejor que acudir nuevamente al auxilio de la ciencia política. En un famoso artículo de Robert Dahl publicado en el año 1957, y que constituye ya un lugar común en la literatura, el politólogo norteamericano destacaba, con relación al ámbito norteamericano, que es difícil que la Corte Suprema se mantenga distanciada de las convicciones políticas predominantes entre la coalición política gobernante durante

---

<sup>148</sup> M. J. Klarman, "What's So Great About Constitutionalism", 93 *Northwestern University Law Review* 145 (1998), p. 161. En el mismo sentido, L. Fisher, "The Canons of Constitutional Law: Teaching with a Historical-Political Framework", 17 *Constitutional Commentary* 275 (2000), p. 280: "For the first century and a half, individual rights were decided almost exclusively by the majoritarian process. On the rare occasions when such issues were brought before the federal courts, judges were more likely to side with government and corporations than with individuals".

<sup>149</sup> Para una excelente monografía reciente sobre el tema, véase Zietlow, *Enforcing Equality. Congress, the Constitution, and the Protection of Individual Rights*, cit., en el que se explora el papel decisivo que ha desempeñado el Congreso en la protección de los derechos individuales y de las minorías a lo largo de distintas etapas de la historia constitucional norteamericana.

demasiado tiempo<sup>150</sup>. Por el contrario, la tendencia que Dahl percibía dejaba entrever que la Corte Suprema se ajusta normalmente a las convicciones de la mayoría. Dahl dejaba en claro, en consonancia con su teoría democrática poliárquica, que la Corte Suprema formaba parte de modo inevitable de la alianza nacional que ejercía el poder, y que la legitimidad del máximo tribunal se ponía en peligro si éste flagrantemente se oponía a las principales políticas de la alianza predominante: “éste curso de acción...es uno que la Corte normalmente no se verá tentada a seguir”<sup>151</sup>. En los casos excepcionales en los que la opinión de las mayorías predominantes resultaba poco clara (como la segregación racial), la Corte podía intervenir para fijar el rumbo de la agenda pública, pero en estos casos las probabilidades éxito de la Corte quedaban sujetas a que las mismas contaran con la aprobación extendida en un cúmulo de normas explícitas o implícitas asumidas por los líderes políticos. Si en los demás casos la Corte Suprema no estaba a tono con la mayoría, la situación no podría sostenerse durante mucho tiempo. Si la mayoría persistía, la Corte terminaría por ceder; si esto último no ocurría, la mayoría forzaría cambios en la configuración de la Corte para asegurar una coincidencia de pareceres. Todo esto no es sino una instancia específica de los condicionamientos políticos en los que se desenvuelven los tribunales y a los que se hacía alusión en el capítulo anterior<sup>152</sup>. En definitiva, Dahl ponía entredicho la intuición de que la Corte Suprema cumplía en realidad la función de proteger a las minorías en contra de las decisiones mayoritarias. El objeto de estudio de Dahl fue posteriormente retomado por nuevas generaciones de politólogos que no han hecho más que confirmar en términos generales las observaciones iniciales de Dahl acerca de la sintonía que se produce entre las decisiones de la Corte Suprema con las de la mayoría y de esta dinámica de interacción, aunque probablemente con la modificación de algunos detalles menores para adecuar las tesis a los desarrollos de la últimas décadas<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> R. A. Dahl, “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”, 6 *Journal of Public Law* 279 (1957).

<sup>151</sup> *Id.*, p. 293.

<sup>152</sup> Véase el capítulo 3, apartado 3, epígrafe d).

<sup>153</sup> Véase las referencias en B. Friedman, “The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part One: The Road to Judicial Supremacy”, 73 *New York University Law Review* 333 (1998), nota 13; así como en Kramer, “Popular Constitutionalism...”, *cit.*, nota 42; y Griffin, “S. M. Griffin, “What is Constitutional Theory? The Newer Theory and the Decline of the Learned Tradition”, 62 *Southern*

La tesis de Dahl puede ser interpretada de dos maneras distintas. Por un lado, puede ser interpretada como una solución al problema de la “dificultad contramayoritaria”, entendida en el sentido específico que esta expresión adquiere en el contexto del debate constitucional norteamericano y que fue señalada en el capítulo introductorio. Si la Corte Suprema en realidad no actúa en contra de las decisiones mayoritarias, no puede considerársela como una fuerza contramayoritaria dentro del sistema político, con lo cual la dificultad contramayoritaria quedaría disuelta<sup>154</sup>. Ahora bien, quizás este modo de “solucionar” el problema de la dificultad contramayoritaria termine por anular la propia premisa normativa que al menos de modo implícito parece dar origen a la objeción contramayoritaria en un primer momento, a saber, la de que la Corte Suprema es capaz de actuar en contra de las decisiones o preferencias mayoritarias para proteger los derechos o intereses de ciertos grupos minoritarios, y que al hacerlo, produce como resultado una tensión con la voluntad mayoritaria. Si con Dahl asumimos simplemente que la Corte Suprema de hecho no suele actuar en contra de la mayoría, es difícil saber entonces de qué modo cumple realmente su función como agente protector de las minorías *en contra* de las decisiones mayoritarias<sup>155</sup>. En consecuencia, si la Corte Suprema no puede ser contramayoritaria, entonces no puede justificarse la institución del control judicial sobre la base de que la misma debería actuar para defender a las minorías.

La segunda lectura resulta más coherente, y apunta a socavar la plausibilidad de la imagen simplificada de los jueces como protectores de los derechos de las minorías en contra de mayorías tiránicas y opresoras<sup>156</sup>. Al parecer, los tribunales no han sido una fuerza contramayoritaria de manera sistemática y persistente, y ello contribuye seriamente

---

*California Law Review* 493 (1989), nota 110. Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., p. 153, por ejemplo, afirma que los tribunales normalmente siguen la línea que la coalición política en el poder establece, y si bien la Corte Suprema a veces se desvía de dicha orientación, a veces produce resultados buenos y a veces malos. Una opinión contraria, referida al ámbito europeo, en C. Landfried, “Introduction”, en C. Landfried (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Nomos, Baden-Baden, 1988, p. 8.

<sup>154</sup> Una versión de este argumento parece desprenderse de M. Cappelletti, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, en AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

<sup>155</sup> En un sentido similar, Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., p. 102, afirma que este argumento es como “saltar de la sartén para caer en el fuego”.

<sup>156</sup> En este sentido, por ejemplo, S. M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, Princeton, 1996, pp. 115 y ss., aunque con ciertas matizaciones.



a poner en entredicho su razón de ser sobre la base de su capacidad para actuar de dicho modo. Como se vio en el capítulo anterior, los tribunales resultan constreñidos por una serie de condicionamientos políticos que hacen altamente improbable que adopten decisiones contramayoritarias de manera sistemática, entre las que cabe citar nuevamente aquí, a título de ejemplo, las siguientes: su dependencia del contexto político en el que se hallan inmersos; el hecho de que los jueces forman parte de la sociedad de la que viven y que en consecuencia, tienden a reproducir sus mismas convicciones, sentimientos y maneras de pensar; el hecho de que los magistrados de la justicia constitucional normalmente resultan nombrados por acuerdos de las fuerzas políticas que difícilmente confirmarían a candidatos con concepciones que se alejen demasiado de las que ellos mismos mantienen; el hecho de que las decisiones judiciales se realizan teniendo en cuenta consideraciones estratégicas, y que además, necesitan del auxilio de los demás poderes para hacerse efectivas (pues carecen del poder de la espada y la billetera)<sup>157</sup>, lo cual tiende a moderar su contenido; y así sucesivamente.

Esto nos conduce ya de lleno al contexto de ese momento constitucional al que se ha dado en llamar la “Era Warren”, cuyas decisiones más famosas se han erigido en un paradigma en la lucha de los tribunales por la causa de una sociedad más justa en lo que al trato de las minorías se refiere. Según un entendimiento muy difundido, dicho tribunal trajo el fin de la discriminación racial, reparando así algunas injusticias históricas que se hallaban profundamente arraigadas en determinados segmentos de la sociedad norteamericana. Dicho tribunal promovió además las máspreciadas causas a favor de los derechos y de la igualdad, consagró el reconocimiento de los derechos procesales a favor de los acusados de cometer delitos, llevó a cabo profundas reformas electorales de manera a permitir el acceso al proceso democrático de los grupos marginados, etc. A su vez, dicho tribunal sentó las bases para el reconocimiento posterior de otras causas liberales y a favor de las minorías, como el reconocimiento del aborto y los derechos de los homosexuales, etc. Al decir del historiador Morton Horwitz, el Tribunal Warren fue el primero en la historia que realmente se identificó con los marginales, los “outsiders”, los estigmatizados de la sociedad. No sólo las minorías de raza negra sino que las “minorías

---

<sup>157</sup> Es famosa la anécdota según la cual en respuesta a la decisión en *Worcester v. Virginia* (1832), el entonces Presidente Jackson supuestamente dijo: “John Marshall has made his decision, now let him enforce it”.

religiosas, los disidentes políticos, los ilegítimos, la gente pobre, los prisioneros y los acusados de cometer delitos recibieron un tratamiento favorable”<sup>158</sup>. Y si bien es cierto que dicho tribunal constituyó, desde el punto de vista histórico, una anomalía, y que sus integrantes, sobre todo aquellos de orientación liberal, eran también ellos mismos predominantemente “outsiders” respecto del “establishment” jurídico-constitucional norteamericano<sup>159</sup>, no es menos cierto que el legado del Tribunal Warren ha contribuido en gran medida a forjar la imagen genérica de los tribunales como protectores de las minorías desvalidas<sup>160</sup>.

Pero a la par de esta imagen convencional recién descrita, existe también una literatura revisionista, que sin necesidad de negar la atribución de cualquier tipo de méritos a los tribunales<sup>161</sup>, nos muestra sin embargo que esta imagen de la Corte Suprema remando en contra de las injusticias de una sociedad opresora resulta algo simplificada<sup>162</sup>. Por ejemplo, tomemos el caso de la decisión más paradigmática del período en cuestión, *Brown v. Board of Education*<sup>163</sup>, que dispuso el fin de la segregación racial invalidando el precedente sentado décadas atrás en *Plessy v. Ferguson*<sup>164</sup>, el cual consagraba la odiosa

---

<sup>158</sup> M. J. Horwitz, “The Warren Court and the Pursuit of Justice”, 50 *Washington and Lee Law Review* 5 (1993), p. 10.

<sup>159</sup> Id. Es conocida la anécdota según la cual el Presidente Eisenhower declaró que uno de sus errores más graves había sido el nombramiento de Earl Warren.

<sup>160</sup> Por ejemplo, O. Fiss, “Between Supremacy and Exclusivity”, en R. W. Bauman y T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006, p. 453, no duda en colocar al Tribunal Warren “en el centro” de la extraordinaria empresa que tuvo lugar durante la denominada “2ª Reconstrucción”.

<sup>161</sup> Pero véase, sin embargo, la apreciación de D.F.B. Tucker, *The Rehnquist Court and Civil Rights*, Dartmouth, Aldershot, 1995, p. 9, para quien “[d]espite the manifest good intentions and high integrity of liberals such as Justice William Brennan...it is plausible to view the legacy of the Warren-Burger era as something of a disaster”. El autor considera los efectos negativos que el activismo produjo sobre el sistema democrático en su conjunto, así como los efectos indirectos negativos de las intervenciones judiciales, entre otros asuntos.

<sup>162</sup> Un extremo que no abordaré aquí es la crítica concreta que el “Critical Legal Studies” dirigió, a partir de los años 70, contra el Tribunal Warren, la cual cuestionaba el énfasis en la idea de los derechos que favorecía el procedimiento sobre la sustancia, legitimaba los arreglos de poder vigentes, y actuaba como una válvula de presión que permitía la injusticia, siempre según esta corriente. Sobre el punto, véase L. Kalman, *The Strange Career of Legal Liberalism*, Yale, New Haven/London, 1997, p. 86 y ss., así como la bibliografía allí citada. La autora afirma además que para estos críticos, “the Warren Court had prevented transformative social change by perpetuating the dichotomy between the individual and the community”.

<sup>163</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>164</sup> 163 U.S. 537 (1896).

doctrina del “separate but equal”. En contra de la imagen simplificada de los sucesos, se ha señalado que dicha interpretación no parece tomar en cuenta de manera adecuada el apoyo que existía en la generalidad de la ciudadanía norteamericana (salvo quizás en los estados sureños más recalcitrantes), a favor de la integración racial y el cese de la discriminación. En este sentido, algunos afirman que *Brown* no puede ser deslindado de las ventajas que proporcionó el sistema federal norteamericano, sin el cual no hubiera sido posible la decisión<sup>165</sup>. Por otro lado, se ha afirmado que la verdadera influencia del caso *Brown* como decisión judicial ha sido algo exagerada, ya que la solución real al problema de la segregación racial no llegó sino únicamente a través de las leyes para la protección de los derechos civiles dictadas por el Congreso en los años sesenta. La actuación positiva de la legislatura federal, así como los movimientos ciudadanos a favor de los derechos civiles, fueron determinantes para acabar con la segregación racial y la discriminación a la que eran sometidas las minorías de raza negra. Para Cass Sunstein, por ejemplo, la figura de Martin Luther King fue quizás más importante para el cambio constitucional que se produjo que la totalidad de la jurisprudencia del Tribunal Warren<sup>166</sup>. Según esta interpretación, la decisión de *Brown* debería más bien vincularse a los profundos cambios políticos, ideológicos y sociales que se produjeron en el mundo y que fueron precipitados por la Segunda Guerra Mundial<sup>167</sup>. Una vez que la Corte Suprema intervino, la mitad de los Estados Unidos ya no estaba a favor de la segregación<sup>168</sup>, y probablemente a mediados de los sesenta, debido al creciente protagonismo de las minorías de raza negra en el Partido Demócrata de las ciudades del norte, se hubiera de todos modos promulgado algún tipo de legislación anti-racista sin la decisión de

---

<sup>165</sup> M. Tushnet, “Scepticism about Judicial Review: A Perspective from the United States”, en Campbell, Ewing y Tomkins (eds.), cit., p. 364. En efecto, varios autores coinciden en señalar que el problema no era en realidad con las mayorías a nivel nacional, sino con los enclaves de ciertos estados recalcitrantes

<sup>166</sup> Sunstein, *The Partial Constitution*, cit., p. 145.

<sup>167</sup> Por ejemplo, algunos señalan el auge de la cultura de los derechos humanos a escala internacional, en tanto que otros hacen alusión a la influencia de la Guerra Fría, pues la propaganda del movimiento comunista sobre la forma en la que eran tratados los afroamericanos en los EE.UU. podía resultar sumamente embarazosa en el contexto de dicha disputa. En general, para una excelente monografía sobre *Brown* que desafía muchos entendimientos convencionales, y en la que se abordan varios de los temas aquí expuestos de manera mucho más detallada, véase M. J. Klarman, *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*, Oxford, Oxford, 2007.

<sup>168</sup> Klarman, “What’s So Great About Constitutionalism?”, cit., p. 161.

*Brown*<sup>169</sup>. En definitiva, al decir de un autor, el activismo judicial de la Era Warren era en buena medida consistente con las preferencias mayoritarias del momento<sup>170</sup>.

Explicaciones similares podrían ofrecerse de otras decisiones paradigmáticas, algunas de ellas posteriores a la Era Warren aunque consecuencia de la misma filosofía que parecía inspirar a aquel. Por ejemplo, *Roe v. Wade* fue decidido sólo tras el auge del movimiento por la liberación femenina en el mundo, y al momento de emitirse la decisión, la idea de los derechos reproductivos también era sostenida por lo menos por la mitad de la población<sup>171</sup>, y muchos estados parecían moverse ya en dirección hacia la legalización del aborto. Al momento de dictarse la decisión en *Griswold v. Connecticut*<sup>172</sup>, que consagró una instancia específica de protección basada en el derecho a la privacidad, sólo dos estados continuaban teniendo leyes que sancionaban el empleo de anticonceptivos dentro del matrimonio<sup>173</sup>. A su vez, la más reciente decisión de *Romer v. Evans*<sup>174</sup>, caso en el que la Corte Suprema amparó por primera vez los derechos de los homosexuales, ocurrió sólo tras los progresos que el movimiento gay obtuvo en su lucha contra las convenciones más tradicionales de la sociedad en materia de moralidad sexual<sup>175</sup>.

Uno de los estudios que mejor analiza y sintetiza las limitaciones de los tribunales de cara a esta revolución de los derechos es el ya famoso libro del politólogo Gerald Rosenberg, cuyo título principal es, significativamente, “The Hollow Hope”<sup>176</sup>. Tras un análisis detenido de casos como los del movimiento en la lucha contra la segregación racial y a favor de los derechos civiles de las minorías, el aborto, los derechos de los criminales y otros, el autor llega a la conclusión de que, contrariamente a la creencia de

---

<sup>169</sup> Tushnet, “Scepticism about Judicial Review...”, cit., p. 364.

<sup>170</sup> Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation...”, cit., p. 833.

<sup>171</sup> Klarman, “What’s so Great About Constitutionalism”, cit., p. 161. Sobre el apoyo popular a *Roe*, véase las estadísticas en B. Friedman, “Dialogue and Judicial Review”, 91 *Michigan Law Review* 577 (1993), p. 607, y nota 148.

<sup>172</sup> 381 U.S. 479 (1965).

<sup>173</sup> Yingling, cit., p. 92.

<sup>174</sup> 517 U.S. 629 (1996).

<sup>175</sup> Klarman, “What’s So Great About Constitutionalism”, cit., p. 161.

<sup>176</sup> G. N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, University of Chicago, Chicago/London, 1991.

que los tribunales contribuyeron a promover reformas sociales eficaces en estos ámbitos, la experiencia demuestra que los resultados han sido más bien “mayormente decepcionantes”<sup>177</sup>. Dados los condicionamientos políticos y el contexto institucional en el que se desenvuelven los tribunales, éstos *casi nunca* pueden producir reformas sociales efectivas<sup>178</sup>. A lo sumo, los tribunales pueden cumplir una función de secundar la labor de otras ramas del gobierno, pero los problemas que no se resuelven por medio del proceso político difícilmente puedan hallar una solución ante los tribunales<sup>179</sup>.

La intención de atribuir a un órgano jurisdiccional una finalidad protectora de los derechos de los grupos desvalidos puede presentar además algunas complicaciones normativas y prácticas considerables. Veamos algunas de ellas. En primer lugar, debería quedar claro a estas alturas que el rol de la protección de las minorías resulta de por sí normativamente atractivo únicamente a condición de que las minorías a ser protegidas sean las adecuadas. No toda minoría debe considerarse como una minoría digna de especial protección. En efecto, ¿cuál sería la virtud de proteger a una minoría acaudala que oprime al resto de la población mientras disfruta de sus privilegios? Pero una vez que entramos en la pregunta acerca de cómo y en virtud a qué criterios deberíamos identificar a las minorías que habrán de ser protegidas, sea cual sea el procedimiento que finalmente empleemos para ello, no se ve, desde un punto de vista institucional, por qué razón un órgano jurisdiccional estaría mejor equipado que el proceso democrático para proceder a esta determinación. De hecho la experiencia demuestra, por ejemplo durante la Era Lochner, que los tribunales muy bien pueden decidir defender a un tipo de minorías cuya protección, desde una determinada perspectiva, podría resultar más que cuestionable<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> Id., p. 336.

<sup>178</sup> Id., p. 338.

<sup>179</sup> Id. Sobre la ineficacia de los tribunales para promover reformas sociales, véase además el estudio de D. L. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, Brookings, Washington, 1977. Para una crítica de la obra de Rosenberg, cit., véase D. A. Schultz y S. E. Gottlieb, “Legal Functionalism and Social Change: A Reassessment of Rosenberg’s *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*”, (1996), 12 *Journal of Law and Politics* 63 (1996). Más allá de las críticas, no debería perderse de vista el carácter en general limitado de la función de los tribunales como promotores del cambio social.

<sup>180</sup> El punto lo hace notar Tushnet en su debate con Chemerinsky, “Should We Get Rid of Judicial Review”, cit.; además de Klarman, “What’s So Great About Constitutionalism”, cit., p. 163.

En segundo lugar, una cuestión que no siempre es tomada en cuenta, sobre todo en aquellos análisis que revisten una naturaleza más estrictamente jurídica y por tanto ajena a consideraciones sociológicas, políticas, históricas, etc., tiene que ver con los “efectos colaterales” negativos que podría generar a la larga una decisión judicial que en principio había tenido una intención favorable a la protección de los derechos. Por ejemplo, autores como Klarman y Tushnet afirman que *Brown* contribuyó a generar una especie de “efecto resaca” [“backlash”] en el Sur de los Estados Unidos, lo cual motivó a muchos demócratas a cambiarse al Partido Republicano, y cuando los procesos judiciales en contra de la segregación fueron trasladados al norte, ello contribuyó a que el ala más dura del Partido Republicano eliminara a la facción más liberal y favorable hacia los intereses de los afroamericanos. A su vez, *Roe v. Wade*, otra decisión normalmente celebrada desde círculos liberales como una de las muestras más representativas de las potencialidades del control judicial como herramienta para promover los ideales de la justicia, contribuyó a que se produjera una movilización activa de los cristianos evangélicos en su rechazo, así como a promover una polarización de posturas que alejaba la posibilidad de arribar a fórmulas consensuales. Y finalmente, *Lawrence v. Texas*<sup>181</sup> elevó el problema “gay” a la agenda pública, actuando como catalizador para las propuestas de las enmiendas anti-matrimonios gay que pudieron haber tenido alguna influencia en la segunda victoria de George W. Bush, cuya política sobre los derechos fundamentales no es precisamente una de las más favorables desde una perspectiva liberal, menos aún en el área específica del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio<sup>182</sup>. En todos estos casos, la irrupción de los tribunales en el desarrollo del proceso político contribuyó a generar determinados efectos colaterales imprevistos que ponían en riesgo la razón de ser de las intervenciones judiciales. Desde esta perspectiva, el intento de promover reformas sociales por medio de los tribunales

---

<sup>181</sup> 539 U.S. 558 (2003).

<sup>182</sup> Tushnet en su debate con Tribe y Waldron, “On Judicial Review”, cit. Sobre la tesis del “backlash”, véase además M. Klarman, “How *Brown* Changed Race Relations: The Backlash Thesis”, 1 *Journal of American History* 81 (1994).

puede, en determinadas circunstancias, contribuir más bien a bloquear dichas iniciativas<sup>183</sup>.

En conexión con lo anterior, no debe perderse de vista que tras la intención de tutelar los derechos de determinados grupos minoritarios puede a veces existir una motivación paternalista y que debería ser igualmente objeto de preocupación, no sólo en sí misma sino por sus eventuales consecuencias. A título de ejemplo, puede mencionarse que existen grupos de colectivos afroamericanos que consideran, por razones estratégicas o de principio, que la integración o algunas maneras de entenderlas o de llevarlas a la práctica pueden no resultar apropiadas desde el punto de vista de estos mismos colectivos. Algunos incluso creen que el separatismo es más adecuado a las necesidades de la gente de raza negra<sup>184</sup>. Sea como esto fuere, debe admitirse que la voluntad de pretender imponer una solución a la situación de estos grupos “desde fuera”, por más justa o beneficiosa que ella se considere, puede no sólo no llegar a coincidir con las preferencias reales de este grupo, sino que el paternalismo puede llegar a asilarlos todavía más y a acentuar su sensación de no pertenencia al sistema<sup>185</sup>. En vista de estas dificultades, quizás una alternativa más prudente sería la de dejar que el proceso político opere por sus propios medios e intentar que la batalla por los derechos se libre en sus propias trincheras, y no intentar la organización planificada de una sociedad perfecta desde una posición

---

<sup>183</sup> También Rosenberg, cit., p. 342, se hace eco de esta tesis, sugiriendo que la intervención de la Corte Suprema contribuyó a dar vigor a los movimientos recalcitrantes y contrarios a iniciativas liberales como las que se desprendían de *Brown* o *Roe*.

<sup>184</sup> Spitz, cit., p. 108. A su vez, el historiador del “civil rights movement”, Klarman, *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*, cit., p. 222, señala que las escuelas segregadas podrían llegar a ofrecer algunas ventajas a los afroamericanos (razón por la cual este colectivo se hallaba dividido sobre el tema), tales como las siguientes: oportunidades de trabajo a maestros de raza negra en estas escuelas, un ambiente educativo libre del estereotipo, los insultos y la humillación que a veces se constataba en las escuelas integradas, así como una mayor libertad para enseñar los valores de la cultura y la historia negra de manera más adecuada a la concepción de este mismo colectivo. Como es sabido, existe todo un movimiento “separatista negro” en los EE.UU. que ha permanecido más o menos activo a lo largo de la historia.

<sup>185</sup> Cfr., en un sentido similar, B. Barber, *Democracia Fuerte*, nota 9, p. 295, donde critica que las decisiones judiciales sobre el transporte escolar de cara a la integración atentan contra la autonomía ciudadana. Aunque aludiendo a un contexto distinto, un ejemplo parecido en Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy” (versión en poder del autor), quien afirma que si bien en los años 50 y 60 no se podía dudar de la intención de quienes favorecían la segregación, no es difícil imaginar que hoy alguien pueda formular un argumento similar al que suele emplearse a favor de los colegios de niñas o alumnos de distintas confesiones, a saber, que un ambiente de niños pertenecientes a una sola raza quizás pueda lograr que éstos se desarrollen sin sentirse intimidados o evitar que se les inculque estándares de conducta inapropiados a su cultura.

institucional que quizás no sea la más adecuada para incursionar en estos asuntos. En este sentido, quizás resulte oportuno traer a colación aquí las palabras de un constitucionalista perteneciente a un grupo minoritario y en consecuencia libre de toda sospecha. Tras reconocer en líneas similares a Dahl que el control judicial no puede constituir una protección efectiva hacia las minorías, y tras propiciar como alternativa el empleo del proceso político como estrategia más firme para la protección de los intereses minoritarios, afirma lo siguiente:

“The [...] attraction of the overt political process is that it permits minorities to assume ultimate responsibility for their own interest...Positive politics gives minorities both the credit for minority advances and the blame for minority failures. By thus promoting minority self-determination, positive politics elevates minority dignity and self-esteem in a way that is likely to be of more long-term significance than minority success in advancing any particular interest”<sup>186</sup>.

Algunos podrían alegar que, aún reconociendo que los tribunales no tienen de hecho la capacidad de promover reformas sociales a gran escala de manera efectiva, por medio del control judicial se podría de todos modos obtener pequeñas conquistas, o por lo menos, algunas victorias de carácter simbólico que puedan servir de inspiración a la comunidad y como guía a los grupos que habrán de luchar en las trincheras políticas. Sin embargo, como bien señala el ya citado Rosenberg, dicha propuesta sería atractiva en un mundo de recursos ilimitados, que claramente no es el mundo en el que vivimos. El articular una estrategia de reformas sociales por vía judicial, en la que se invertirán tiempo y recursos considerables, puede suponer –y de hecho ha supuesto, según el autor– una enorme detracción de tiempo y recursos que podrían invertirse más eficazmente en la lucha política, medio que otorga mayores probabilidades de contribuir con eficacia hacia la realización de los objetivos perseguidos de lograr una sociedad más justa, igualitaria y considerada hacia los derechos de las minorías. Por lo demás, y siempre según el mismo

---

<sup>186</sup> G. Spann, “Pure Politics”, 88 *Michigan Law Review* 1971 (1990). En parecidos términos, Klarman, *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*, p. 230, en una monografía sobre el caso *Brown*, escribe: “Sit-ins, Freedom Rides, and street demonstrations fostered black agency much better than did litigation, which encouraged blacks to place their faith in elite black lawyers and white judges rather than in themselves”. Tushnet, “Scepticism about Judicial Review...”, cit., p. 366, añade: “The Supreme Court has not done much that could not have been accomplished, in perhaps a slightly shorter period, through ordinary political action”.



autor, las decisiones simbólicas de los tribunales, no sólo no parecen tener un impacto real significativo en la conciencia social<sup>187</sup>, sino que las victorias simbólicas a veces pueden inducir al engaño y a la autocomplacencia, al relajar la energía de los grupos activamente comprometidos que pueden verse inducidos a creer que han obtenido un triunfo que en realidad no llegará a producir ninguna consecuencia práctica importante<sup>188</sup>.

De cualquier manera, y a pesar de todo lo dicho hasta aquí, no debe menospreciarse por completo el papel de los tribunales en algunas de las decisiones del período discutido. De hecho si nos fijamos nuevamente en las conclusiones de Dahl notaremos que éste dejaba a salvo la posibilidad de que, en casos de indecisión en los que la opinión pública aún no daba señales inequívocas acerca de cuáles iban a ser finalmente las tendencias sociales predominantes, los tribunales podían contribuir a inclinar la balanza hacia un sentido determinado, lo cual quiere decir que el papel de los tribunales no era absolutamente irrelevante. Al decir de Klarman, los tribunales tienen un potencial contramayoritario, pero el mismo es a lo sumo marginal<sup>189</sup>. Si bien los tribunales no tienden a desviarse dramáticamente de las convicciones predominantes, pueden no obstante, y de tanto en tanto, adoptar decisiones contramayoritarias (lo cual por cierto explica el por qué algunas decisiones pueden a veces generar el rechazo popular). Así, en otro tipo de casos hasta ahora no mencionados, como los de la invalidación de las plegarias en los colegios, la quema de la bandera o la protección de los derechos de los acusados, es probable que la Corte Suprema haya podido actuar en contra de las convicciones sociales predominantes, pero justamente a causa de ello, el impacto social de dichas decisiones ha sido en algunos casos muy limitado<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> Rosenberg, cit., p. 338.

<sup>188</sup> Id., pp. 340 y ss.

<sup>189</sup> Klarman, "What's So Great About Constitutionalism", cit. Para un análisis riguroso de las condiciones bajo las cuales los tribunales pueden promover reformas sociales significativas, véase Rosenberg, cit., pp. 30-36, el cual no obstante deja en claro que los tribunales no son ni necesarios ni suficientes para producir dicho tipo de reformas. Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., p. 153, emplea la expresión "noise around zero" para aludir al hecho de que a veces la posición de la Corte se sitúa un poquito a la derecha de las elites dominantes o del público en general, a veces un poquito a la izquierda, pero en general tiende a lo largo del tiempo a coincidir con lo que ocurre en el resto del sistema político.

<sup>190</sup> Klarman, "What's So Great About Constitutionalism?", cit., p. 162. La falta de acceso a la clínicas de aborto, el bajo impacto de *Brown*, la no provisión de abogados de oficio para los acusados de cometer crímenes, etc., hace en algunos de estos casos que los derechos así protegidos no sean efectivos en la práctica.

Por lo demás, debe recordarse que los sucesos a los que he venido aludiendo forman parte de una época en la que el sistema político objeto de discusión adolecía de evidentes patologías, algunas de ellas fruto de la exclusión de determinados grupos del proceso democrático. Pero lo que está en juego en esta investigación no son las situaciones patológicas propiamente dichas, sino aquellas sociedades que pueden calificarse como bien ordenadas, de conformidad a lo dicho en el capítulo 1. En principio, la crítica presentada en esta investigación sobre el empleo del control judicial como procedimiento final para la adopción de decisiones colectivas no tiene por objeto hacer frente a escenarios patológicos como éstos. De todas maneras, habré de volver en el siguiente apartado sobre el tema de las patologías y sus eventuales relaciones con la institución del control judicial, pues como tendremos ocasión de ver, en dichos supuestos nada autoriza a suponer que la salvación debe hallarse necesariamente en dicha institución.

Hasta ahora he abordado ciertos aspectos de la problemática de la protección de las minorías primordialmente desde la perspectiva de los órganos jurisdiccionales. Siguiendo con el empleo del contexto norteamericano como ejemplo, en la discusión que sigue diré algo sobre el papel que las legislaturas han tenido como protectoras de los derechos en el marco de dicho sistema político. Quizás sea bueno contrastar la situación con el contexto continental-europeo, en el que prácticamente nadie pondría en tela de juicio la capacidad del legislador para dictar leyes adecuadas en materia de derechos. En España, por ejemplo, en la cultura jurídica predominante se acepta de manera casi pacífica que el intérprete normal, ordinario y más asiduo de la Constitución, aunque no sea el único ni tampoco el definitivo, es el legislador<sup>191</sup>. Sin embargo, y debido al curso de los acontecimientos históricos en el contexto estadounidense, así como a la reacción que dichos acontecimientos produjeron en la formación de importantes concepciones dentro de su cultura jurídico-constitucional, las cosas al parecer no fueron iguales<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> J. Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 70-1.

<sup>192</sup> Por lo demás, resulta significativo el hecho de que la jurisdicción constitucional no se haya introducido en Europa obedeciendo a la idea de la supuesta injusticia de las leyes y del poder de los jueces de controlarla. El proceso más bien tuvo que ver con el surgimiento en países federales como Suiza y Alemania de la necesidad de asegurar la primacía del derecho federal por sobre el regional, lo cual recién posteriormente evolucionó hacia una forma de control que abarcó también a las leyes federales, para finalmente terminar afectando cualquier disposición constitucional, no sólo las

Para recapitular, sería bueno recordar nuevamente que, una vez finalizada la Era Lochner, tras los episodios de enfrentamiento entre la Corte Suprema y las políticas del “New Deal”, la Corte Suprema comenzó a perfilar un nuevo rol, sustentado intelectualmente por determinados sectores de la academia legal. En lugar de centrar su atención en la protección de los derechos de libertad económica, algo en lo que en lo sucesivo habría de mostrarse deferente hacia al proceso democrático, su papel estaría destinado a la protección de los derechos civiles, sobre todo de aquellos derechos que, según se alegaba, podían salir mal parados al ponerse en funcionamiento el proceso democrático. El programa de la Corte Suprema, por así decirlo, puede ser representado por lo establecido en la nota número 4 del caso *United States v. Carolene Products*<sup>193</sup>: la protección de las minorías discretas e insulares, así como el resguardo adecuado de la integridad del proceso democrático. Así se dio forma en parte al debate contemporáneo sobre el control judicial de la ley, en el que uno de los argumentos principales a favor de la intervención judicial era la protección de la defensa de los derechos de las minorías y de los excluidos. Éste se convertiría en uno de los argumentos frecuentemente empleados para justificar la institución, teniendo como trasfondo un modelo fuerte de justicia constitucional.

Pero esta concepción del rol de la Corte Suprema ha sido puesta en entredicho sobre la base de que no sólo dicho tribunal no ha desempeñado este papel en la práctica, como se estuvo discutiendo hasta aquí, sino a raíz de que la experiencia ha demostrado que las legislaturas han promovido adecuadamente estos derechos que supuestamente eran vulnerables en el ámbito democrático. De este modo, la verdadera necesidad de este supuesto rol para el Tribunal Supremo ha perdido en buena medida parte de su atractivo.

---

relativas a la distribución de competencias. (E. Aja, “Prólogo”, en la edición del mismo autor, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, p. XVIII. Sobre el punto, véase además S. Muñoz Machado, *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004, pp. 54 y ss.; y sobre todo, Cruz Villalón, cit.) Para una útil descripción sintética de la evolución de la jurisdicción constitucional europea a través de tres estadios (la jurisdicción constitucional conflictual o política, que “pacifica las relaciones entre los sujetos del poder político” al actuar como una instancia de arbitraje para dirimir sus diferencias; el estadio en el que se aprecia la necesidad de subordinar la ley a la Constitución, es decir, surge el problema del control de constitucionalidad de la ley, momento que aparece unido a la figura de Hans Kelsen; y finalmente la jurisdicción constitucional como la jurisdicción de amparo, la jurisdicción de los derechos fundamentales), véase P. Cruz Villalón, “Justicia constitucional y jurisdicción constitucional”, en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, cit., pp. 490-2.

<sup>193</sup> 304 U.S. 144, nota núm. 4 (1938).

Así, por poner un ejemplo, Stephen Griffin trae a colación un extenso listado de leyes dictadas por el Congreso norteamericano, a partir de años 80, en defensa de los derechos civiles y de las libertades públicas, muchas de las cuales fueron dictadas *en respuesta* a una Corte Suprema reticente o abiertamente contraria a acoger favorablemente algunas de estas materias. Entre estas las leyes se incluyen regulaciones sobre la libertad religiosa, la protección de minorías discapacitadas, leyes anti-discriminación, etc.<sup>194</sup> En sintonía con lo que se dijo más arriba, Griffin mantiene que la justificación contemporánea del control judicial sobre la base la protección de los derechos de las minorías “acepta la visión simplista de que las mayorías siempre están interesadas en violar los derechos de las minorías”, lo cual hace muy difícil explicar el listado de leyes dictadas por el Congreso en protección, precisamente, de dichas minorías. Un ejemplo muy elocuente es el de los ciudadanos norteamericanos de origen nipón que habían sido enviados a campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial. La Corte Suprema no sólo no les brindó protección en el momento<sup>195</sup>, sino que décadas después siguió negándoles una compensación por el daño causado. La reparación solamente llegó a través de una ley dictada por el Congreso en el año 1988<sup>196</sup>. Según otro ejemplo, traído a colación por Sunstein, diez años después de la decisión de *Brown*, sólo el 1.2 por ciento de niños de raza negra en el sur del país asistían a colegios desegregados, lo cual únicamente comenzó a cambiar tras la intervención del Congreso<sup>197</sup> (aunque es cierto que en este caso la decisión de la Corte Suprema era coincidente, no contraria, a la del Congreso). Por último, podría traerse a colación el caso del *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)*, ley que fue dictada como respuesta a un fallo de la Corte Suprema, *Employment Division*

---

<sup>194</sup> Véase Griffin, *American Constitutionalism...*, cit., p. 117, Tabla 3.1. Emitiendo un juicio aun más genérico, N. Devins y L. Fisher, *The Democratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2005, p. 5: escriben: “From 1789 to the present, Congress and the President have had a better record than the courts in protecting individual and minority rights”. En el mismo sentido, Zietlow, *Enforcing Equality. Congress, the Constitution, and the Protection of Individual Rights*, cit., pp. 10-11 y *passim*, señala que a lo largo de la historia, la Corte Suprema más bien ha puesto barreras a la protección que el Congreso intentó brindar a determinados derechos, y que ha interpretado con frecuencia de manera restrictiva las leyes del Congreso en materia de protección de derechos.

<sup>195</sup> Véase el caso *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

<sup>196</sup> Se trata del “Civil Liberties Act” de 1988.

<sup>197</sup> Sunstein, *The Partial Constitution*, cit., pp. 145 y ss.

v. *Smith*<sup>198</sup>, en el que la máxima instancia judicial sostuvo que la cláusula del libre ejercicio de la religión no prohibía la aplicación de las leyes estatales sobre el uso de drogas, y que por tanto, el estado afectado podía válidamente negar los beneficios para personas desempleadas previstos en sus leyes por inconducta laboral, en este caso, debido al empleo de sustancias prohibidas. Los demandados en este caso, que eran de etnia indígena, habían empleado una droga conocida como el peyote en sus ceremonias religiosas, y pretendían en consecuencia amparar su conducta en la cláusula sobre la libertad religiosa. El Congreso sancionó entonces el *RFRA* a fin de hacer frente a esta interpretación restrictiva de la Corte asentada en *Smith*. Sin embargo, el *RFRA* fue nuevamente declarado inconstitucional en el célebre caso *City of Boerne v. Flores*<sup>199</sup>.

La explicación de Griffin hacia este fenómeno en virtud del cual la legislatura adquiere una posición destacada en la protección de los derechos de grupos tradicionalmente marginados tiene que ver con la participación de estos grupos minoritarios en el proceso político. Una vez que dichos grupos fueron incorporados al proceso político, algo que sólo se verificó en la segunda mitad del siglo XX con la democratización plena de los Estados Unidos, ello posibilitó el auge de los movimientos civiles y la movilización de las minorías y grupos de interés a favor de sus propios derechos. De este modo, mediante coaliciones y otros recursos propios de la política, se logró que determinadas reivindicaciones en materia de derechos fueran susceptibles de ser efectuadas desde dentro mismo del proceso democrático<sup>200</sup>. Al haber sido

---

<sup>198</sup> 494 U.S. 872 (1990).

<sup>199</sup> 521 U.S. 507 (1997).

<sup>200</sup> A criterio de M. Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., la manera en la que las minorías encuentran el modo de procurar su protección funciona principalmente a través del pacto y del compromiso con otros grupos. Un grupo minoritario con una representación del 10%, podrá pactar con otros dos grupos, digamos, de 45% por ciento cada uno, y negociar apoyos recíprocos para sacar adelante políticas de interés para ambos grupos. Tal ha sido el caso, según el autor en discusión, de la minoría afroamericana en los Estados Unidos. Es más, podría insistirse en que las minorías excluidas son más bien signo de un sistema patológico, y por tanto ajenas a las sociedades democráticas pluralistas, en las que las mayorías son en realidad coaliciones de minorías que van fluctuando de acuerdo al asunto objeto de decisión. En esta línea, Bellamy, cit., explica que los “sistemas de gobierno basados en la regla mayoritaria han sido más frecuentemente modificados de varias maneras que petrificados para reducir algunos de sus potenciales efectos tiránicos. Normalmente las mayorías resultan ser coaliciones cambiantes de minorías, que por necesidad deben comprometerse con una amplia gama de grupos para mantener un gobierno, en el que se producen minorías consistentes que son atendidas por arreglos consociacionales o de autogobierno que introducen un cierto grado de proporcionalidad al sistema”. Todo esto indica que, en una democracia de este tipo, quizás los grupos minoritarios no necesiten ser defendidos por una instancia externa, sino que pueden ser capaces de

incorporadas al proceso político, las minorías ya no necesitaban, como antaño se había alegado, de la protección de la Corte Suprema<sup>201</sup>. Podían valerse ahora de la política, espacio éste que se mostraba más adecuado para dar respuesta a sus necesidades. A su vez, otras explicaciones apuntan a la dinámica de la formación de las mayorías en el proceso político. Por ejemplo, los políticos se benefician cuando sus electores se hallan dispersos en grupos que sean lo más amplio y heterogéneo posible, y por tanto, tienden a moderar sus decisiones de manera a obtener el mayor respaldo que sea factible recabar de la ciudadanía, lo cual funciona adecuadamente sobre todo en las democracias pluralistas<sup>202</sup>. Explicaciones a parte, lo cierto es que el proceso democrático-mayoritario ha sido, sobre todo en las últimas décadas, una herramienta imprescindible para la protección de los derechos e intereses de los grupos minoritarios, muchas a veces actuando en contra de las interpretaciones de la Corte Suprema.

La implicación de toda esta discusión precedente de cara a la tesis principal defendida en esta investigación debería a estas alturas resultar obvia. El dejar los derechos al cuidado del proceso democrático-mayoritario, atribuyendo a éste la palabra final en materia de derechos, no sólo no parece presentar ningún tipo de riesgo inevitable de que dicho proceso desemboque hacia una desconsideración de los derechos e intereses de las minorías (siempre asumiendo que nos hallamos ante una sociedad bien ordenada). La discusión precedente sugiere además que, de hecho, y al menos en contexto analizado, la protección adecuada de los derechos e intereses de los grupos minoritarios no puede prescindir, para resultar eficaz, de la intervención activa y del mantenimiento de las instituciones mayoritarias, así como de un soporte extendido en la cultura política en general. Aunque no profundizaré sobre ello, considero que los rasgos institucionales característicos de los órganos jurisdiccionales hace probable que esta tesis quizás pueda

---

defenderse a sí mismos al incorporarse al proceso político. Según esta insinuación, la política sería la mejor protección, no la justicia. Con lo cual se ganaría además que sean los propios grupos quienes se encarguen de proteger sus derechos e intereses, excluyendo por tanto un paternalismo que podría terminar por degradar la conciencia moral de estos grupos, conforme se vio en el texto.

<sup>201</sup> Griffin, *American Constitutionalism...*, cit., pp. 116 y ss. El autor, sin embargo, matiza su posición en el contexto del debate sobre la justificación del control judicial, señalando la enorme complejidad detrás del problema al constatar estos datos de la realidad política norteamericana.

<sup>202</sup> Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, cit., p. 30.

hacerse extensiva a otras democracias occidentales contemporáneas<sup>203</sup>. La imagen de un órgano jurisdiccional cabalgando quijotesicamente en contra de instituciones mayoritarias que por su propia lógica tienden a atentar en contra de los derechos minoritarios no sólo no se sostiene, sino que los tribunales a veces pueden operar en sentido inverso, negando la protección de lo que determinadas minorías pueden considerar como sus legítimos derechos e intereses.

Conviene hacer notar que la imagen que Hamilton nos brinda sobre el “least dangerous branch” adquiere dos significados distintos en el contexto de esta discusión<sup>204</sup>. Por un lado, la tesis es dudosa cuando constatamos que a veces también el control judicial puede llegar a representar un obstáculo para la protección de las minorías. Pero por otro lado, la suposición de Hamilton es acertada cuando notamos que los tribunales no pueden promover eficazmente la tutela de los derechos e intereses de las minorías sin el auxilio de las instituciones mayoritarias y de la cultura política en general. Si todo esto es en efecto así, la propuesta de dejar los derechos a cuidado del proceso político resulta no sólo plausible sino inevitable, al menos si lo que pretendemos es lograr una tutela adecuada y eficaz de los derechos de las minorías.

Por otra parte, si algún tipo de papel pueden en efecto desempeñar los tribunales en la tarea de tutelar los derechos e intereses de los grupos minoritarios en contra de la convicciones mayoritarias prevalecientes en la sociedad –algo que se daría en supuestos y con alcances muy limitados, según la discusión precedente–, quizás pueda entonces hallarse un acomodo para dicha actuación en un modelo institucional que reconozca alguna forma de control judicial pero en el que la palabra final quede en manos del proceso democrático-mayoritario, que al fin y al cabo parece ser el mejor garante de la protección y eficacia de los derechos e intereses de las minorías<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Cfr., sin embargo, Tushnet, “Scepticism about Judicial Review...”, cit., p. 368, quien sugiere que la tesis de Dahl se halla íntimamente conectada con la estructura constitucional norteamericana, así como el sistema de nombramiento de los magistrados de la justicia constitucional, y sugiere que quizás en los modelos parlamentarios los resultados podrían ser distintos.

<sup>204</sup> Recordemos que Hamilton entretiene la idea en *El Federalista No. 78*.

<sup>205</sup> El punto lo reconoce también Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation...”, cit., pp. 380-1. El autor, si bien rechaza la imagen de la Corte Suprema como institución antimayoritaria, señala que quizás la institución podría desempeñar algún papel en determinados casos, pero sin el añadido de la doctrina de la supremacía judicial, con lo cual propicia alguna forma de “departamentalismo”.

5. EL CASO DE LOS SISTEMAS CON PATOLOGÍAS GENERALIZADAS Y DE LAS DECISIONES  
ERRÓNEAS AISLADAS EN EL CONTEXTO DE SOCIEDADES BIEN ORDENADAS

De conformidad a lo expuesto en el capítulo 1, la crítica que en esta investigación se formula en contra de los sistemas fuertes de control judicial de la ley resulta aplicable a una sociedad cuyas instituciones representativas y jurisdiccionales gozan de buena salud, en términos relativamente aceptables para evaluar la realidad de sociedades existentes, y que cuenta además con una cultura política comprometida hacia la idea de los derechos, pero en la que no obstante campean las circunstancias del desacuerdo, lo cual es a la vez el resultado de las instituciones libres de dicha sociedad<sup>206</sup>. Según lo expresado en dicho capítulo, no pretendo que la crítica se aplique necesariamente de la misma manera fuera de estos casos.

En lo que sigue abordaré el problema de aquellas sociedades aquejadas por patológicas puntuales y endémicas que no están comprendidas directamente bajo el ámbito de la crítica, así como también el caso de las decisiones claramente erróneas que puedan darse en el contexto de las sociedades bien ordenadas a las que sí se aplica la crítica. Uno de los casos más frecuentemente señalados como posible patología, sobre todo en el contexto constitucional norteamericano en el que la idea ha estado presente desde del período revolucionario, es el temor a la “tiranía de la mayoría”<sup>207</sup>. Sin embargo, el centrar la atención únicamente en este supuesto específico implicaría incurrir en una suerte de reduccionismo, pues existen otras patologías salientes para las que también se ha sugerido que el control judicial podría contribuir una herramienta profiláctica o correctiva adecuada. En consecuencia, y sin pretender ser exhaustivo, en lo que sigue intentaré identificar aquellas patologías que considero como las más importantes de manera a determinar posteriormente si es que un sistema fuerte de justicia

---

<sup>206</sup> Véase el capítulo 1, apartado 2, epígrafe b).

<sup>207</sup> Véase, a más de la bibliografía ya citada *supra*, J. Elster, “Régimen de mayorías y derechos fundamentales”, cit., con datos históricos sobre el período revolucionario, enfatizando el temor hacia las mayorías.



constitucional podría desempeñar algún papel importante en impedir o corregir dichas situaciones.

*a) Algunos escenarios patológicos*

Independientemente a la distinción trazada entre las sociedades bien ordenadas y aquellas que no lo son, no debe pensarse que todo el edificio teórico que se ha venido exponiendo hasta aquí presenta en este punto una fisura a través de la cual se reintroduce con toda su fuerza la necesidad (y por ende la legitimidad) de un modelo fuerte de control judicial de la ley para la protección de los derechos fundamentales, algo que desde luego convertiría en inútil una buena parte de todo lo tratado hasta aquí. En este orden de ideas, podría objetarse que el control judicial de la ley es una institución pensada no para un mundo ideal definido apriorísticamente, sino que es una institución pensada precisamente para hacer frente a las debilidades y patologías que aquejan a las sociedades contemporáneas y al funcionamiento real de sus instituciones<sup>208</sup>.

Para responder a esto, conviene volver a poner de relieve antes que nada que las presuposiciones sobre las sociedades bien ordenadas no deberían parecer como utópicas, sino que están pensadas para reflejar las condiciones de algunas sociedades democráticas occidentales que han consolidado una cultura de instituciones libres. Por ejemplo, más allá de las explicaciones sobre las motivaciones de la participación en política acerca de las que ya me he referido, el compromiso con los derechos fundamentales se evidencia en este tipo de sociedades en el hecho de casi siempre poseen un catálogo de derechos fundamentales que representa una suerte de consenso social a favor de los mismos, y que en ocasiones sirve para fundamentar la legitimidad misma de todo el sistema político<sup>209</sup>. También se dijo que no es necesario que las asambleas legislativas sean perfectas, sino que se adecuen o aspiren al menos a adecuarse a ideales de igualdad, de participación, de

---

<sup>208</sup> J. Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006), p. 1401.

<sup>209</sup> El artículo 10.1 de la Constitución española, por ejemplo, prescribe lo siguiente: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás *son fundamento* del orden político y de la paz social" (énfasis añadido.)

representatividad, de responsabilidad política (“accountability”), etc. Lo propio cabe afirmar de las instituciones judiciales: no hace falta que éstas se hallen conformadas por jueces al estilo del Hercules dworkiniano, sino que se las mide y evalúa por su funcionamiento de acuerdo a parámetros razonables para un mundo real<sup>210</sup>.

Haciendo esto a un lado, volvamos a la pregunta que aquí ocupa nuestra atención sobre qué habrá de ocurrir en los casos en los que las presuposiciones fallan. Cuando ello ocurre, puede decirse que nos hallamos ante una patología, la cual puede producir una situación de gravedad susceptible de presentar diversos grados. Cuando varias presuposiciones fallan y cuando estos fallos revisten una gravedad considerable (por ejemplo, no existe una cultura política que dé sustento a la idea de los derechos, y las instituciones representativas y jurisdiccionales se alejan demasiado de los ideales en la práctica), puede decirse que nos hallamos ante una patología endémica. El principal problema con el tratamiento de los sistemas políticos endémicamente patológicos, como podrían serlo, por ejemplo, la Alemania Nazi, un sistema que tolere la esclavitud, o la Sudáfrica del “apartheid”, es que en estos casos, para emplear una expresión gráfica, “se cancelan todas las apuestas”<sup>211</sup>. Con esto no se pretende pintar un cuadro apocalíptico o desesperanzador, sino simplemente sugerir que resulta más que dudoso que el control jurisdiccional de la ley pueda servir como remedio eficaz para resguardar los derechos en una situación política insostenible, y por tanto, el intento de justificar la institución sobre esta base queda puesto en entredicho. En palabras de Víctor Ferreres, si “el Parlamento empezara a aprobar leyes manifiestamente inconstitucionales, nos encontraríamos ante un grave síntoma de degradación de la cultura constitucional, y es altamente dudoso que un Tribunal pueda detener un proceso de tales características”<sup>212</sup>.

Otro tipo de situaciones en las que las presuposiciones podrían fallar es el caso de situaciones de emergencia o de crisis nacional, como las que podrían darse en una guerra.

---

<sup>210</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., p. 1402.

<sup>211</sup> La expresión es de Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., p. 162 (aludiendo a Ely).

<sup>212</sup> Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit., p. 212. En el mismo sentido, A. Ruiz Miguel, “Constitucionalismo y democracia”, 21 *Isonomía* (2004), pp. 66-7: “el constitucionalismo como medio de limitación del poder vale más para las situaciones de normalidad y estabilidad que para los momentos excepcionales y de crisis. Ante catástrofes políticas como los suicidios democráticos o los golpes de Estado, la rigidez y los tribunales constitucionales resultan tan inapropiados como pretender afrontar una gigantesca tempestad levantando pequeños diques de arena”.

La misma conclusión parece aplicable a estos casos. Recordemos aquí el ya citado caso de internación de los ciudadanos norteamericanos de origen japonés en una situación de emergencia como lo fue la Segunda Guerra Mundial, algo que parece reproducirse en la actual guerra contra el terror, en la cual la justicia poco o nada es lo que ha hecho para remediar una situación bastante nebulosa, y sólo parece haber dado señales de reacción tras percibirse un descontento desde el Congreso con las medidas adoptadas por la administración Bush. Del mismo modo, la justicia se negó a proteger, en situaciones de especial tensión durante la Guerra Fría, a ciudadanos tildados de comunistas, quienes sufrieron todo tipo de persecuciones injustas y dramáticas<sup>213</sup>.

La respuesta a la pregunta de qué es lo que debería hacerse en situaciones como éstas constituye un tema de tal complejidad que impide siquiera el intento de esbozar una respuesta en este lugar. Lo cierto es que la relación entre el reconocimiento y el respeto a los derechos y la cultura política de un medio determinado parece ser fundamental. De hecho, como se ha visto, existe una corriente de pensamiento dentro del constitucionalismo alternativa a la concepción de los límites jurídicos al poder sobre la base de restricciones de carácter sustantivo, como es el caso de los sistemas en los cuales los derechos fundamentales son hechos valer por medio del control judicial. La idea básica detrás de esta corriente alternativa es que la cultura política de una determinada comunidad viene a resultar mucho más eficaz a la hora de lograr determinados objetivos políticos, en este caso, la defensa y promoción de los derechos, que cualquier tipo de dispositivo institucional que intente actuar como mecanismo de constreñimiento externo a la voluntad política. Una formulación clásica de esta posición nos la proporciona Learned Hand, cuando señalaba, en un famoso pasaje, lo siguiente: “I often wonder whether we do not rest our hopes too much upon constitutions, upon laws and upon courts. These are false hopes; believe me, these are false hopes”. Y añadía: “Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it; no constitution, no law, no court can even do much to help it. While it lies there it needs no constitution, no law, no court to save it”<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., p. 162.

<sup>214</sup> L. Hand, *The Spirit of Liberty*, Knopf, New York, 1952, pp. 189-90. A su vez, a Jefferson se atribuye la expresión según la cual la masa de la sociedad es el más seguro custodio de sus derechos, en tanto que Madison escribía con elocuencia: “Si se pregunta qué habrá de impedir que la

De hecho, a esta concepción alternativa parece adecuarse la manera en la que tradicionalmente han funcionado los países cuyos sistemas políticos resultaban más cercanos al principio de la soberanía parlamentaria, y cuyo ejemplo más emblemático ha sido el Reino Unido<sup>215</sup>. La siguiente caracterización de estos regímenes por parte de Mark Tushnet en uno de sus trabajos sobre derecho constitucional comparado resulta elocuente:

“[e]l poder de las legislaturas era ilimitado, pero la cultura política reconocía límites morales a lo que la legislatura podía legítimamente hacer. A veces un gobierno plantearía una política, y sus oponentes argumentarían que la propuesta no debería ser adoptada en razón de que al hacerlo se violarían los límites morales (o prudenciales, o prácticos) sobre el poder gubernamental reconocido en la cultura política. Un gobierno liberal entonces respondería, no que la objeción era irrelevante porque el gobierno tenía el poder legal puro para hacer lo que quisiera, sino más bien que su propuesta resultaba consistente con esos límites. Es decir, los debates interpretativos en efecto tomaban lugar dentro de los sistemas liberales de soberanía parlamentaria, pero tendían a ser debates sobre la interpretación adecuada de las convicciones culturales mayormente implícitas, en lugar de versar sobre la interpretación de documentos dotados de autoridad”<sup>216</sup>.

También existen, como hemos visto, otras maneras de constreñir “internamente” el proceso político que acaso resulten más eficaces, en razón de que operan no a título de intentos de condicionar “desde fuera” la voluntad de los actores políticos, sino que van

---

Cámara de Representantes haga discriminaciones legales a su favor y a favor de una clase determinada de la sociedad, respondo: el espíritu de todo el sistema; la naturaleza de leyes justas y constitucionales; y, *ante todo*, el espíritu vigilante y viril que mueve a la gente de Norte América”. (Cit. en J. H. Ely, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo de Hombre/Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, p. 112, énfasis añadido). Y por poner un último ejemplo, esta de vez de un autor contemporáneo, el filósofo político Thomas Pogge escribe: “Así como el gobierno puede, por lo tanto, ser el guardián primario de los derechos humanos y la medida de referencia de la falta de respeto oficial, el pueblo es el último guardián sobre quien su actualización depende de manera crucial. El respeto duradero a los derechos humanos es, por lo tanto, sustentado no sólo por la constitución de un país, por su sistema político y jurídico, y por las actitudes de sus políticos, jueces y policías. Es sustentado, de manera más profunda, por las actitudes de la gente, tal y como hayan resultado conformadas por el sistema educativo y la distribución económica”. (Cit. en P. de Lora, *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*, Alianza, Madrid, 2006, pp. 221-2.)

<sup>215</sup> Sobre los cambios que ha experimentado el sistema inglés a raíz del “Human Rights Act de 1998”, véase el capítulo 6.

<sup>216</sup> M. Tushnet, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy- Based Worries”, 38 *Wake Forest Law Review* 813 (2003), p. 816.

modelando dicha voluntad a medida que la misma se despliega y articula dentro del proceso político. Al decir de Bellamy y Castiglione, “puede resultar más apropiado limitar la política con la política antes que intentar circunscribir lo que la política puede hacer...La separación de poderes puede ser concebida en estos términos”<sup>217</sup>. Añaden estos autores que otro tipo de dispositivos, como las legislaturas bicamerales o la elección del ejecutivo de manera independiente, “proveen muestras de cómo la democracia puede imponerse restricciones a sí misma como parte de un continuo proceso de autolimitación que, en contraste con las estrategias de exclusión por vía de principios sustantivos, permiten cierta flexibilidad en el modo en que dichos límites resultan desplegados e interpretados”<sup>218</sup>.

Por lo demás, aunque cabe admitir que puede haber influencias recíprocas entre los mecanismos institucionales vigentes y la cultura política de una determinada comunidad, lo cierto es que sin una cultura política adecuada poco o nada es lo que los primeros pueden hacer<sup>219</sup>. El punto que debe quedar claro se traduce en la idea expresada por Juan Carlos Bayón y a la que se aludió al inicio mismo de este capítulo, a saber: así como el control jurisdiccional de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales puede resultar innecesario en algunos contextos, en otras situaciones el mismo puede resultar *clamorosamente* insuficiente<sup>220</sup>.

Veamos ahora el escenario distinto de un hipotético caso patológico que, sin llegar al extremo de la Alemania nazi o a una situación especialmente delicada como la que puede darse en el contexto de una guerra, puede mostrar una tendencia a la falta de

---

<sup>217</sup> Bellamy y Castiglione, “Constitutionalism and Democracy...”, cit., p. 599.

<sup>218</sup> Id. A su vez, en R. Bellamy, “Citizenship and Rights”, en R. Bellamy (ed.), *Theories and concepts of politics. An introduction*, Manchester, Manchester/New York, 1993, p. 70, el autor escribe: “Individual freedom is not protected by written statements...This protection is best provided by having a variety of different areas of power, that respects the autonomy of different spheres and levels of social life, and restricts the possibilities for any one group or agency to dominate all others. Such a system replaces the substantive, ‘moralistic’, constitutional constraints on majority rule and government action of rights, with ‘realistic’, procedural, democratic checks and controls”.

<sup>219</sup> Una posible implicación de esto es que, en la etapa de formación de una sociedad bien ordenada, la institución del control jurisdiccional de constitucionalidad podría desempeñar ciertas funciones valiosas a favor de la instauración de una cultura política adecuada. La pregunta es si, una vez lograda la instauración de dicha cultura, sigue teniendo algún sentido el control judicial, no así el catálogo mismo de derechos, que siempre puede actuar como marco referencial en torno al cual articular el debate político.

<sup>220</sup> Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, pp. 221-2.

respeto hacia los derechos individuales o de las minorías. Tal sería el caso, por ejemplo, de cualquier sociedad contemporánea en la que fallen una o más de las presuposiciones. La tentación que debe resistirse aquí es la de afirmar de entrada que en dichos casos el control judicial de la ley puede representar una solución al problema, por la sencilla razón de que si fallan, por ejemplo, las presuposiciones de una legislatura que funcione de manera razonablemente aceptable, o si no existe una cultura política de respeto y consideración hacia los derechos, también puede significar que la presuposición acerca del funcionamiento del poder judicial falle. Es decir, puede muy bien darse el caso de que en un sistema político que presente estas patologías, el poder judicial también sea parte del problema, ya que puede ser igual de corrupto que las demás instituciones, o puede que abrigue los mismos prejuicios hacia los derechos que predominan en la cultura política, etc.<sup>221</sup> Por ejemplo, la historia de muchos países latinoamericanos ha puesto de manifiesto que en los momentos en los cuales sus sistemas políticos han tendido hacia formas autoritarias de gobierno, el poder judicial tendía a someterse al poder político, con lo cual cualquier esperanza de que éstos pudieran actuar eficazmente para detener las violaciones de los derechos parecía ser una mera ilusión<sup>222</sup>. La suposición de que en estas sociedades existiría una elite judicial capaz de “salvar” el sistema nuevamente parece apoyarse en nada más que prejuicios o presuposiciones empíricas no siempre contrastadas.

---

<sup>221</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit.

<sup>222</sup> Durante las dictaduras militares de los años setenta en el llamado “Cono Sur” del continente americano, en países como Argentina, Paraguay, Uruguay, Chile y quizás otros de la región, los jueces en general se negaron a proteger los derechos fundamentales y a entender en las acciones destinadas a su defensa. Cfr. la opinión del chileno Fernando Atria, “El derecho y la contingencia de lo político”, 26 *Doxa* 319, p. 323: “las instituciones judiciales no sirven para evitar el terror. Y no sirven porque las instituciones judiciales no son el *tipo* de instituciones que puedan resistir al terror. Cuando aparece el terror, los tribunales o hacen su contribución a él (como los tribunales chilenos con los miles de recursos de amparo rechazados durante el terror...), o son intervenidos”.

b) *La “tiranía de la mayoría” y el caso de las minorías discretas e insulares*

Ya vimos en el apartado 4 algunas de las relaciones entre el proceso democrático-mayoritario y la protección de los derechos de las minorías. Este epígrafe está dedicado a realizar algunas consideraciones adicionales sobre la posibilidad de que dicho proceso desemboque en alguna forma patológica de “tiranía de la mayoría”, así como también a realizar algunas sugerencias sobre un tipo especial de minorías cuya configuración puede dar lugar a una patología o situación tiránica, y que aparece en circunstancias que hacen poco probable que puedan aplicarse con normalidad a estas situaciones las protecciones ordinarias del proceso político mayoritario, tal como se verá en seguida.

Antes que nada, conviene recordar nuevamente que cualquier procedimiento de toma de decisiones colectivas puede conducir a resultados injustos o erróneos que en ocasiones pueden considerarse “tiránicos”, y esto resulta aplicable a todos los procedimientos –incluido el control judicial–, y no sólo al proceso legislativo<sup>223</sup>. Es más, tal como se vio en el capítulo anterior, ninguno de estos dos procedimientos puede reivindicar para sí de manera categórica una superioridad instrumental sobre el otro. Piénsese si no nuevamente aquí en la decisión del caso *Dred Scott*. Lastimosamente, esta consecuencia inevitable de la falibilidad de las instituciones humanas no carece de excepciones, ni siquiera cuando las decisiones a ser adoptadas tienen por objeto o se vinculan de alguna forma con los derechos fundamentales. De modo que una decisión tiránica no deja de ser tiránica en función al tipo de mecanismo que ha engendrado la decisión.

Como hemos visto, se ha insistido con no poca frecuencia que las mayorías pueden oprimir, discriminar, violar los derechos, o no tomar en debida consideración los intereses de una minoría. En estos casos, puede emplearse la expresión “tiranía de la mayoría”<sup>224</sup>. Pero es bueno recordar de paso, aún bajo el riesgo de caer en una

---

<sup>223</sup> Cfr. Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., p. 100, aunque comparando los regímenes democráticos con los errores cometidos por regímenes no democráticos, afirma que la posibilidad de error “ocurre en todos los regímenes del mundo real”.

<sup>224</sup> En general, sobre distintos contextos en los que puede aparecer la expresión “tiranía de la mayoría” en el discurso político, véase G. Sartori, *Teoría de la Democracia*, T. 1, Alianza, Madrid, 1988, pp. 170 y ss. Como ya se ha visto, el argumento acerca de la tiranía de la mayoría es quizás

trivialidad, que no toda decisión mayoritaria implica que necesariamente se cometa una injusticia en contra de una minoría, lo cual resulta evidente, ya que de lo contrario la democracia como sistema de gobierno se haría insostenible<sup>225</sup>. Especialmente útil para nuestros propósitos resulta la distinción en torno a dos categorías a las que puede denominarse, siguiendo la terminología waldroniana, como “mayorías y minorías decisionales”, y “mayorías y minorías cuyos derechos/intereses están bajo discusión”<sup>226</sup>. A veces puede producirse una coincidencia entre las mayorías decisionales y aquellas cuyos derechos/intereses se discuten. Los casos raciales constituyen ejemplos ilustrativos. El escenario sería el siguiente: una mayoría blanca vota a favor de los privilegios de los propios blancos; una minoría de raza negra pierde en una votación sobre la extensión de ciertos derechos a los ciudadanos afroamericanos, etc. En estos casos podría hablarse propiamente de una “tiranía de la mayoría”, ya que se da la circunstancia de que los derechos/intereses de una minoría resultan subordinados a los de la mayoría. Sin embargo, debe tenerse presente que estos casos se hallan fuera del ámbito definido en el capítulo 1 de esta investigación al que se aplica la crítica al control judicial. En efecto, se trata de una patología del sistema que toma lugar normalmente cuando se alinean las minorías decisionales con las minorías cuyos derechos/intereses se discuten, y que pueden muy bien equipararse a lo que en la nota número 4 del fallo *Carolene Products*, se denominó como “discrete and insular minorities”, expresión que alude a las minorías “insulares”, o aisladas, por un lado; y “discretas”, en el sentido de que exhiben ciertas

---

uno de los recursos más frecuentemente empleados para realizar una defensa del control judicial de la ley, y acaso también uno de los argumentos clásicos para justificar el constitucionalismo, sobre todo en el contexto norteamericano. Así, el diseño constitucional norteamericano, con su sistema de separación de poderes, “*checks and balances*” y su complejo entramado institucional, pueden ser interpretados como una respuesta a este problema específico. No en vano Elster, “Régimen de mayorías y derechos fundamentales”, cit., considera sumamente útiles para abordar el tema acudir a los debates de la Convención Federal de Filadelfia de 1787, así como también los de la Asamblea Constituyente de París de 1789 a 1791. Entre los dispositivos diseñados para frenar la amenaza de las mayorías, Elster destaca los cuatro siguientes: constitucionalismo, justicia constitucional, separación de poderes y frenos y contrapesos. Sobre este problema en la teoría madisoniana, cuya influencia sobre el pensamiento constitucional ha sido enorme, véase la rigurosa crítica de Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, cit., capítulo 1. Dahl llegar incluso a dudar que, como categoría conceptual, el problema de la tiranía de la mayoría tenga alguna virtualidad operativa para la teoría política. De todas maneras, el autor advierte que “the Madisonian ideology is likely to remain the most prevalent and deeply rooted of all the styles of thought that might properly be labelled ‘American’” (pp. 30-1).

<sup>225</sup> En el mismo sentido, Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., p. 159.

<sup>226</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., p. 1397. También toma en cuenta la distinción, Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., pp. 103 y ss.



propiedades que las hacen visibles como grupos ante los demás<sup>227</sup>. En estos casos, fallan claramente algunas presuposiciones necesarias para configurar una sociedad bien ordenada, en especial, la que exige una legislatura que funcione de manera relativamente aceptable, en el sentido de que cuando menos debería actuar carente del prejuicio que se evidencia en estos casos, y probablemente también se produce un fallo en la cultura política de la sociedad que tolera la adopción de decisiones de este tipo<sup>228</sup>.

Ahora bien, el que estos casos se hallen fuera del ámbito de la crítica no debería llevarnos a suponer que la objeción de la tiranía de la mayoría, bajo estas condiciones, constituya algo trivial o de poca importancia. Todo lo contrario, se trata de un problema serio y digno de preocupación y por eso será abordado seguidamente. Fuera de estos casos patológicos, debe quedar en claro que no siempre que una minoría decisional pierda en una votación, podrá afirmarse que sus derechos o sus intereses han sido violados<sup>229</sup>. Otra manera de decir esto es que una minoría sólo puede alegar que padece tiranía cuando sus derechos son efectivamente infringidos, o cuando son perseguidas, oprimidas, o explotadas. Pero si una minoría se encuentra de manera persistente en el lado perdedor, pero no puede alegar ninguna de estas dos circunstancias, entonces su posición debe

---

<sup>227</sup> Para una polémica sobre la traducción de esta expresión, véase Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit., p. 60. Comparto el criterio de Ferreres y Alonso García acerca del modo más correcto de traducir la expresión.

<sup>228</sup> Véase el capítulo 1, apartado 2, epígrafe b).

<sup>229</sup> Con elocuencia, Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., p. 56, anota: “El punto a tener presente aquí es que nada tiránico me ocurre por el mero hecho de que *mi opinión* no resulte adoptada por la comunidad de la que soy miembro. Siempre que la opinión que resulta adoptada tome debidamente en cuenta mis intereses, junto con los intereses de todas las demás personas, el hecho de que no sea *mi* opinión no constituye en sí mismo en una amenaza a mis derechos o a mi libertad o a mi bienestar. Nada de esto cambia necesariamente si al mismo tiempo soy miembro de la misma minoría cuyos intereses están en juego. La gente –incluidos los miembros de las minorías cuyos intereses están en juego– no necesariamente posee los derechos que creen poseer. Pueden estar equivocados sobre los derechos que tienen; la mayoría puede estar en lo cierto. Un discurso responsable sobre la ‘tiranía de la mayoría’ debe tomar en cuenta estas distinciones analíticas”. En parecidos términos, Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., p. 200, quien en uno de los diálogos de la obra hace decir a uno de los participantes: “Al adoptar decisiones colectivas es virtualmente imposible *no* lesionar algunos intereses de algunas personas. Ninguna solución, de procedimientos o de fondo, puede garantizar que jamás sean dañados, de ningún modo, los intereses de nadie. Ni el proceso democrático ni ningún otro proceso factible para arribar a decisiones colectivas puede satisfacer siempre (o aun con frecuencia) el requisito de que no empeore la situación de nadie. Sin embargo, lo importante es que si el proceso por el cual se toman tales decisiones presta igual consideración a los intereses de todos, el principio no sería transgredido aunque fueran perjudicados los intereses de algunos”.

considerarse más bien desafortunada antes que injusta<sup>230</sup>. De cualquier manera, si las mayorías y minorías son fluctuantes, como suele ser el caso en las sociedades bien ordenadas, sería poco probable encontrarse con una situación de este tipo. Al decir de Robert Dahl, “puesto que las mayorías tienden a ser inestables y transitorias en las sociedades grandes y pluralistas, tienden a ser políticamente inefectivas; y en ello reside la protección básica en contra de la explotación de sus minorías”<sup>231</sup>.

Es importante hacer notar además que a veces podemos hablar de grupos desaventajados cuyos derechos e intereses no son tomados en cuenta, pero que sin embargo, no son minorías decisionales sino que, al contrario, son numéricamente mayoritarios. Tal sería el caso, por ejemplo, de la mayoría negra en Sudáfrica en tiempos del *apartheid*. En estos casos, el empleo de dispositivos mayoritarios, como la regla mayoritaria, puede ser la única esperanza de estos grupos para obtener la satisfacción de sus reivindicaciones morales, sociales y políticas<sup>232</sup>. Por lo demás, y como bien señala Bayón, este escenario muestra además que el peligro de que la mayoría tiranice a la minoría es simétrico a la posibilidad de que sea una minoría la que tiraniza a una mayoría<sup>233</sup>, hipótesis que lastimosamente se ha verificado demasiadas veces a lo largo de la historia. Es más, algunos autores, como el ya citado Richard Parker, ponen en duda de que la “tiranía de la mayoría” constituya en verdad un auténtico peligro, en razón de que, según alega, las mayorías casi nunca gobiernan, por lo menos no de manera directa. Además, las mayorías en cuanto tales tienen serios problemas para actuar con eficacia. En consecuencia, la mayor opresión que cabe esperar en la práctica –siempre según este

---

<sup>230</sup> Jones, “Political Equality and Majority Rule”, cit., p. 173.

<sup>231</sup> Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, cit., p. 30.

<sup>232</sup> De hecho para algunos teóricos de la democracia, como Richard Bellamy, ésta ha sido precisamente una de las funciones que la democracia ha realizado a lo largo de su historia. Véase, Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy”, cit., p. 26.

<sup>233</sup> Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., p. 104. En el mismo sentido, Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., p. 105: “la idea de que el poder de veto de una minoría sólo puede emplearse para bloquear amenazas de la mayoría a sus derechos, y no para vulnerar derechos de la mayoría o de otras minorías, carece por completo de fundamento”. Cfr. además la advertencia de Hamilton: “Dad todo el poder a los muchos y oprimirán a los pocos. Dad todo el poder a los pocos, y oprimirán a los muchos”. (Cit. en Sartori, *Teoría de la democracia*, cit., p. 169.)

autor— es en verdad aquella que proviene de elites minoritarias que gobiernan y que detentan posiciones de poder desde distintos ámbitos<sup>234</sup>.

Lo que la discusión precedente sugiere entonces es que, antes de rechazar *a priori* cualquier sugerencia sobre la “tiranía de la mayoría” en el contexto de las decisiones mayoritarias sobre derechos, es bueno tomar en cuenta algunas distinciones elementales de manera a que se pueda abordar la propuesta de dejar los derechos al cuidado del proceso democrático-mayoritario con inteligencia. A su vez, la clarificación puede contribuir al mismo tiempo a disipar determinados temores a los que se ha apelado con tanta frecuencia que acaban por producir en la cultura jurídica una especie de rechazo inicial hacia cualquier tipo de propuesta que promueva un papel determinante para las asambleas legislativas en el ámbito de los derechos, a la vez que se concibe al control judicial “como la única manera de escapar a la potencial tiranía de la mayoría”<sup>235</sup>.

Quizás el escenario más difícil para una teoría que pretenda determinar cómo deben protegerse adecuadamente a las minorías esté representado por una categoría que, si bien al parecer no ha trascendido el ámbito constitucional estadounidense, no por eso dejar de constituir una categoría conceptualmente útil para el análisis de un problema como el de la tiranía de la mayoría. Me refiero a la ya aludida categoría de las minorías discretas e insulares. Se había dicho más arriba que la crítica no se halla en principio concebida para hacer frente a estas situaciones, en razón de que los grupos con tales características probablemente no podrán procurarse la protección del proceso democrático. La pregunta que debe plantearse ahora es si el control judicial de la ley, en estos casos patológicos, puede en efecto constituir una herramienta eficaz para remediar la situación de estos grupos minoritarios.

Según la definición del juez Harlan Fiske Stone en la nota a un famoso fallo donde se acuñó por vez primera la expresión, se daba a entender que el prejuicio contra este tipo de minorías puede dar pie a una situación especial en lo que al escrutinio de los resultados del proceso político se refiere, en razón de que dicha actitud “tiende seriamente a dificultar la operación de los procesos políticos en los que normalmente debería

---

<sup>234</sup> Parker, *Here The People Rule...*, cit., p. 69. De hecho el autor sugiere que el derecho constitucional debería no solo limitar a las mayorías sino también potenciarlas (*passim*).

<sup>235</sup> M. Tushnet, *Red, White, and Blue*, Harvard, Cambridge, 1988, p. 16. Añade el autor que el control judicial genera, al mismo tiempo, el potencial peligro de la “tiranía de los jueces”.

sostenerse la protección de las minorías”<sup>236</sup>. Ahora, teniendo presente la distinción entre las minorías decisionales y las minorías cuyos propios intereses estén en juego, debemos recordar que no toda minoría debe ser considerada como digna de especial protección. Por ejemplo, la minoría decisional que pierde en una votación sobre cuál habrá de ser el límite de velocidad en las autopistas, cuando las opciones son 80km/h o 100 km/h<sup>237</sup>. A la luz de la distinción waldroniana entre minorías y mayorías decisionales y aquellas cuyos intereses son objeto de discusión, resulta claro que no toda minoría que el proceso de toma de decisiones produzca puede considerarse como una minoría discreta e insular. Estos adjetivos más bien se aplican a aquellas minorías que se hallan en una situación de aislamiento con respecto al proceso político y que por tanto no pueden formar coaliciones suficientes que les permitan salir de su situación de aislamiento<sup>238</sup>, en la línea en la que sugieren autores como Dahl o Richard Bellamy, razón por la cual resulta ilusorio pensar que el proceso político pueda servirles de protección. Por su parte, el otro criterio empleado por el juez Stone, el del “prejuicio” del que son víctimas estas minorías, también resulta esclarecedor a la luz de la distinción que venimos empleando. Se trata de una actitud en la que claramente falla la presuposición sobre el compromiso desinteresado de la sociedad que sostiene una cultura política de respeto y consideración hacia los derechos, y quizás también falle la presuposición sobre el desacuerdo razonable en materia de derechos presidido por la buena fe<sup>239</sup>.

Un sistema político en el que se verifiquen estos supuestos resultaría preocupante, pues se trata de grupos que al hallarse aislados y al ser víctimas de prejuicios no pueden procurarse las protecciones que podría otorgar el proceso político de conformidad a lo

---

<sup>236</sup> *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144, 152, nota número 4 (1938). Como es sabido, la mejor justificación teórica de esta concepción es la de Ely, *Democracia y desconfianza*, cit. Para una discusión, véase el siguiente capítulo.

<sup>237</sup> Tampoco lo es una minoría que vote en contra de una decisión a favor del derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio. Está claro que ésta no es precisamente una minoría a la que deba considerarse como una minoría oprimida que deba ser objeto de algún tipo de protección especial, aunque en sentido inverso tal podría ser el caso, ya que se alinearía una minoría decisional con una minoría cuyos intereses están en discusión, constituida por los homosexuales cuyos derechos o intereses se hallan bajo discusión. En este sentido, el caso español quizás sea una muestra de cómo una mayoría parlamentaria puede promover los intereses de grupos minoritarios y acaso impopulares, como el colectivo homosexual.

<sup>238</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit.

<sup>239</sup> Id.

visto en el apartado 4. De todos modos, no es menos cierto que las situaciones en las que los derechos e intereses decisionales coinciden con los derechos e intereses de las minorías desaventajadas son excepcionales. Como bien apunta Bayón, la mayoría de los derechos que guardan más relevancia para las sociedades contemporáneas a las que se aplica la crítica, como es el caso del derecho a la vida, la libertad de expresión, etc., no se identifican con determinados grupos específicos, ni mayoritarios ni minoritarios, y en este sentido, lo que está en juego en estos casos es no tanto cómo proteger a una minoría, sino un enfrentamiento en torno a distintas concepciones de la justicia y de los derechos<sup>240</sup>. (Quizás sea ésta una de las razones por las que la categoría no ha trascendido al ámbito del derecho constitucional norteamericano).

De cualquier manera, la duda más importante que nos queda tiene que ver con la eficacia del remedio, cuando este último es concebido en términos de un sistema fuerte de control judicial. En una sociedad en la que no se sostiene una cultura política de respeto a los derechos o en la que fallen cualesquiera otra de nuestras presuposiciones, la institución del control judicial de la ley tampoco puede llegar a representar ninguna solución al problema del prejuicio en contra de las minorías social y políticamente desaventajadas<sup>241</sup>. En efecto, el argumento a favor del control judicial de la ley sobre la base de la existencia de este tipo de minorías parece suponer, implícitamente, que existe, a pesar del prejuicio generalizado que impide el reconocimiento de los derechos de estos grupos entre la población ordinaria, una elite minoritaria en la sociedad, fuera de los grupos minoritarios mismos, que sí cree en la existencia de los derechos de estos grupos desamparados. Ahora, los miembros de esta elite pueden hallarse tanto en el parlamento como en la judicatura. El argumento para defender el control judicial de la ley sobre esta base puede ser el de que la elite que se halle en la judicatura, debido al aislamiento institucional de la política ordinaria en el que se encuentran, exentos de la presión popular y de la necesidad de rendir cuentas a un electorado ofuscado y hostil hacia cualquier iniciativa a favor de los grupos marginados, están mejor posicionados para proteger los

---

<sup>240</sup> Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., pp. 104-5. En el mismo sentido, W. Sadurski, “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, 22 *Oxford Journal of Legal Studies* 275 (2002), p. 293.

<sup>241</sup> En un sentido similar, R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 180 y ss.; y Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 260.

derechos de las minorías. Además, y todo dependiendo de factores enteramente coyunturales, quizás tengan mayores probabilidades de éxito en términos numéricos, ya que quizás en un cuerpo colegiado relativamente pequeño como lo son órganos judiciales, sea más fácil reunir la mayoría necesaria que quizás en el parlamento no se pueda reunir. Sin embargo, y como bien señala Waldron, puede que el apoyo que exista a favor de los derechos de los grupos minoritarios (fuera de estos mismos grupos) no necesariamente se halle entre las elites judiciales o parlamentarias. Puede que se halle diseminado entre la ciudadanía ordinaria. Si éste es el caso realmente, entonces el problema de asignar la protección de estas minorías a una elite judicial radica en el hecho de que el procedimiento judicial, como hemos visto, no está concebido para responder políticamente a las inquietudes ciudadanas. A diferencia de ello, las voces diseminadas en la ciudadanía a favor de los grupos minoritarios podrían encontrar una forma de acceder al proceso político y de hacer oír sus inquietudes con relación a los derechos de las minorías aisladas. Quienes aducen este argumento a favor del control judicial de la ley, parecen suponer que si es que habrá de encontrarse algún tipo de apoyo en la ciudadanía en general a favor de los grupos aislados, dicho apoyo necesariamente habrá de hallarse entre las elites<sup>242</sup>.

Por lo demás, al decir de Carlos Nino, no hay razones para suponer que otra minoría u otros individuos aislados (como los jueces) puedan proporcionar una protección adecuada, salvo que sus opiniones o intereses coincidan con los individuos afectados<sup>243</sup>. Como hemos visto, los jueces no pueden escapar del todo a la sociedad de la cual, al fin y al cabo, ellos mismos forman parte, y por esta razón, cuando determinadas actitudes son prevalentes en la ciudadanía, el control judicial sólo podría llegar a funcionar en el caso excepcional de que tengamos la suerte extraordinaria de contra con una Corte Suprema semejante al Tribunal Warren, el cual, al decir del historiador Morton Horwitz, constituyó una anomalía desde el punto de vista histórico<sup>244</sup>. Pero lo cierto es que lo normal es esperar que “[e]n tiempos racistas, los jueces son proclives a reflejar las creencias raciales

---

<sup>242</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., pp. 1404-5.

<sup>243</sup> C. S. Nino, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 122.

<sup>244</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit.

culturalmente dominantes. Cuando las elites nacionales consideran que la propiedad privada se halla bajo riesgo, entonces es probable que la judicatura simpatice con dichas preocupaciones”<sup>245</sup>. En sintonía con la tesis de Dahl expuesta más arriba, las probabilidades de una elite judicial cabalgando quijotesicamente en contra de la opinión pública son mínimas, si no inexistentes.

Por lo demás, no debe perderse de vista que la postura según la cual el parlamento no debería ser de fiar cuando en éste no se hallen representados todos los grupos sociales, llevado a sus extremos, puede llegar a sugerir algo así como una teoría de la representación como “identidad”. Como es sabido, esta concepción pretende legitimar la figura de la representación sobre la base de una supuesta correspondencia de identidad entre representantes y representados. Sin embargo, la misma no resulta teóricamente atractiva ni prácticamente plausible, dada la enorme fragmentación y complejidad de las sociedades democráticas contemporáneas<sup>246</sup>. Por este motivo, al decir de Will Kymlicka, al considerar el problema de la representación parlamentaria no resulta aconsejable partir de la máxima de que ciertos grupos, no puedan tener empatía hacia otros con los cuales no comparten señas de identidad<sup>247</sup>. A lo cual cabe añadir que, si de lo que se trata es de otorgar vías de participación a los grupos aislados, existen otras maneras de perfeccionar las instituciones representativas. Por ejemplo, otorgando escaños a grupos tradicionalmente excluidos, o bien, explorando vías extraparlamentarias en las que dichos grupos puedan expresarse políticamente y tener una participación activa en el proceso político en general<sup>248</sup>, etc., todo ello sin necesidad de echar mano de un procedimiento cuya legitimidad y eficacia resultan cuando menos dudosas, como lo es el control judicial

---

<sup>245</sup> Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation”, cit., p. 823.

<sup>246</sup> Véase, por ejemplo, M. Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 338-346; Sartori, “Representación”, en *Elementos de Teoría Política*, cit.; y N. Bobbio, “Democracia representativa y democracia directa”, en la compilación del mismo autor, *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, donde se alude de manera crítica a la “representación estamental”, con la cual la representación de los grupos guarda algunas analogías.

<sup>247</sup> W. Kymlicka, *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996.

<sup>248</sup> Cfr. R. Gargarella, “Full Representation, Deliberation, and Impartiality”, en J. Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, University Press, Cambridge/New York, 1998, p. 273, sugiriendo la exploración de otras alternativas extraparlamentarias de modo a lograr la representación plena de todos los grupos y minorías.

de la ley en un modelo fuerte<sup>249</sup>. En definitiva, a pesar del atractivo intuitivo que todavía sigue ejerciendo, el argumento a partir de las minorías discretas e insulares no parece constituir un alegato irrefutable a favor de la institución de un sistema fuerte de control judicial de la ley.

c) *Decisiones erróneas puntuales en el contexto de sociedades bien ordenadas*

Conviene tener presente la distinción entre sistemas aquejados por patologías en las que fallan una o más de las presuposiciones y a los que hemos estado haciendo alusión en los epígrafes anteriores, de los resultados injustos que se producen en el contexto de sociedades bien ordenadas, que es el tipo de situaciones que nos disponemos a examinar ahora. De modo que la pregunta que pretendo responder en este lugar es la de qué debe hacerse cuando se produce un error inequívoco que atente manifiestamente en contra de los derechos fundamentales y que se halle más allá de toda duda, e incluso fuera del ámbito de los “desacuerdos razonables”. De hecho algunos autores critican a quienes, intentado desarrollar el concepto rawlsiano de las circunstancias del pluralismo razonable, parecen olvidar la posibilidad de que se presenten casos de violaciones más flagrantes en los que, a diferencia de la naturaleza controvertida de los derechos al aborto, a la eutanasia, y otros similares, constituyen instancias claras de violaciones de derechos en torno a los cuales el papel de los desacuerdos parece ser mucho menos acentuado<sup>250</sup>. Ejemplos de casos claros serían, por citar dos, la legalización de la tortura o la institución de la esclavitud<sup>251</sup>. Está claro que no siempre habrá acuerdo sobre cuáles son los casos

---

<sup>249</sup> Véase Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, cit., pp. 183 y ss., para una discusión sobre el modo de proteger a los grupos minoritarios ante el reconocimiento de que los tribunales no necesariamente se interesarían por su protección.

<sup>250</sup> C. Fabre, “The Dignity of Rights”, 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 271 (2000); y K. E. Whittington, “An ‘Indispensable Feature’? Constitutionalism and Judicial Review”, 6 *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 21 (2002), p. 33, nota 40.

<sup>251</sup> Se presume además, a efectos del ejemplo, que el catálogo guarda silencio con relación a estas cuestiones. Existen razones para dudar de que estos casos puedan realmente sustraerse a las circunstancias del desacuerdo por completo (más allá de que desde nuestras convicciones personales podamos pensar lo contrario). Piénsese, por ejemplo, en el caso de una situación de emergencia: seguramente habrá quien considere que la tortura a un terrorista que ha instalado una bomba en un lugar oculto resultaría admisible si es que su empleo podría contribuir a encontrar la bomba y salvar



que violan dichos criterios, y por ende, pueden persistir instancias de desacuerdo en torno a si determinados casos son o no irrazonables. De cualquier manera, aún en las circunstancias del desacuerdo cabe admitir la posibilidad de que existan casos paradigmáticos acerca de los cuales existe un consenso bastante extendido que los sitúan más allá del ámbito de lo razonable. Por ejemplo a más de los ya citados, otros principios morales que probablemente hallarán un consenso en torno a su rechazo son la condena de un inocente, el asesinato, el robo, etc. ¿No aconsejaría la posibilidad de la existencia de estos casos claros el establecimiento de una suerte de instancia de control externa sobre el parlamento, a fin de evitar que errores de este tipo puedan aflorar o permanecer vigentes sin ser corregidos?

Existen básicamente cuatro respuestas que pueden darse para sostener una negativa a esta pregunta, o por lo menos, para arrojar algunas dudas sobre la plausibilidad de la propuesta. La primera es que, como ya se ha visto, todos los procedimientos para la toma de decisiones colectivas son falibles, por lo cual es inevitable que a veces se produzcan resultados que desde una determinada perspectiva pueden juzgarse erróneos. En este sentido, por vía del control judicial también pueden cometerse errores puntuales, por lo cual la misma pregunta puede ser formulada a quienes defienden la doctrina de la supremacía judicial<sup>252</sup>. La cuestión nos llevaría entonces a evaluar el valor instrumental de cada procedimiento. Como se ha visto en el capítulo anterior, la probabilidad de alcanzar soluciones correctas la mayor cantidad de veces no necesariamente apunta de manera decisiva hacia la superioridad de ninguno de los dos procedimientos en cuestión.

La segunda respuesta consiste en señalar que, en el caso de las sociedades bien ordenadas, es poco probable que errores claros y puntuales y que no den margen alguno para hablar de “desacuerdo razonable” se produzcan en la práctica<sup>253</sup>. En efecto, estas

---

así la vida de miles de personas inocentes. Está claro que no se trata de un ejemplo de laboratorio, ya que la amenaza terrorista lo ha convertido en una hipótesis real. Autores reputados, como el Profesor de Harvard A. M. Dershowitz, en su libro *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, New Haven, 2002, han llegado a sugerir medidas en este sentido.

<sup>252</sup> Al decir de Vermeule, *Judging under Uncertainty...*, cit., p. 231, “[f]or every rights-protective Supreme Court decision, there is a decision that undermines rights”.

<sup>253</sup> Cfr., Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit., p. 212, para quien, “en condiciones de normalidad política, el Parlamento democrático actúa movido por lo que considera una interpretación razonable del texto constitucional”. En el contexto estadounidense, M. Tushnet, “Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design”, en Bauman y Kahana

situaciones son extremadamente raras en este tipo de sociedades. No estoy aludiendo a las decisiones políticas que desde nuestras propias perspectivas nos puedan parecer erróneas o malas, ya que éstas probablemente se den sobre una base diaria. Más bien me refiero a casos claros de violaciones de un catálogo de derechos (teniendo en cuenta que, en base a la delimitación del ámbito de la crítica, no se discute en esta investigación otro tipo de disposiciones constitucionales<sup>254</sup>, las cuales a veces son susceptibles de ser interpretadas de manera inequívoca, como una disposición que establezca que la edad mínima del presidente de la república). Por poner un ejemplo, si en la España constitucional y democrática se aprobara una ley que legalizara la esclavitud, entonces los hechos previos que hipotéticamente condujeron a la adopción de una decisión de este tipo nos indicarían que probablemente ya no estamos ante el caso de una sociedad bien ordenada, o en otros supuestos menos drásticos, que estamos por lo menos ante una sociedad cuyas convicciones morales más profundas han variado considerablemente<sup>255</sup>.

Probablemente una sociedad en la que se haya dictado una ley autorizando la tortura tampoco siga siendo una sociedad bien ordenada, sino más bien una sociedad en estado de emergencia, en la que también existen sobradas dudas acerca de si el control judicial puede resultar eficaz. El ejemplo norteamericano resulta aquí nuevamente ilustrativo. La experiencia enseña que los tribunales en tiempos de guerra o de emergencia nacional no han actuado de manera satisfactoria, sino que más bien han adoptado una actitud de deferencia hacia los demás poderes. Piénsese nuevamente aquí en las tímidas reacciones de los tribunales a la política de la administración Bush en la guerra contra el terror, medidas que no sólo han sido insuficientes, sino que cuando

---

(eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State...*, cit., p. 357, identifica únicamente dos casos en las últimas décadas en los que el Congreso de los EE.UU. ha dictado leyes que reñirían sin ningún tipo de dudas con el texto constitucional, a saber, la ley que pretendió prohibir la quema de la bandera, y el “Communications Decency Act”, que pretendió restringir en internet materiales considerados “indecentes”. Sin embargo, Tushnet atribuye el dictado de estas dos leyes claramente inconstitucionales al fenómeno del *judicial overhang*, resaltado en el capítulo 3, en función del cual los legisladores adoptan este tipo de leyes en razón de que son conscientes de que los tribunales las invalidarán en ejercicio del control judicial.

<sup>254</sup> Sobre esta delimitación, véase el capítulo 1, apartado 2, epígrafe a).

<sup>255</sup> En “On Judicial Review”, Tribe plantea esta hipótesis a Tushnet, quien responde en el mismo sentido. A su vez, Prieto, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 152, alega que la supresión de un derecho fundamental “requeriría una muy costosa justificación que, de producirse, revelaría también una profunda transformación en las concepciones morales de la sociedad”.

fueron adoptadas llegaron en algunos casos demasiado tarde, al parecer cuando en el Congreso ya comenzó a percibirse una reacción negativa hacia esta política<sup>256</sup>. De cualquier manera, en ambos casos, tanto en el de la tortura como en el de la esclavitud, nos estaríamos moviendo ya en el terreno de las patologías al cual no se extiende la crítica planteada en esta investigación.

En tercer lugar, y esto es quizás más importante, una de las virtudes del procedimiento legislativo consiste en la posibilidad de que el mismo puede ser enmendado, acaso con más facilidad que una sentencia judicial errónea, tal como se vio en el capítulo anterior<sup>257</sup>. Sin embargo, no está dicha la última palabra cuando se comete un error sobre los derechos en sede legislativa. Por eso algunos teóricos de la democracia sostienen que la virtud de la regla mayoritaria (aplicada al ámbito legislativo) es que nos permite un punto de encuentro provisorio que es el resultado de la necesidad de que una decisión sea adoptada pero que, sin embargo, siempre puede ser reabierto más adelante<sup>258</sup>. Y es esta apertura del proceso político lo que permite abrigar la esperanza de que el mismo pueda ser continuamente mejorado. En definitiva, quien mantenga una visión optimista acerca de la protección de los derechos en un sistema democrático “debe en última instancia depositar sus esperanzas en la capacidad de convencer a un número suficiente de sus conciudadanos...de que el respeto a los derechos es importante”<sup>259</sup>. A mi modo de ver, esta manera de proceder resulta a todas luces no sólo más legítima, sino incluso más prometedora que la de quienes permanentemente ven al control judicial como un mecanismo adecuado mediante el cual hacer prevalecer sus propias convicciones sobre los derechos por sobre las del resto de la sociedad. Si el proceso político es concebido no como una mera guerra de todos contra todos, sino integrado además por ciudadanos

---

<sup>256</sup> B. Friedman, “The Politics of Judicial Review”, 84 *Texas Law Review* 287 (2006), p. 319, escribe: “The decisions against the administration in the war on terror cases may have been possible because of congressional disenchantment with executive policy”. Friedman alude específicamente a las siguientes decisiones: *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), y *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), aunque han habido otras dictadas con posterioridad.

<sup>257</sup> Véase el capítulo 3, apartado 3, epígrafe b).

<sup>258</sup> Por ejemplo, Gutmann y Thompson, *Democracy and Disagreement*, cit.

<sup>259</sup> Waldron, “Rights and Majorities...”, cit., pp. 406-7. Cfr. además el siguiente pasaje de Thomas Jefferson, al reconocer que la mayoría se puede equivocar, pero aconsejando al mismo tiempo que aquel que “would do his country the most good he can, must go quietly with the prejudices of the majority till he can lead them into reason”. (Cit. en Spitz, *Majority Rule*, cit., p. 158.)

comprometidos con la idea de los derechos y que participan de las decisiones políticas de manera responsable y considerada, puede que el cifrar nuestras esperanzas en nuestros conciudadanos y en la operación del proceso político no sea un despropósito después de todo. De todas maneras, esta concepción del proceso político como espacio adecuado para el cuidado de los derechos deja al descubierto al mismo tiempo un nuevo flanco, a saber, el de las situaciones en las que los canales de acceso al proceso democrático se hallan bloqueados. El capítulo siguiente estará destinado en parte a abordar este problema específico.

Finalmente, debe recordarse que existen modelos de justicia constitucional, reflejados en lo que en esta investigación he denominado como “modelos o sistemas débiles de control”, y en los que la palabra final no es otorgada a un órgano jurisdiccional sino al parlamento, lo cual hace que no sean pasibles de la crítica. En la medida en que el control judicial pueda proporcionar algún beneficio para casos de errores puntuales como los señalados o para otro tipo de situaciones excepcionales y anómalas, quizás dichos sistemas podrían desempeñar dicho papel sin necesidad de subvertir el diseño institucional que debería presumirse como normal para una sociedad bien ordenada. Sin embargo, aun bajo un sistema débil el atribuir esta facultad a los órganos jurisdiccionales puede presentar algunas complicaciones prácticas y normativas considerables. Todo ello será abordado en el capítulo 6.

Para concluir, cabe preguntar si es que resulta justificada la obsesión por las numerosas distinciones que se han venido trazando a lo largo de este apartado, entre las sociedades bien ordenadas, las mal ordenadas, las que adolecen únicamente de patologías determinadas, las que revisten otras tantas de éstas pero acentuadas de diverso modo, y otras muchas complicaciones adicionales. A mi criterio, una de las ventajas de este enfoque es que nos ayuda a pensar con mayor claridad sobre los problemas de diseño institucional a los que debe hacer frente una comunidad política. Es más que probable que un modelo institucional que parta de presuposiciones falsas y tendenciosas, como la de que los ciudadanos y sus representantes tienden a comportarse únicamente de manera autointeresada, o de que las mayorías tienden por su propia lógica interna a violar los derechos de las minorías, o de que sólo los tribunales pueden salvar a la democracias de sus excesos mayoritarios, etc., acabe siendo deficiente en varios sentidos. Por el contrario, si asumimos un conjunto de presuposiciones no sólo más atractivas en cuanto a

las posibilidades que otorga a los ciudadanos en tanto que individuos de dirigir sus vidas en comunidad de manera responsable, sino que a la vez resulte empíricamente plausible, quizás ello nos lleve a una conclusión muy distinta sobre el diseño institucional adecuado para una sociedad pluralista y democrática. A mi criterio, puede que muchas de las democracias occidentales contemporáneas bien ordenadas tengan ensambladas dos de sus piezas principales de modo inverso. Si asumimos las conclusiones que se desprenden de la discusión contenida a lo largo de este capítulo, quizás ello sugiera que son las asambleas legislativas las que deben tener la palabra final en las decisiones sobre los derechos fundamentales y no los órganos jurisdiccionales, que es lo que ocurre actualmente<sup>260</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

Las conclusiones de este capítulo contribuirían a robustecer de diversas maneras la tesis central de esta investigación, que se traduce en la proposición de dejar la decisión final sobre la interpretación de los derechos fundamentales a las asambleas legislativas. Dichas conclusiones pueden sintetizarse del siguiente modo. En primer lugar, no existen razones para adoptar un modelo de la participación ciudadana que conciba a las personas como seres racionales dignos de ser portadores de derechos pero al mismo tiempo completamente desinteresados hacia el bien común o hacia los derechos de sus semejantes. Más plausible resulta un modelo mixto de la participación ciudadana, en el que sin desconocer que a veces los ciudadanos pueden comportarse de manera puramente autointeresada, no obstante se deja a salvo un importante papel para la participación virtuosa en cuestiones que hacen a los grandes principios de una sociedad, como son las

---

<sup>260</sup> Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit., p. 1406: “[q]uizás existan situaciones –patologías peculiares, instituciones legislativas disfuncionales, culturas políticas corruptas, legados del racismo y otras formas de prejuicio endémico, en el que estos costos de ofuscación y privación de derechos participativos [que resultan de otorgar a los jueces la facultad de adoptar la decisión colectiva final] pueden ser soportados en tanto se mantenga esta situación. Pero los defensores del control judicial de la ley deben comenzar a presentar sus argumentos a favor de la práctica con mayor franqueza y sobre esa base –y deben hacerlo con un grado de humildad y de vergüenza hacia las situaciones que lo hacen surgir– en lugar de predicar en el extranjero que el control judicial constituye el epítome del respeto hacia los derechos y considerarlo como un capítulo normal y normativo de la democracia constitucional moderna”.

cuestiones sobre los derechos fundamentales. Una exploración de las influyentes teorías de la democracia dual y del precompromiso racional confirma la posibilidad de contar con una teoría atractiva de la participación, aunque éstas incurren en el error de reducir sus modelos de participación virtuosa a determinados momentos políticos que se consideran extraordinarios, lo cual resulta arbitrario y contingente. El modelo más optimista de la participación ciudadana que he intentado defender constituye entonces uno de los ejes centrales de la concepción que pretende dejar en manos del proceso democrático la palabra final en materia de derechos.

Por otra parte, una sociedad que se desenvuelve en condiciones de pluralismo razonable debería rechazar la idea de que los derechos constituyen categorías apriorísticas, inscritas en la naturaleza del universo, o fuera o por encima de cualquier procedimiento de decisión. Por el contrario, bajo dichas condiciones, los derechos son objeto de profundos desacuerdos, lo cual hace surgir la necesidad de contar con una teoría de la autoridad política adecuada acerca de cómo resolver estos desacuerdos. De conformidad a lo expuesto en los capítulos anteriores, el mejor procedimiento para la adopción final de decisiones es el procedimiento legislativo, dado que reviste una mayor legitimidad procedimental (capítulo 2) y una nada desdeñable legitimidad instrumental (capítulo 3). El remover de Este ámbito las decisiones sobre los derechos para asignarlo a un procedimiento que no respeta valores participativos, fundado en que se trata de cuestiones de “principios”, constituye una afrenta a las aspiraciones participativas de ciudadanos libres e iguales que reclaman la potestad de adoptar decisiones en las más preciadas e importantes cuestiones que hacen a la vida de su comunidad.

Posteriormente, y para demostrar que la propuesta de dejar la palabra final en manos del proceso democrático-mayoritario resulta plausible, sin que ello deba llevarnos a suponer que se producirá una situación de menoscabo para los derechos de las minorías, he empleando como contexto el ejemplo estadounidense. A partir del mismo, he intentado demostrar que los derechos de las minorías no sólo requieren de manera imprescindible del concurso de las instituciones mayoritarias para obtener eficacia en la práctica, sino que la imagen de los tribunales como instituciones contramayoritarias que reman en contra de la corriente protegiendo a las minorías de su opresión por parte de mayorías tiránicas no se sostiene. En efecto, los tribunales no sólo no tienden a actuar en contra de las tendencias generales prevalecientes en la sociedad, sino que también pueden

por sí mismos obstaculizar el reconocimiento de los derechos de las minorías, incluso en contra de decisiones legislativas que pretendían tutelarlos más adecuadamente. También tuve la ocasión de argumentar previamente que, considerados en sí mismos, los métodos de decisión por mayoría no necesariamente resultan arbitrarios, pues poseen algunos rasgos que los hacen atractivos, y que además, dichos métodos pueden en ocasiones ser la mejor garantía para la protección de los derechos de todos los grupos sociales.

Finalmente, y dejando en claro que estos supuestos no caen bajo el ámbito de la crítica presentada en esta investigación, he confrontado diversos escenarios relevantes a fin de determinar el papel que un sistema fuerte de control judicial podría llegar a desempeñar en situaciones patológicas, o de tiranía, o de errores claros y puntuales cometidos en una sociedad bien ordenada y que atentan contra los derechos. En todos los casos las posibilidades profilácticas o correctivas de un sistema fuerte de control judicial parecen ser de todos modos insignificantes o por lo menos, bastante limitadas, todo ello sin perjuicio de reservar un papel para los sistemas débiles de control judicial, para el eventual caso de que los mismos puedan en efecto realizar algunas contribuciones en dicho sentido.





## Capítulo 5

### PARTICIPACIÓN, DEMOCRACIA Y CONTROL JUDICIAL

#### 1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior pudimos ver que el temor asociado a ciertos resultados del proceso político ordinario con relación a la adecuada promoción de los derechos tal vez sea infundado en las sociedades caracterizadas por las presuposiciones asumidas en esta investigación y que las definen como “sociedades bien ordenadas”<sup>1</sup>. Con esto se despejaría el camino para que la tesis defendida en esta investigación pueda resultar atractiva. Si las decisiones sobre derechos son dejadas en manos de la política democrática, no cabe temer que se produzca una situación insostenible de violación sistemática de los derechos individuales o de las minorías. La imagen más adecuada sería la de una comunidad política en la que sus ciudadanos se gobiernan a sí mismos por medio de sus representantes, que también son capaces de tomar en consideración los intereses de los grupos minoritarios, y en la que las decisiones definitivas más importantes que deben ser adoptadas, incluso aquellas que versan sobre los derechos, no se hallan puestas fuera del alcance de las instituciones representativas. Se ha reconocido, a su vez, que por más defectuosa que éstas pudieran ser en la práctica, el camino más prometedor consiste en su continua reforma y mejoramiento, en el entendimiento de que la adopción de mecanismos antiparticipativos para paliar los defectos del sistema puede no contribuir a solucionar dichos defectos sino a empeorar las cosas todavía más.

---

<sup>1</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 1, apartado 2, epígrafe b).

Debe recordarse que el núcleo del argumento en contra del control judicial como procedimiento para la adopción de decisiones finales en el ámbito de los derechos está conformado por un elemento instrumental, así como por un elemento que atiende al aspecto participativo que debe revestir un procedimiento para la adopción de decisiones colectivas en materia de derechos. Habíamos dicho que, independientemente de consideraciones de resultado, las razones vinculadas a la integridad del procedimiento son aquellas que insisten en que determinadas personas sean hechas partícipes de una decisión que habrá de afectar a todos por igual. De allí se derivaba el derecho a participar, al que se ha aludido con la expresión “derecho de los derechos” por su especial adecuación para brindar una solución, basada en un derecho, al problema de cómo dotar de contenido concreto a los derechos en condiciones de desacuerdo. Y es sobre la base de las razones vinculadas a la integridad del procedimiento que se cimentaba, en definitiva, la superioridad del procedimiento legislativo como mecanismo adecuado para la adopción final de decisiones colectivas, ya que en términos instrumentales he defendido la tesis más modesta de que ninguno de los procedimientos debe necesariamente ser concebido como superior al otro (capítulo 3).

Esto último, sin embargo, podría conducirnos hacia un nuevo problema al que habré de hacer frente en este capítulo. En efecto, si el derecho a la participación es en efecto tan importante como se afirma en esta investigación, cabe preguntar si no sería adecuado ponerlo a resguardo contra la posibilidad de que el mismo pueda ser desconocido en la arena política, por ejemplo, por medio de cláusulas constitucionales que sean susceptibles de ser sometidas a un control judicial de constitucionalidad. Desde esta perspectiva, parecería ser que la propia lógica y las premisas sobre las que se asienta la teoría waldroniana en la que nos hemos apoyado nos conducen hacia una teoría de la legitimidad de la justicia constitucional como contralor de las precondiciones del proceso democrático. Y es así como terminaría hallando cabida, finalmente, la justificación de alguna forma fuerte de control judicial, lo cual se ha pretendido rechazar dados sus problemas de legitimidad. La idea básica es que, si valoramos la democracia, que es al fin y al cabo el sistema que posibilita el despliegue del derecho a la participación, junto con el conjunto de derechos que hacen posible la existencia de un sistema político de este tipo, deberíamos entonces ponerlo a resguardo de su propia degradación o incluso, autodestrucción, bajo el riesgo de terminar anulando aquello que consideramos valioso.

Pero antes de precipitarnos en llegar a esta conclusión debemos recordar que existen básicamente dos posturas que pueden adoptarse ante la pregunta de quién debe ser el encargado de la custodia de los derechos y de otros arreglos institucionales que hacen posible el desenvolvimiento de la democracia<sup>2</sup>. Por un lado, y en un espíritu madisoniano, están quienes en efecto consideran que las decisiones sobre el funcionamiento de la democracia son anteriores al proceso democrático mismo, y en consecuencia, las mismas no pueden ser sometidas a la lógica interna del funcionamiento de éste. En efecto, para que la democracia pueda funcionar, se requiere un conjunto de reglas, procedimientos e instituciones que deben ser establecidas de antemano, y que deben en consecuencia ser inmunizadas ante la acción de las mayorías coyunturales del proceso político ordinario, ya que éste puede ponerlos en riesgo. Bajo esta concepción, el control judicial de la ley, por tratarse de una instancia externa al proceso político ordinario, podría constituir entonces una herramienta con la cual proteger los derechos que hacen posible el funcionamiento mismo del sistema democrático.

Pero por otro lado, están quienes, desde premisas democrático-participativas, argumentan que para que la democracia como medio para realizar el autogobierno comunal adquiera sentido, la ciudadanía debe poder adoptar decisiones sobre el modo mismo en que la democracia habrá de constituirse y funcionar en la práctica. En otras palabras, si los ciudadanos se hallan imposibilitados, por medios democráticos, de adoptar decisiones sobre su propia democracia, ésta se convierte en un ideal vacío, o por lo menos, bastante menos atractivo, sobre todo considerando que muchas de las decisiones que a las que debe hacer frente una comunidad política son en gran parte decisiones sobre el funcionamiento de la democracia.

En este capítulo intentaré defender, nuevamente a la luz de la concepción waldroniana, la última de estas posturas, es decir, aquella según la cual las condiciones que hacen posible el desenvolvimiento de la democracia deben quedar a cargo del propio proceso democrático. Así como he considerado adecuado en el último capítulo que las cuestiones más importantes que hacen a una comunidad política, incluso aquellas que versan sobre las más delicadas cuestiones de principio, deben quedar al cuidado del

---

<sup>2</sup> Esta distinción la tomo de F. Schauer, "Judicial Review of the Devices of Democracy", 94 *Columbia Law Review* 1326 (1994), pp. 1335 y ss.

propio proceso democrático, no hay razón alguna para sustraer a éste del cuidado de aquellos derechos que hacen a la existencia de una democracia.

Conviene, sin embargo, formular la siguiente precisión a fin de no dar lugar a equívocos sobre el rumbo que habrá de seguirse en este capítulo. En esta investigación, y por razones de una adecuada delimitación de nuestro objeto de estudio, he restringido la crítica al control judicial de la ley como procedimiento definitivo que se efectúa al amparo de disposiciones que consagran derechos fundamentales. Esto quiere decir que se deja abierta aquí la extensión de la crítica a las situaciones en las que se procede al control judicial de las normas que integran la parte orgánica o estructural de las constituciones. Normalmente estas disposiciones desempeñan un papel muy importante a la hora de configurar el modo en el que el derecho a la participación habrá de tomar lugar en un sistema político democrático. Por ejemplo, en la parte orgánica de las constituciones encontraremos disposiciones que instituyen la forma de gobierno y los poderes del estado, la estructura de las instituciones representativas, el número de escaños del que habrá de componerse el parlamento, la periodicidad de las elecciones, etc., etc. Como ha argumentado Stephen Holmes, sin este cúmulo de reglas ni siquiera es posible concebir el funcionamiento de una democracia<sup>3</sup>. La crítica planteada en esta investigación no necesariamente se extiende al control judicial de este tipo de disposiciones por las razones apuntadas en el capítulo 1<sup>4</sup>. Pero las disposiciones que consagran derechos fundamentales también pueden tener consecuencias directas para el correcto funcionamiento de una democracia. Piénsese, por ejemplo, en aquellos derechos sin los cuales no es posible concebir la existencia de una democracia, como por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad ideológica, el derecho al sufragio (activo y pasivo), a la formación de los partidos, etc. Todos estos son derechos que en el fondo se dirigen a hacer que las voces de los ciudadanos pueden hallar cabida en el proceso político de manera satisfactoria. El problema que analizaré en este capítulo surge cuando las cláusulas de la constitución que consagran derechos fundamentales de este tipo (y acaso también de otros) se emplean como parámetro para

---

<sup>3</sup> S. Holmes, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.

<sup>4</sup> Véase el apartado 2, epígrafe a).

verificar la adecuación constitucional de medidas que afectan a la existencia y al funcionamiento de una democracia<sup>5</sup>.

Otra aclaración resulta pertinente a fin de comprender el enfoque desde el cual el presente capítulo será desarrollado. Existen básicamente dos vertientes de la teoría según la cual los derechos que hacen posible la democracia deben quedar a resguardo del proceso democrático. La primera, que aquí denominaré como la concepción “procedimental”, está asociada a la influyente obra de John Hart Ely, aunque como veremos, no se limita al trabajo de este autor, ya que sus planteamientos han sido recogidos por otras teorías justificatorias de un modelo fuerte de control judicial. La segunda es una extensión de la primera y en este sentido, es más ambiciosa y puede en consecuencia ser catalogada de “sustantiva”. Esta última afirma que para que el ideal democrático y participativo pueda ser digno de considerarse valioso, deben reunirse previamente un conjunto de condiciones previas, sin las cuales dicho ideal carece de sentido. Ambas vertientes tienen en común el hecho de que intentan demostrar que los derechos no son inconsistentes con la democracia y que por tanto, el resguardo de los mismos, aun cuando sea efectuado por una institución no democrática ni participativa como el control judicial, no atentaría contra ideales participativos.

Teniendo presente estas aclaraciones, en lo que sigue procederemos de la siguiente manera. En primer lugar, procederé a realizar un recuento de la concepción procedimental de Ely, seguido de una exposición de los recursos y de las razones de las que dispone una concepción como la defendida en esta investigación para rechazar un enfoque de este tipo. A continuación, me concentraré con mayor detalle en algunas de las razones más específicas que las concepciones procedimentales defienden para remover del proceso democrático y asignar a los jueces las decisiones que guardan relación con dicho proceso, con la intención de demostrar la debilidad de estas razones. Seguidamente abordaré otros problemas adicionales que revisten todas las concepciones procedimentales y que las hacen superfluas, o bien, simplemente inviables. Con esto intento demostrar que el “punto medio” que pretenden establecer las concepciones procedimentales quizás sea imposible de alcanzar. Las opciones que nos quedan son las

---

<sup>5</sup> Un enfoque similar en Schauer, cit. Esta distinción es consecuencia además de que nuestro estudio no comprende una crítica a la constitucionalización, sino que ataca la otra vertiente de la “objeción democrática”. Sobre el punto, véase el capítulo 1, apartado 1.

de optar por un enfoque que rechace de plano el control judicial como medio definitivo para la adopción de decisiones colectivas, o bien, optar por una concepción completa del control judicial. El apartado 3 estará dedicado a explorar una poderosa crítica realizada por Juan Carlos Bayón, en la que se articula además un modelo de constitucionalismo débil. Tras esta digresión, el último apartado estará dedicado a analizar la concepción que propicia, ante las insuficiencias del procedimentalismo, un modelo sustantivo y completo de control judicial como contralor de las condiciones de la democracia, empleando aquí nuevamente como guía en la discusión la influyente obra de Ronald Dworkin.

## 2. EL DESAFÍO PROCEDIMENTAL

### a) *Una síntesis del procedimentalismo*

El más destacado exponente del “procedimentalismo” como respuesta específica al problema de cómo lidiar con aquellos derechos que son constitutivos de la democracia ha sido sin duda John Hart Ely<sup>6</sup>. Dado que la teoría es bien conocida, aquí sólo procederé a realizar una apretadísima síntesis de la misma a fin de exponer con posterioridad las razones por las que desde las posturas defendidas en esta investigación debería rechazarse un enfoque de este tipo<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> J. H. Ely, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo de Hombre/Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pretendió así que su teoría sirviera de alternativa o tercera vía entre el “interpretativismo” y el “no interpretativismo” entonces en boga. No es necesario a nuestros propósitos entrar en este debate específico al desarrollo del derecho constitucional norteamericano.

<sup>7</sup> Un tratamiento más detallado, en el ámbito español, en V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; y E. García de Enterría, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 1983. Varios autores critican a Waldron el no haber prestado atención a Ely en su *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999. Por ejemplo, R. A. Posner, “Review of Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*”, 100 *Columbia Law Review* 582 (2000), p. 589; y W. N. Eskridge, Jr. “The Circumstances of Politics and the Application of Statutes”, 100 *Columbia Law Review* 558 (2000), pp. 575 y ss. Una comparación entre las concepciones de Waldron y Ely puede verse en K. Ward, “The Politics of Disagreement: Recent Work in Constitutional Theory”, 65 *The Review of Politics* 425 (2003). El autor sugiere que a un nivel superficial, tanto Waldron como Ely coinciden en privilegiar el proceso a la sustancia, pero que en el fondo las diferencias son significativas.

En su *Democracy and Distrust*, Ely intentó articular una justificación “procedimental” de un modelo fuerte de control judicial de la ley en virtud del cual la finalidad de éste consistiría en la salvaguarda del proceso democrático de manera a que las mayorías ordinarias no pudieran poner en peligro el funcionamiento del proceso. Ely consideraba problemático que dado su déficit de representatividad, la Corte Suprema se dispusiera a adoptar decisiones sustantivas en nombre de la comunidad en aquellos casos en los que una respuesta clara no se desprendía directamente de la Constitución. El ámbito de los derechos sustantivos, como por ejemplo, el aborto, debía entonces ser sustraído de las competencias de la Corte Suprema y dejado a manos de las instituciones representativas. Pero eso no significaba que la Corte Suprema debía permanecer sin desempeñar función alguna por vía del *judicial review*.

A criterio de Ely, el diseño institucional establecido en la Constitución norteamericana se hallaba comprometido de manera especial no con ningún modelo político que impusiera unos determinados valores sustantivos sobre la sociedad, sino más bien con un determinado diseño estructural que era puramente procedimental, y cuya finalidad era la de permitir un sistema político abierto, democrático y representativo en función del cual pudieran adoptarse las decisiones sobre los valores sustantivos que habrían de presidir en la comunidad. Es más, Ely se afanó en demostrar con detalle y acaso con algo de exageración que incluso las cláusulas aparentemente más sustantivas de la Constitución norteamericana –como aquellas contenidas en el *Bill of Rights*– eran en el fondo procedimentales<sup>8</sup>. En esta concepción procedimental de las normas constitucionales Ely halló la clave para la justificación de la institución del *judicial review*, basándose en la famosa nota al pie del juez Harlan Fiske Stone vertida en *United*

---

<sup>8</sup> Suele decirse que la teoría de Ely ha sido poco exportable, en el sentido de que no ha trascendido al derecho constitucional norteamericano. Quizás ello se deba, entre otros factores, al hecho de que, más allá de su interpretación procedimental de la constitución norteamericana, este rasgo definitivamente no puede predicarse sin más de la mayoría de las constituciones contemporáneas, las cuales patentemente incluyen derechos sustantivos de todo tipo. Cfr., sin embargo, R. H. Pildes, “The Supreme Court 2003 Term Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics”, 118 *Harvard Law Review* 28 (2004), en el que sugiere que el fenómeno de la constitucionalización de los “procesos democráticos”, creciente en las últimas décadas, no se ha limitado a los EE.UU., sino que ha llegado a varios países. Pero esto no quiere decir que en dichos países los tribunales ejerzan un control judicial a lo Ely, sino que en todo caso, incorporan la justiciabilidad de las condiciones democráticas a una concepción más sustantiva del control judicial.

*States v. Carolene Products Co.*<sup>9</sup> y a la que se hizo alusión en repetidas ocasiones. Los tribunales se hallaban legitimados para echar mano del control judicial no para salvaguardar ningún valor sustantivo, sino únicamente con la finalidad de velar por la continua apertura de los procedimientos que permitían la adopción de decisiones sustantivas a través del proceso democrático en condiciones de igualdad y sin exclusiones injustificadas. El control judicial cumpliría así una función orientada al procedimiento para limpiar los canales de participación democrática, dejando sin embargo la decisión con respecto a los valores sociales sustantivos al cuidado del proceso político. En otras palabras, el control judicial podría legitimarse en la medida en que se abocara a controlar los procesos de toma de decisiones, pero no los resultados alcanzados a través de estos procesos.

La teoría de Ely tenía, sin embargo, dos componentes distintos de los cuales se desprendían sendas funciones para la Corte y que se correspondían con los párrafos segundo y tercero de la citada nota al pie del fallo *Carolene*. El primero tenía que ver con la función de los tribunales de intervenir para asegurar el despeje de los canales de cambio político que podían ser bloqueados por aquellos que estuvieran en el poder y que lograran formar una mayoría que les permitiera negar el acceso libre al proceso a ciertos grupos minoritarios, por ejemplo, negándoles voz y voto. Los derechos que serían resguardados por los tribunales en estos casos serían aquellos esenciales para la que la participación política pudiera desarrollarse de manera abierta y relativamente igualitaria, como el derecho a la libertad de expresión, de prensa, de asociación política y de voto. La salvaguarda de estos derechos permitiría que la adopción de decisiones sustantivas que emergían del proceso no pudiera considerarse viciada. Aun cuando no todos estos derechos hallaban una expresa consagración constitucional, debían ser resguardados porque eran esenciales al funcionamiento del sistema democrático.

La segunda vertiente tenía que ver con la facilitación de la representación de las minorías discretas e insulares a las que ya hemos aludido en el capítulo anterior, y que Ely equiparaba a las minorías raciales, religiosas, de extranjeros, de pobres, etc. La idea básica de Ely era que dado su aislamiento y ciertos rasgos de estos grupos que podían hacerles proclives al prejuicio, los mismos podían quedar al margen del proceso político,

---

<sup>9</sup> 304 U.S. 144 (1938).



lo cual convertiría a éste en deficitario en términos representativos. A su vez, este déficit podía ocasionar que les fuera negado a estas minorías los beneficios, los bienes o la protección que las mayorías se reservaban para sí mismas. De modo que la Corte Suprema se hallaba autorizada a intervenir –por medio, por ejemplo, de cláusulas abstractas como la de la igual protección de las leyes o la del debido proceso– toda vez que se hubiera actuado movido por el prejuicio, la hostilidad o la discriminación contra estas minorías negándoseles algunos de los derechos que las mayorías se habían asignado a sí mismas. De conformidad a la concepción de Ely, cada vez que en la práctica se da uno de estos supuestos (bloqueo de acceso al proceso o prejuicio contra ciertos grupos no representados), puede decirse que el sistema democrático-representativo funciona mal, que no es de fiar, que la participación ha sido puesta en entredicho, y que en consecuencia, es misión de los tribunales intervenir para asegurar su correcto funcionamiento. De allí que Ely se haya referido a su teoría del control judicial como una teoría orientada a la participación y que refuerza la representatividad<sup>10</sup>.

Ésta es, en esencia, la justificación de la *judicial review* en la teoría procedimental de Ely. Su atractivo intuitivo inmediato descansaba en la seductora simplicidad de la dicotomía procedimiento/sustancia, y que parecería alejar, al menos en la superficie, al control judicial de las objeciones contramayoritarias habituales en su contra<sup>11</sup>, dándole al mismo tiempo una justificación de suma trascendencia, la de mantener abierto y en funcionamiento el sistema democrático-representativo. A la vez, Ely entendía que este modelo explicaba adecuadamente la manera en la cual el Tribunal Warren había actuado, y por tanto, algunas de las decisiones progresistas aunque marcadamente activistas que llevó adelante este tribunal podían ser justificadas mediante este aparato teórico que no parecía comprometer seriamente valores democrático-participativos sino que, por el contrario, parecía destinado a poner especial cuidado en éstos<sup>12</sup>. En efecto, la adopción

---

<sup>10</sup> Ely, cit., p. 112.

<sup>11</sup> En efecto, Ely, cit., p. 23, da inicio a la construcción de su teoría recogiendo en esencia el planteamiento de Bickel: “De allí la principal función, que constituye al mismo tiempo el problema principal del control constitucional: un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa, les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como desean”.

<sup>12</sup> En el mismo sentido, L. H. Tribe, “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”, 89 *Yale Law Journal* 1063 (1980), p. 1063. Quizás resulte de interés señalar que el núcleo de una teoría a lo Ely, en general de orientación progresista, ha sido empleado además

de decisiones sustantivas quedaría reservada a los órganos representativos, mientras que los tribunales actuarían meramente como árbitros, es decir, terceros imparciales que asegurarían la adecuada marcha del proceso político<sup>13</sup>.

Las insuficiencias del procedimentalismo de Ely ya han sido anotadas desde hace tiempo<sup>14</sup>. Aun así, la concepción de Ely ha tenido un enorme influjo en la teoría constitucional contemporánea, hasta el punto de que varias teorías del control judicial que se enraizaban en teorías de la democracia distintas a las de Ely o que en general partían de supuestos distintos, han incorporado cuando menos el esqueleto de la concepción procedimental, asignando a los tribunales una función de garantes del proceso democrático-participativo. Ejemplos de teorías de este tipo y de autores que han recogido sus planteamientos, aunque con matices distintos y diferencias en cuanto al modo de concebir la intervención judicial, serían las teorías de Habermas, Sunstein, o Nino<sup>15</sup>. No es éste el lugar para detenerme en el análisis de cada una de estas teorías. En lo que sigue me limitaré, en primer término, a exponer mis objeciones básicas al procedimentalismo, y seguidamente, a abordar algunos problemas genéricos que hacen al núcleo de todas estas

---

para justificar posiciones conservadoras en defensa de los derechos de propiedad. Por ejemplo, W. Riker and B. Weingast, "Constitutional Regulation of Legislative Choice: The Political Consequences of Judicial Deference to Legislatures", 74 *Virginia Law Review* 373 (1988), emplean la lógica del argumentación de *Carolene Products* para criticar el impuesto a la propiedad, insinuando que la restricción de los derechos de propiedad de una minoría puede ser tan problemática como la restricción de los derechos políticos de otras minorías. Véase además la discusión en I. Shapiro, *The State of Democratic Theory*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2003, p. 65.

<sup>13</sup> Ely se oponía, sin embargo, a *Roe v. Wade*. Véase su "The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*", 82 *Yale Law Journal* 920 (1973).

<sup>14</sup> Véase, por citar sólo algunos ejemplos de una literatura inabarcable, M. Tushnet, "Darkness on the Edge of Town: The Contribution of John Hart Ely to Constitutional Theory", 89 *Yale Law Journal* 1037 (1980); Tribe, cit.; R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard, Cambridge, 1985; P. Brest, "The Substance of Process", 42 *Ohio State Law Journal* 131 (1981). Pero véase, ante la ausencia de una respuesta elaborada de Ely a sus críticos, una defensa del paradigma procedimental en M. J. Klarman, "The Puzzling Resistance to Political Process Theory", 77 *Virginia Law Review* 747 (1991), donde el autor considera dicho enfoque como "la única teoría constitucional prometedoramente disponible" (p. 830), (aunque con modificaciones importantes a la específica concepción de Ely).

<sup>15</sup> J. Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998; C. R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard, Cambridge/London, 1993; y C. S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997. Podría añadirse además a R. A. Dahl, *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992; R. Martin y S. M. Griffin, "Constitutional Rights and Democracy in the U.S.A.: The Issue of Judicial Review", 8 *Ratio Juris* 180 (1995); y aunque dándole un giro republicano a la concepción procedimental, F. Michelman, "Law's Republic", 97 *Yale Law Journal* 1493 (1988), entre varios otros autores.

teorías, y que consisten en asignar al control judicial la función de garantizar el correcto funcionamiento del proceso democrático-participativo. Esta tarea puede resultar provechosa para arrojar luz sobre las implicaciones de algunas de las ideas defendidas en esta investigación, mostrando al mismo tiempo algunas de sus potenciales virtudes.

*b) La respuesta desde el pluralismo, el derecho a participar y la capacidad institucional*

Desde la perspectiva de esta investigación, hay tres factores que deben ser tenidos en cuenta a la hora de considerar una posible respuesta al planteamiento procedimentalista. En primer lugar, está el factor pluralismo. Recordemos que lo que inicialmente da inicio a la necesidad de contar con una teoría sobre la legitimidad de los procedimientos para la adopción de decisiones colectivas es la toma en consideración del hecho del pluralismo razonable y la necesidad de evitar que ciertas concepciones razonables sean impuestas ilegítimamente sobre otras igualmente razonables<sup>16</sup>. Desde esta perspectiva, la pregunta a formular es si este pluralismo es extensivo o no a las cuestiones procedimentales y participativas. El segundo y el tercer factor nos remiten a las razones vinculadas a los resultados y a la integridad del procedimiento, según lo explicado en los capítulos 2 y 3, respectivamente. En términos instrumentales, la pregunta que cabe formular es si el cuidado del proceso democrático-participativo tiene posibilidades de ser mejor resguardado por medio de una instancia jurisdiccional o si pueden ser confiados al proceso mismo con perspectivas de generar resultados más o menos similares. En términos de la integridad del procedimiento, cabe preguntar cuál manera de resguardar el proceso democrático, la judicial o la que confía en el propio proceso democrático, se ajusta más a las exigencias de legitimidad participativa que este ideal entraña.

Veamos primero la cuestión del pluralismo. La idea básica es que, para ser fieles a los postulados centrales de la crítica que ha sido expuesta en este trabajo, debemos ser consecuentes con la misma hasta al final. En primer lugar, y ateniéndonos nuevamente a las circunstancias del desacuerdo descritas en el capítulo 1, debe admitirse que así como

---

<sup>16</sup> Véanse los capítulos 1 y 2.

existen desacuerdos en torno a las cuestiones sustantivas que deben ser resueltas por medio de la política, y que son los que hacen surgir la necesidad de adoptar un mecanismo para la toma de decisiones que nos permita definir una base para la acción en común que posibilite la superación de los desacuerdos, también existen desacuerdos profundos que afectan a la manera correcta o adecuada de organizar los procedimientos en virtud de los cuales habrán de adoptarse las decisiones. Como vimos en el capítulo 1, entre las presuposiciones de esta crítica figura una legislatura que funcione de modo relativamente aceptable. Pero no se exige que la legislatura, o el proceso de toma de decisiones en general, adopte un diseño concreto. Existe, por supuesto, la necesidad de zanjar las disputas presentes y de fijar, por lo menos de momento, un procedimiento que nos permita adoptar las decisiones que tenemos pendientes de modo inmediato. Sin embargo, más allá de los límites que señala la parte estructural de la constitución, esto no quiere decir que el procedimiento deba quedar congelado para siempre sin poder ser posteriormente revisado y sometido a continuos ajustes.

Lo cierto es que para quien asuma el pluralismo, la participación y el procedimiento deberán resultar tan complejos y disputables como cualquier otro asunto en política<sup>17</sup>. Es más, la sustancia y el procedimiento se hallan inextricablemente unidos, lo cual es una razón adicional para no aceptar con tanta facilidad la dicotomía procedimiento/sustancia en la que Ely tanto insiste. Detrás de cada opción procedimental se esconden en realidad respuestas distintas a distintos valores (sustantivos) asociados a los procedimientos<sup>18</sup>. Un buen ejemplo de esto podría ser el siguiente. Supongamos que está en juego la manera correcta de regular la financiación de las campañas políticas, es decir, un tema que hace al funcionamiento mismo del procedimiento democrático afectando a las condiciones en las que se ejerce el derecho al sufragio. Desde una concepción fuertemente igualitaria, podría sostenerse que la fórmula “una persona, un voto”, constituye un eslogan puramente formal y por tanto insuficiente. El ideal democrático exige que la voz y el voto de cada uno de los ciudadanos cuente por igual, y

---

<sup>17</sup> J. Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, 13 *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1993), p. 39. En una línea similar, F. J. Laporta, “El ámbito de la constitución”, 24 *Doxa* (2001), p. 473, señala que incluso la constitucionalización de la “parte orgánica” de toda constitución “es también susceptible de ser interrogada desde la ‘objeción democrática’”.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, R. Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy” (versión en poder del autor).

que la capacidad de influir o de afectar decisivamente en los resultados del proceso electoral no debe verse afectada por una asimetría en los recursos que los ciudadanos o grupos más acaudalados puedan destinar a las campañas políticas. Consiguientemente, desde esta perspectiva, pueden válidamente establecerse restricciones a la financiación de las campañas. En contraposición, desde una postura libertaria podría argumentarse que, dados sus efectos colaterales nocivos, la democracia no debe reducirse a la nivelación de las diferencias entre la gente y sus respectivas capacidades de influir en el proceso democrático, sino que por el contrario, debe permitir que aquellos que estén dispuestos a invertir más tiempo y recursos en el proceso político puedan consiguientemente adquirir un mayor protagonismo en el espacio público. Desde esta perspectiva, no cabría establecer restricciones excesivas a la financiación de las campañas electorales. Mientras que la primera postura ponía énfasis en la dimensión igualitaria de la democracia, la segunda enfatiza el componente que hace al valor libertad.

El punto que se pretende ilustrar con este ejemplo es que profundas diferencias ideológicas enraizadas en valores sustantivos en cuanto al modo de concebir la democracia pueden terminar afectando de manera decisiva a los procedimientos democráticos, en este caso, ejemplificado en el tema de la financiación de las campañas<sup>19</sup>. Procedimiento y sustancia se hallan, pues, inextricablemente unidos, y tanto uno como otro serán susceptibles de ser interpretados en virtud a concepciones razonables contrapuestas. Aunque desde un ángulo distinto, esto es algo que el propio Dworkin ya había enfatizado en su crítica a Ely en el intento de este último de realizar un “giro procedimental”. Dworkin respondía afirmando que “el vuelo desde la sustancia, debe terminar en la sustancia”<sup>20</sup>. En consecuencia, en lo que hace al pluralismo razonable,

---

<sup>19</sup> El ejemplo lo tomo de Schauer, cit., pp. 1340-1, quien se basa en *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990); y *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). Bellamy, cit., en un sentido similar, escribe: “La dificultad emerge de la existencia de distintos modelos de democracia, cada uno de los cuales descansa en diversas y a menudo incompatibles asunciones normativas...Diferentes modelos de democracia ofrecen concepciones distintas acerca de las virtudes y vicios de distintos sistemas electorales, desde el *first-past-the-post* hasta las muchas manifestaciones de la RP [representación proporcional]; el diseño de los distritos electorales...; las ventajas y desventajas del unicameralismo en oposición al bicameralismo; los pros y contras de los sistemas presidenciales y parlamentarios; los méritos democráticos de distintos sistemas de control judicial, etc...[E]l procedimiento que uno prefiere dependerá en gran medida de su concepción sobre el propósito de la democracia y el tipo de resultados que uno desea obtener...”.

<sup>20</sup> Dworkin, *A Matter of Principle*, cit., p. 69 (aunque el autor formulaba este reproche también al “originalismo”).

puede sostenerse que el mismo afecta del mismo modo y con la misma intensidad a los derechos que son precondition de la democracia, tales como el derecho al voto, la libertad de expresión, etc. Al decir de Richard Parker, si bien a *prima facie* puede sonar adecuado el asumir que el control judicial resultaría tolerable si se lo emplea para mejorar la “calidad” de la democracia, lo cierto es que dicha asunción no afronta debidamente el hecho de que la “democracia” y su “calidad” son valores fundamentalmente controvertidos<sup>21</sup>.

En cuanto a la integridad del procedimiento, así como el otorgar la toma de decisiones finales con respecto a cuestiones que hacen a los derechos a un órgano no democrático ni representativo es un modo de inhabilitar a la ciudadanía y a sus representantes para tomar decisiones en este ámbito, con una grave pérdida para ideales asociados al autogobierno y a la participación, lo mismo puede decirse con relación a las cuestiones que afectan a los derechos constitutivos de la democracia, es decir, a aquellos derechos y cuestiones conexas que atañen al modo en el que deben ser adoptadas estas decisiones. La razón de esto es que detrás de la elección de estas cuestiones procedimentales también entra en juego nuestro derecho a participar. Los mismos argumentos que exigen que las decisiones sobre derechos sean asignadas a un mecanismo que asegure condiciones mínimas de participación ciudadana se aplican en el caso de las cuestiones procedimentales, tales como la representación proporcional, la frecuencia de las elecciones, el modo y periodicidad de celebrar referendos, la financiación de las campañas, etc. Al decir de Richard Bellamy, para que la democracia signifique que “el pueblo gobierna”, entonces el *demos* debe ser libre para redefinir la naturaleza de su democracia cuando éste lo estime conveniente, sin estar atado de antemano a ninguna definición “fija” de lo que es la democracia<sup>22</sup>, para lo cual, naturalmente, se hace imprescindible la toma de decisiones por medio de procedimientos participativos.

A diferencia de Ely, la concepción aquí defendida insiste en que, si bien es cierto que el proceso democrático debe ser continuamente mantenido y vigilado, esto es algo

---

<sup>21</sup> R. D. Parker, *Here The People Rule. A Constitutional Populist Manifesto*, Harvard, Harvard, 1994, p. 108.

<sup>22</sup> Bellamy, cit.

acerca de lo cual los propios ciudadanos y sus representantes electos deberían ocuparse<sup>23</sup>. No existe ninguna razón por la que la palabra final sobre el cuidado del proceso político deba ser asignada a los tribunales. Todo lo contrario, la necesidad de tutelar el proceso político por medios externos nuevamente parece introducir un sesgo aristocrático que se compadecería poco con los valores de participación, de respeto a las facultades morales y racionales de los agentes portadores de derechos para la elección y supervisión del procedimiento de toma de decisiones, y en general, al ideal del autogobierno ciudadano. Recordemos además que así como considerábamos a los ciudadanos como agentes capaces de autogobernarse no sólo en las cuestiones más triviales de la política, sino también en las cuestiones más elevadas y de principio de una comunidad, lo mismo puede decirse del mantenimiento de su proceso democrático. La democracia, para que resulte plenamente significativa, también debe versar *sobre* la democracia, pues la gente exige una voz y la posibilidad de participar en la toma de decisiones que atañen a las instituciones de su propia forma de gobierno.

Finalmente, en cuanto al punto de vista instrumental, la idea según la cual la asignación a un órgano externo, como el poder judicial, de la función de tutelar el proceso democrático pueda contribuir a mejorar la calidad de la democracia no parece apoyarse en argumentos demasiado sólidos. Todo lo contrario, ello podría muy bien constituir una manera fácil de sustraer la responsabilidad que corresponde a una ciudadanía comprometida con valores democráticos. En un pasaje elocuente, Waldron escribe:

“Es cierto que los procesos democráticos deben ser mantenidos y vigilados, pero esto es algo de lo que los ciudadanos y sus representantes deben preocuparse. Así como éstos son capaces de considerar asuntos de principio que van más allá de sus intereses personales, también son capaces de cuidar de la integridad del proceso democrático de una manera que va más allá de los propósitos particulares para el cual el proceso es utilizado de tiempo en tiempo. El respeto por las capacidades democráticas no se detiene ante el umbral del procedimiento. Una preocupación por la imparcialidad y la integridad del procedimiento es algo que el ciudadano de Rousseau [*es decir, el ciudadano no orientado*

---

<sup>23</sup> J. Waldron, “Rights and Majorities: Rousseau Revisited”, en la compilación del mismo autor, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge, 1993, p. 418.

*no solo a la mera satisfacción de intereses egoístas*] exhibirá junto con todas las demás cosas. Él no necesita que un juez lo haga en su lugar”<sup>24</sup>.

Desde el punto de vista de los resultados, no cabe suponer sin más que los órganos judiciales sean necesariamente más capaces de resguardar los derechos que tienen que ver con los procedimientos democráticos<sup>25</sup>. Hace ya bastantes años Robert Dahl advirtió en contra de la creencia errónea de que la Corte Suprema es la *deus et machina* que siempre se dispone a “salvar” a la democracia de su propia destrucción. Independientemente a las variadas funciones políticas que la Corte Suprema desempeña a través del ejercicio del control judicial, el prevenir que las mayorías nacionales destruyan los prerequisites claves de la democracia política no es precisamente una de ellas<sup>26</sup>.

En conclusión, puede afirmarse que las razones para no someter a control judicial los derechos vinculados al proceso participativo son las mismas que se aducían para no someter a control judicial otro tipo de derechos más acentuadamente sustantivos. Y todos los argumentos que se derivan de esta posición también resultan aplicables aquí. La idea básica de que, bajo condiciones de pluralismo razonable, resultaría arbitrario imponer ciertas concepciones sobre otras igual de razonables, salvo que ello sea consecuencia de la necesidad de afrontar un curso de acción común y de que en estos casos, el procedimiento empleado para decidir respete ciertos criterios instrumentales y procedimentales que lo hagan legítimo. En este sentido, así como no cabe afirmar que los órganos judiciales sean superiores desde el punto de vista instrumental con relación a los

---

<sup>24</sup> Id.

<sup>25</sup> En el mismo sentido, C. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Constitutional Review*, capítulo 6, quien enfatiza el problema del tecnicismo del discurso jurídico al que se hacía alusión en el capítulo 3: “The argumentative link from the procedural legitimacy of democratic processes to the democratic justification of judicial review—if there is to be such a justification—cannot be made through the heightened reasoning powers of the judiciary concerning fundamental principles structuring the democratic process” (se cita aquí una versión en poder del autor).

<sup>26</sup> R. A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago, Chicago, 1956, p. 59. Está claro que la obra de Dahl es previa a una buena parte de la actuación del Tribunal Warren, algunas de cuyas experiencias Ely intenta recoger. Cabe añadir, sin embargo, que Dahl posteriormente modifica su posición, y acaba aceptando una versión del control judicial de tipo procedimental. Con relación a la supuesta capacidad de los tribunales de proteger la democracia, Klarman, “The Puzzling Resistance...”, cit., p. 831, añade que si la única justificación del control judicial es la de ponerlo al servicio de la democracia, pero si el registro histórico desmiente la actuación de los tribunales en este sentido, entonces la justificación de la institución queda puesta seriamente entredicho.



demás derechos, tampoco lo serían con relación a los derechos más directamente vinculados con las condiciones de la democracia. En términos participativos, es obvio que el proceso legislativo resulta más adecuado en lo que hace al respeto de la igual dignidad de todos los ciudadanos para tomar parte en las decisiones de su comunidad. Las consideraciones vertidas en los capítulos precedentes no resultan desplazadas cuando nos referimos a las precondiciones de la democracia. Para sintetizar todo esto, con John Dewey podemos concluir entonces que los problemas de la democracia deberían ser resueltos con más democracia<sup>27</sup>.

*c) De nuevo sobre la desconfianza y la pretendida imparcialidad judicial*

Éstas son las respuestas generales por las cuales debería rechazarse la justificación de un modelo fuerte de control judicial sobre la base de la supuesta necesidad de brindar protección al derecho a participar, así como a los ideales asociados de democracia y autogobierno. Conviene, sin embargo, detenernos por un instante a considerar con más detalle las razones por las cuales Ely y otros que han seguido el enfoque de la protección judicial de las precondiciones de la democracia no consideran apropiado dejar dichas precondiciones al cuidado de la propia ciudadanía y de sus representantes, siendo que están dispuestos a hacer esto en el caso de las decisiones sobre derechos más “sustantivos”.

Hay básicamente dos argumentos distintos que son enfatizados de diferente manera según los argumentos más sustantivos que apoyen una concepción del control judicial como contralor de las precondiciones de la democracia. Por un lado, están las teorías como Ely que, apoyándose más bien en una concepción pluralista de la democracia, conciben al poder judicial como una instancia imparcial por encima de las partes interesadas que compiten por prevalecer en el proceso político, de las que cabe desconfiar justamente en razón de que son interesadas y persiguen sus propios beneficios. Por otro lado, están las concepciones que tienen como teoría democrática subyacente una concepción más bien deliberativa del proceso político, que pueden ser muy variadas pero

---

<sup>27</sup> Véase la referencia en M. Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Civitas, Navarra, 2005, p. 164.

que en general suscriben la idea de un foro público que trascienda la mera agregación de preferencias privadas y se oriente hacia temas de interés común o hacia la búsqueda de soluciones comunes más o menos imparciales por medio del diálogo o la deliberación<sup>28</sup>. Tal sería el caso de autores como Habermas, Nino, Sunstein, o Ferreres, y aunque con un enfoque más bien distinto, Dworkin. En estos casos, el argumento principal para otorgar a los jueces la facultad de controlar el proceso político se vincula a las necesidades de asegurar una deliberación de mayor calidad e imparcialidad en los procesos de adopción de decisiones colectivas. En este apartado me concentraré únicamente en el enfoque de Ely, en tanto que el tratamiento de las concepciones deliberativas será pospuesto para más adelante. De todas maneras, aunque emplearé la teoría de Ely para guiar la discusión, el planteamiento que sigue y sus correspondientes objeciones resultarían aplicables a cualquier concepción que se apoye en los supuestos de imparcialidad y desconfianza hacia el proceso político para fundamentar una teoría que propicie un modelo fuerte de control judicial como contralor de las condiciones de participación en el proceso político.

A decir verdad, Ely no se explaya demasiado en justificar por qué razón las precondiciones de la democracia no pueden quedar al cuidado del proceso democrático, a diferencia de otros derechos “sustantivos”, como el derecho a la propiedad o la privacidad, acerca de los cuales no sólo no opone reparo alguno en que ello sea así, sino que sugiere que eso es lo que cabe esperar de un sistema democrático-representativo<sup>29</sup>. Sin embargo, se desprenden del trabajo del autor en cuestión algunos elementos, los cuales en general evidencian una actitud de desconfianza hacia el proceso político<sup>30</sup>. Así, Ely nos dice que “[o]bviamente, nuestros representantes elegidos son las últimas personas

---

<sup>28</sup> Sobre el punto, véase, del autor, “Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia”, 16 *Teoría y Realidad Constitucional* 313 (2005), pp. 334 y ss.

<sup>29</sup> Esta limitación de la teoría de Ely es la razón, como veremos más abajo, por la cual algunos constitucionalistas han extendido dicha teoría para abarcar también a ciertos supuestos más “sustantivos”. Por ejemplo, Ferreres, cit., pp. 55-78, señala que para ser coherentes con los valores últimos de igualdad que dan sustento a la concepción de Ely, no sólo se deben defender los derechos de participación política, sino también el derecho a no ser discriminado y los derechos de autonomía privada o individual.

<sup>30</sup> Según Ely, *Democracia y desconfianza...*, cit., p. 217, el derecho constitucional existe para aquellas situaciones en las que no se puede confiar del proceso democrático, de allí el nombre de su obra. Es digno rescatar de Ely, sin embargo, que su teoría no se basa en una apreciación de que los jueces sean más capaces de hallar la verdad moral. En este sentido, no incurre en el elitismo epistemológico al que nos referíamos en el capítulo 3.

en quien confiaríamos para identificar” alguna de las circunstancias que impiden la participación democrática y que autorizan a ejercer el control<sup>31</sup>; los derechos involucrados en los casos de sufragio “no pueden ser dejadas a nuestros representantes elegidos, quienes obviamente tienen intereses creados en el *status quo*”<sup>32</sup>; y discutiendo nuevamente el derecho al voto, afirma que “[n]o podemos confiar en que las personas que detentan el poder decidan quién ha de ser excluido”<sup>33</sup>, etc.

A diferencia de esto, Ely afirma que los magistrados son comparativamente ajenos al sistema político, lo cual los hace inmunes a las presiones propias de la política. Esta situación no les otorga una especial pericia para decidir en cuestiones sustantivas (algo que su propuesta pretende evitar), pero sí para detectar con objetividad aquellas situaciones en las que se ponga en entredicho alguna de las precondiciones democráticas o en las que se niegue a ciertos grupos minoritarios determinados derechos. De este modo, y empleando como esquema de análisis un modelo económico, Ely afirma que el control judicial tiene una orientación “anti-trust” [anti-monopolio], que sólo interviene cuando el “mercado político” funciona mal, y lo hace como mero árbitro para evitar que alguno de los equipos en disputa obtenga una ventaja injusta<sup>34</sup>.

Estos son, básicamente, los argumentos de Ely. En lo que sigue, intentaré formular tres objeciones a las razones esgrimidas por el autor. La primera de ellas se refiere a la desconfianza que el mismo demuestra hacia los representantes. Dicha desconfianza parece apoyarse en una lectura que Ely efectúa de cierto período de la historia constitucional norteamericana en el que existía una situación de discriminación hacia ciertos grupos y en el que los tribunales emitieron algunos fallos en contra de esta situación, como *Brown v. Board of Education*<sup>35</sup>, etc. Si bien esto puede tener una base de verdad, lo cierto es que desconoce que también en dicho período, como se he intentado argumentar en el capítulo anterior, la influencia de la masa de ciudadanos y sus

---

<sup>31</sup> Ely, *Democracia y desconfianza*, cit., p. 130.

<sup>32</sup> Id., p. 146.

<sup>33</sup> Id., p. 149.

<sup>34</sup> Id., p. 129

<sup>35</sup> 347 U.S. 483 (1954).

representantes fue decisiva para producir un cambio significativo en torno a la situación de estos grupos minoritarios<sup>36</sup>.

Además, el argumento de la desconfianza no puede invocarse como un argumento justificatorio de carácter general, ya que ello conduciría a Ely a todas las paradojas que señalábamos en el capítulo anterior: ¿por qué ha de sospecharse solamente de los representantes, y no así de los jueces, en cuya designación han intervenido de diverso modo esos mismos representantes, y que pueden abrigar los mismos sentimientos de exclusión o aversión hacia las minorías? ¿Cómo es posible sostener una desconfianza generalizada hacia la mayoría, y pensar al mismo tiempo que esa mayoría sería capaz de instituir un sistema político que establezca garantías para las minorías?, etc.<sup>37</sup> Quizás Ely pueda replicar que su teoría está destinada a remediar ciertas patologías específicas, y en este caso quizás podría dársele la razón. Pero también habría que dejar en claro que en este supuesto no estaríamos lidiando ya con una sociedad bien ordenada, que es lo que aquí ocupa nuestra atención, y que además, aún en estos casos existirían razones para dudar de la eficacia del control judicial, tal como se vio en el capítulo anterior. Finalmente, no siempre puede sostenerse como norma general que los representantes tienen intereses creados en el *status quo* y que por esa razón no puede confiarse en ellos, y ello porque la experiencia simplemente desmiente esta suposición. Piénsese, nuevamente, en *Buckley v. Valeo*, en el que conjunto de medidas legislativas tendentes a regular la financiación de las campañas fueron invalidadas por la Corte Suprema con una lectura libertaria del derecho a participar<sup>38</sup>, algo que desde una determinada perspectiva liberal-igualitaria o socialdemócrata podría muy bien resultar objetable<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 4, apartado 4, epígrafe b). Para una valoración ambigua de la eficacia de los tribunales en el ámbito de la “Reapportionment Revolution” de los años 60 en el contexto estadounidense, véase G. N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, University of Chicago, Chicago/London, 1991, pp. 292-303. Se resalta además allí el clima político y académico, así como el creciente liberalismo tanto a nivel nacional como de los tribunales, factores que también contribuyeron a propiciar la revolución.

<sup>37</sup> El propio Ely, *Democracia y desconfianza...*, cit., p. 153, reconoce que varias enmiendas constitucionales han tenido por objeto la extensión del derecho al sufragio, lo cual es una muestra más de que no se puede desconfiar siempre de las mayorías.

<sup>38</sup> Este mismo argumento puede emplearse para descalificar el argumento de Nino, cit., p. 274, en virtud del cual los jueces muestran una tendencia “unidireccional” hacia la ampliación del proceso, conforme pudo verse en el capítulo 3.

<sup>39</sup> Cfr., C. R. Sunstein y A. Vermeule “Interpretive Theory in its Infancy: A Reply to Posner”, 101 *Michigan Law Review* 972 (2003), p. 975, criticando el error característico –señalado en

La segunda objeción tiene que ver con la tesis de Ely según la cual la determinación sobre las cuestiones procedimentales pueden ser evaluadas con una objetividad relativamente mayor que las cuestiones sustantivas. Sin embargo, como hemos visto en el apartado anterior, la plausibilidad de esta tesis es bastante dudosa: las cuestiones procedimentales son igual de complejas y controvertidas que las cuestiones sustantivas, con las que se hallan además inextricablemente unidas. Tomemos como ejemplo el caso de un proceso político defectuoso en razón de que las minorías son discriminadas. Se ha afirmado con frecuencia que la determinación de si una minoría discreta e insular ha sido discriminada o no simplemente no puede establecerse sin apelar a un criterio sustantivo externo, que es precisamente lo que Ely desea evitar para conservar el carácter “procedimental” de su teoría. En efecto, no resulta difícil hallar cualquier argumento que bajo una fachada de razonabilidad sirva para encubrir una discriminación contra grupos minoritarios. Lo que para una persona puede constituir una “clasificación sospechosa”, para otros puede constituir una interpretación válida del ideal de igual consideración y respeto<sup>40</sup>. Por ejemplo, una medida de segregación racial en los colegios puede “justificarse” sobre la base de que ello contribuye a que los estudiantes no se sientan intimidados al crecer en un ambiente con niños de raza blanca en el que son sometidos a intimidaciones y presiones de conformidad a estándares ajenos a los del grupo minoritario<sup>41</sup>. Y siendo que esto es así, la única salida posible para evaluar si ha habido o no una discriminación es adoptando un criterio sustantivo que nos permita

---

el capítulo 3– de tomar una imagen cínica o pesimista de ciertas instituciones al tiempo en que se toma sin justificación una imagen idealizada de otras, error que es ejemplificado para estos autores en la teoría de Ely, “in which far-sighted and politically responsible courts police invidious stereotyping and other process failures on the part of dysfunctional legislatures”. Y añaden: “what if courts are unwilling to do what Ely urges, and what if courts would fail to do the task well if they tried?”

<sup>40</sup> Bellamy, cit. Otro punto es la ineficacia de la categoría de Ely. Véase, por ejemplo, B. A. Ackerman, “Beyond *Carolene Products*”, 98 *Harvard Law Review* 713 (1984), alegando que son las minorías difusas y no discretas, como los gays, las que requieren más protección en la actualidad. A su vez, Bellamy, cit., afirma que los pobres no serán socorridos eficazmente por el enfoque de Ely, puesto que su problema no es la exclusión, sino su “powerlessness”, o falta de poder, en función de la cual no pueden organizarse para proteger adecuadamente sus intereses. Ely, sin embargo, no se ocupa de este supuesto, probablemente porque al prescindir de un criterio sustantivo de valoración, no podría hacerlo.

<sup>41</sup> El ejemplo lo tomo de Bellamy, cit. El autor hacer notar además que un problema patológico que afecta al sistema político americano, como es el de la fijación de los distritos electorales que parecen diseñarse con la intención de perjudicar el voto de determinadas minorías, se da precisamente en un ámbito en el que los tribunales han sido reacios a intervenir. Bellamy atribuye esto a que se trata de problemas políticos, que no pueden ser resueltos por vía legal.

evaluar objetivamente cada decisión tomada. Pero esto abre la puerta a que el tribunal se disponga a evaluar argumentos sustantivos, no ya meramente procedimentales, algo que para Ely resultaría inadmisibles dado que el control judicial en temas sustantivos entraña una afrenta hacia ideales de autogobierno democrático. Esto plantea entonces dos vías posibles: o se admite una forma de control judicial más robusta, extendiéndola hacia cuestiones sustantivas, algo con lo cual Ely no estaría de acuerdo, o bien, se rechaza en su totalidad el control judicial de la ley por constituir un procedimiento ilegítimo. Al parecer, estamos ante un dilema de “todo o nada”, sobre el cual volveré nuevamente en el siguiente apartado.

En conexión con lo anterior, puede insistirse además en que, aún una función que en la construcción de Ely se presenta como relativamente sencilla, como la de verificar las condiciones del proceso político-representativo, dista de ser una cuestión que resulte apropiada a las labores de un órgano judicial. Con esto entramos en el terreno de la competencia institucional, discutido en el capítulo 3. En efecto, a pesar de su aparente sencillez, esta función no es en modo alguno fácil de ser puesta en práctica por un órgano de naturaleza jurisdiccional, lo cual puede conducir a que se depositen demasiadas esperanzas en una instancia que no acabe resultando capaz de satisfacerlas dadas sus limitaciones institucionales. En otras palabras, lo que ahora se objeta es la capacidad misma de un tribunal de justicia para desempeñar este tipo de funciones. Piénsese, por ejemplo, en un tribunal abocándose a decidir si es que el sistema bipartidista debe preferirse sobre la base de que favorece la estabilidad, en detrimento de otros sistemas alternativos. O bien, en un tribunal intentando extraer consecuencias prácticas de un concepto tan abstracto y ambiguo como el de “gobierno representativo”. Está claro que se trata, en ambos supuestos, de complejísimos asuntos que requieren juicios de valoración y análisis de complejas evidencias empíricas que parecerían más bien propias de ser implementadas por medio de políticas públicas en lugar de hacerlas depender de las decisiones de los tribunales sobre la base de su aparente sencillez. Ésta es precisamente la razón por la que algunos críticos han afirmado que detrás de la actuación de los tribunales en los casos del “Reapportionment Revolution” que tuvo lugar en los Estados

Unidos a partir de *Baker v. Carr*<sup>42</sup> y durante casi cuarenta años no puede discernirse ningún principio de ordenación más que el de los propios instintos políticos de los jueces, lo cual ha llevado a una jurisprudencia incoherente en lo que hace a este tipo de casos<sup>43</sup>. Incluso se ha insinuado que la estrategia de la Corte Suprema de proteger el sistema representativo puede resultar contraproducente en ciertos casos, sin desconocer otros casos en que su actuación pudo haber resultado positiva. Por ejemplo, al intentar organizar los distritos electorales de manera a que salvaguarden el principio “una persona, un voto”, en lugar de proteger a las minorías (negros e hispánicos), la Corte Suprema podría haber llegado a perjudicarlas<sup>44</sup>. La explicación de esto radicaría en que dichas minorías normalmente se identifican con el Partido Demócrata. Sin embargo, según esta crítica, ha sido el Partido Republicano quien ha resultado favorecido por dichas medidas, ya que el agrupamiento de los votantes en ciertos distritos definidos según parámetros judiciales ha producido un “gerrymander” favorable a este partido<sup>45</sup>. De ser esto así, se trataría de una muestra más del argumento anticipado en el capítulo anterior, a saber, el de que una Corte Suprema jugando a hacer ingeniería social puede acabar produciendo ciertas consecuencias colaterales adversas que socaven las razones que desde un inicio se esgrimieron para apoyar la intervención del tribunal.

La última objeción tiene que ver con el carácter de tercero imparcial, ajeno a una disputa partidista, que Ely pretende asignar a los tribunales. Como hemos visto en el capítulo anterior, esta imagen de los tribunales como meros “árbitros” es sumamente difícil, si no imposible, de sostener con rigor. (Al menos cuando lo que está en juego son los derechos fundamentales, no así otras funciones que desempeña la justicia constitucional como instancia imparcial para resolver conflictos entre diversos órganos del Estado). Al fin ya al cabo, los jueces también forman parte de la sociedad en la que se

---

<sup>42</sup> 369 U.S. 186 (1962). Este caso inaugura en el contexto norteamericano lo que se ha dado en la llamar “the redistricting revolution”, una serie de casos en los que a partir de los sesenta (y hasta el presente), los tribunales han entendido en demandas que tienen que ver con la reordenación de los distritos electorales.

<sup>43</sup> D. Tucker, “Representation-Reinforcing Review: Comparing Experiences in the United States and Australia”, en T. Campbell, J. Goldsworthy y A. Stone (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford, 2003.

<sup>44</sup> El principio fue consagrado en el citado caso *Baker v. Carr*.

<sup>45</sup> Para este argumento, véase Tucker, cit., pp. 170 y ss.

determinan cuestiones fundamentales relativas al diseño de sus instituciones democráticas y participativas. Todas las consideraciones relativas al “*nemo iudex in sua causa*” a las que me refería en el capítulo 3 resultan aplicables aquí<sup>46</sup>. Para ahondar más en la cuestión, quizás sea conveniente acudir a un ejemplo para demostrar la debilidad de la posición de Ely en este punto. Tras el polémico fallo dictado en el caso *Bush v. Gore*<sup>47</sup>, en el que se decidiera la suerte de las elecciones presidenciales del año 2000, más de quinientos profesores norteamericanos de derecho suscribieron una declaración pública manifestando que la Corte Suprema había empleado su poder para actuar de modo partidista<sup>48</sup>. El caso parecía revestir todos los ingredientes como para constituir una instancia paradigmática del empleo de la teoría de Ely: la Corte Suprema debía velar, como tercero imparcial, por sobre una disputa partidista en torno al correcto funcionamiento del procedimiento democrático. Sin embargo, enseguida se hizo evidente que los jueces no podían escapar al desacuerdo político que en general dividía a la ciudadanía, ya que en efecto ellos también habrían de resultar afectados por el resultado de las elecciones, y esto se vio reflejado en el fallo al menos en cierta medida. Al decir de Richard Bellamy, bajo las reglas del juego democrático, “no puede haber ningún grupo que deba vivir bajo dichas reglas que no sea juez en su propia causa”<sup>49</sup>. Todo esto, naturalmente, no constituye un argumento a favor de ningún modo alternativo para dirimir estas disputas electorales<sup>50</sup>. Todo lo que implica es que la imagen del tercero imparcial asignada a los jueces es bastante endeble.

En conclusión, puede sostenerse que no parecen haber argumentos decisivos para mantener que los representantes deben adoptar las decisiones sustantivas de una sociedad, pero que al mismo tiempo les está vedado cuidar del propio proceso en virtud del cual estas decisiones sustantivas son adoptadas. La cuestión parece reducirse, como se ha dicho, a un dilema de “todo o nada”: o se acepta que los jueces resuelvan todas las

---

<sup>46</sup> Véase el capítulo 3, apartado 3, epígrafe d).

<sup>47</sup> 531 U.S. 98 (2000).

<sup>48</sup> “Statement of Law Professors for the Rule of Law”, *New York Times*, January 13, 2001, en Bellamy, cit.

<sup>49</sup> Bellamy, cit.

<sup>50</sup> Cfr. J. M. Balkin y S. Levinson, “Understanding the Constitutional Revolution”, 87 *Virginia Law Review* 1045 (2001), p. 1062, quienes sugieren que la Constitución asigna al Congreso la facultad de resolver disputas electorales.



disputas sobre derechos, incluyendo las guardan relación con los derechos de participación democrática, o simplemente se admite que no parecen haber razones para otorgarles un rol significativo, al menos en el contexto de un modelo fuerte. A mi criterio, y a pesar de esfuerzos como los de Ely, hasta ahora no se han esgrimido razones suficientes para descartar lo último. Es más, si aceptamos lo dicho en los capítulos 2 y 3, todo parece indicar que el procedimiento legislativo constituye el mecanismo más legítimo para quien haga suyo el ideal de las personas como agentes racionales portadores de derechos, más aún en circunstancias de pluralismo razonable.

d) *¿Control judicial autocontenido?*

Ya hemos visto a grandes rasgos la teoría procedimental de Ely, así como las razones por las que cabe rechazar una solución procedimental de este tipo. Hemos visto además lo endebles que resultan los argumentos de Ely para sustraer las decisiones *sobre* la democracia de los procesos democráticos mismos, pretendiendo que éstos retengan competencia únicamente en cuestiones que afectan a derechos de carácter “sustantivo”. Al final, vimos que la teoría de Ely parece conducir a un dilema con relación al control judicial: “todo o nada”. En efecto, una de las razones por las que la teoría de Ely parecía intuitivamente atractiva consistía en que, si bien pretendía sortear las dificultades de legitimación que reviste el control judicial de cara a ideales de autogobierno democrático, parecía no obstante dejar a salvo una función importante para la *judicial review*. Da la impresión de que Ely pretendía querer rescatar “lo mejor de dos mundos” y ponerlos al servicio de una teoría coherente. Esto satisfaría así a quienes normalmente abrigan fuertes intuiciones a favor del constitucionalismo pero también a favor de la democracia, y buscan en consecuencia una suerte de “punto medio”. Como se ha visto, la teoría de Ely no sólo no parecía antitética a la democracia, sino que parecía constituir, al menos en la superficie, la mejor manera de asegurarla.

De cualquier manera, en la concepción específica de Ely, la función que debían desempeñar los tribunales no era modo alguno trivial ni necesariamente escasa. En efecto, como hemos visto, Ely se proponía justificar las decisiones del tribunal Warren, conocidas por su acentuado “activismo” judicial en materia de reconocimiento de una

amplia gama de derechos que no se derivaban sin más de la Constitución o de los precedentes establecidos<sup>51</sup>. Otro tanto cabría decir de otros autores que han insistido con alguna variante del procedimentalismo como concepción constitucional democrática o con la teoría del control judicial de las condiciones del proceso democrático. Tal sería el caso, por ejemplo, de Jürgen Habermas, quien, aunque afirme que “una concepción procedimentalista del derecho obligaría a un papel más bien restrictivo” con relación al tribunal constitucional<sup>52</sup>, hay razones para dudar de que ello sea realmente así. En efecto, a diferencia del de Ely, Habermas acaba extendiendo el ámbito de los derechos susceptibles de protección judicial incluso a los derechos que guardan relación con la autonomía privada, todo ello de conformidad a una determinada concepción democrática en virtud de la cual la autonomía pública y la privada se hallan imbricadas de manera a posibilitar el desarrollo del proceso democrático que permitirá la adopción de decisiones revestidas de una presunción de razonabilidad<sup>53</sup>. Por cierto que la objeción general a este enfoque debería a estas alturas resultar obvia. El hecho de que los desacuerdos se extiendan igualmente al modo concreto de concebir estos ámbitos de autonomía pública o privada que se sitúan en el centro de la construcción de Habermas hace desaconsejable que un tribunal sea el encargado de su custodia<sup>54</sup>. Por lo demás, la concepción democrática de Habermas es, a final de cuentas, sólo una más entre varias otras que no pueden descartarse tan fácilmente como irrazonables, incluso aquellas que él critica e

---

<sup>51</sup> Sin embargo, sus críticos le han reprochado igualmente que todo el espectro de casos cubiertos por este tribunal no encuentran fácil acomodo en la teoría de Ely. Otros, como Sunstein, *The Partial Constitution*, cit., a pesar del “minimalismo” al que se adhiere, tampoco parece reservar un papel modesto al tribunal, sino que concibe un rol para el mismo encaminado a mejorar los ideales deliberativos de conformidad a la concepción republicana que se halla en la base de su filosofía política. También parece reservar un papel destacado al tribunal Michelman, “Law’s Republic”, cit.

<sup>52</sup> Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 525. El autor realiza esta afirmación en el contexto del debate alemán sobre la constitución como “orden de valores”. Lo que intenta es, dada su concepción procedimental de la constitución, evitar que los tribunales conciban su función como celadores de un orden de valores. De allí que el enfoque de Ely le parezca prometedor. Para una interpretación distinta, véase C. F. Zurn, “Deliberative Democracy and Judicial Review”, 21 *Law and Philosophy* 467 (2002), quien afirma que en la concepción habermasiana el control constitucional entrañaría bastante más actividad que lo que éste supondría según los parámetros de la teoría de Ely.

<sup>53</sup> Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 336. Sobre la implicación mutua entre autonomía pública y privada, véase su “Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, 29 *Political Theory* 766 (2001).

<sup>54</sup> También Zurn, “Deliberative Democracy and Judicial Review”, cit., pp. 522 y ss., se muestra algo perplejo con relación a la fácil aceptación por parte de Habermas del control constitucional por parte de un órgano judicial.

intenta trascender, como las concepciones liberal y republicana de la democracia<sup>55</sup>. Lo cual implica que un tribunal no podría, sin incurrir en una cierta arbitrariedad, decantarse por la democracia habermasiana para decidir el modo en que ejercerá el control judicial. Este argumento podría hacerse extensible a quienes en general parten de una determinada concepción preestablecida de la democracia, y a partir de ella, pretendan extraer conclusiones sobre la legitimidad del control judicial.

De cualquier modo, e independientemente al específico planteamiento de cada autor, el punto que deseo cuestionar ahora es el siguiente: ¿hasta qué punto puede retenerse la intuición original detrás de la aproximación procedimental, en función de la cual el control judicial limitado al control del proceso democrático permitiría en realidad un amplio marco para la adopción democrática de decisiones? En efecto, existen algunas razones para dudar de que una teoría del control judicial de las precondiciones del proceso democrático conduzca realmente hacia un tribunal autocontenido, deferente, minimalista, o en general, tendente al “*self-restraint*”<sup>56</sup>. Luis Prieto Sanchís expresa con mucha elocuencia la razón de ello:

“...si entendemos que los requisitos de la democracia [...] y en consecuencia de la ley son que se cumpla el procedimiento parlamentario y que no se coaccione al diputado que vota, pero también que el elector tenga pleno acceso a la información y que pueda participar sin restricciones y en pie de igualdad con todos los ciudadanos, si entendemos que es también condición de la democracia la garantía de un nivel aceptable de existencia, de acceso a los bienes materiales y a la cultura, etc., entonces resulta que, en verdad, condiciones de la democracia son casi todas las prescripciones constitucionales que diseñan un modelo social: los derechos civiles que garantizan la autonomía individual, los de participación que hacen del sujeto un ciudadano activo y, por qué no, también los derechos económicos, sociales y culturales que proporcionan el sustrato material indispensable para el ejercicio de la autonomía y de la participación. Con lo cual, variando ligeramente las coordenadas ideológicas, el propósito restrictivo en gran

---

<sup>55</sup> Bellamy, cit.

<sup>56</sup> Aquí empleo la expresión “*self-restraint*” en un sentido amplio, no en la acepción técnico-legal, que se desprende, por ejemplo, del caso *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288 (1936), o de otros usos técnicos vinculados a ciertas exigencias procesales tendentes a restringir las circunstancias bajo las que los tribunales pueden entender en un determinado caso.

parte se esfuma y la justicia constitucional recobra toda su competencia sobre el conjunto de la normativa constitucional...<sup>57</sup>

Quizás quienes opten por una concepción procedimental del control judicial y aboguen al mismo tiempo por alguna forma de autocontrol depositen sus esperanzas en las actitudes del juez y en el modo en que éste decida interpretar las precondiciones para no darles un alcance demasiado amplio, dejándose así a salvo las preocupaciones sobre un activismo judicial de dudosa legitimidad democrática. Sin embargo, salvo en ocasiones muy determinadas, es difícil que la interpretación restrictiva pueda realmente ser sostenida en la práctica como regla general en el tipo de concepciones que venimos examinando.

Este último punto resulta ilustrado por el constitucionalista norteamericano Mark Tushnet<sup>58</sup>. Este autor introduce una distinción entre lo que serían exclusiones “formales” y exclusiones “informales” del procedimiento democrático. Las primeras, como el derecho al voto, no son problemas que aquejen con especial intensidad a las sociedades democráticas contemporáneas bien ordenadas. Es más, se espera que este tipo de exclusiones prácticamente ya no existan en el ámbito de estas sociedades. Si bien es cierto que en las mismas actualmente se excluye del voto a ciertas categorías de personas, como los menores, las personas que padecen de incapacidades mentales, las personas legalmente privadas de su libertad por haber cometido delitos, etc., debe tenerse presente que estas exclusiones resultan justificadas, y normalmente son aceptadas pacíficamente, a diferencia de otras exclusiones, como las efectuadas sobre la base de motivos de género o de raza.

A su vez, la exclusiones informales, –que es el tipo de exclusiones hacia las que la teoría de Ely se dirigía, según Tushnet–, se refieren, por ejemplo, al hecho de que, a pesar de tener reconocidos sus derechos al voto, por citar un caso, los intereses de ciertos

---

<sup>57</sup> L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 161. J. C. Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 80, se refiere a este problema como la paradoja de las precondiciones de la democracia: “cuanto más perfectas fueran las condiciones de ejercicio del derecho de participación, menos posibilidades habría de ejercerlo”.

<sup>58</sup> M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, Princeton, 1999, pp. 157 y ss.

grupos minoritarios no son tenidos en consideración por las mayorías. La minoría de raza negra del Sur de los Estados Unidos, alega Tushnet, tenía sus derechos formalmente reconocidos, pero no podían ejercerlos ya que se hallaban “informalmente” excluidos del proceso por un sistema político que los mantenía en la opresión y en el terror, por ejemplo, de organizaciones como el Ku Klux Klan. Hoy día lo normal es que sean las condiciones socioeconómicas (pobreza, falta de educación, etc.), las que atenten en contra de las precondiciones del desarrollo de la democracia. ¿Cómo deberían actuar los tribunales en una teoría que siga los lineamientos de Ely en casos como éstos? La respuesta es aparentemente sencilla, pero no así lo que la misma implica de cara a la magnitud de la labor que deberían desplegar los órganos jurisdiccionales. En el primer caso, los jueces deberían emplear las fuerzas del orden para remediar la situación de terror, de persecución, y de opresión en las que presumiblemente se encuentren los excluidos. En el segundo supuesto, deberían proceder a realizar la labor nada trivial de iniciar una reestructuración de la economía<sup>59</sup>. Como es obvio, y dada la envergadura de estos problemas, resultaría difícil que semejante empresa pueda ser llevada a cabo de conformidad a ideales de “self-restraint”, por no hablar ya de que los órganos jurisdiccionales no parecen estar bien diseñados ni tampoco equipados para llevar a cabo este tipo de tareas.

En conclusión, Tushnet sugiere que, o se limita la justicia a la función de contralor de las precondiciones formales, lo cual resulta bastante trivial para las condiciones en las que se desenvuelven las democracias occidentales contemporáneas, o bien, se aboca también a la protección de las precondiciones informales, en cuyo caso tendremos un rol mucho más significativo de lo que la expresión “*judicial restraint*” pudiera dar a entender<sup>60</sup>. En ambos casos el enfoque “a lo Ely” termina mostrándose bastante problemático<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., p. 160.

<sup>60</sup> Id.

<sup>61</sup> Cfr., sin embargo, Ackerman, “*Beyond Carolene Products*”, cit. Como se ha visto, Ackerman sugiere que el planteamiento puede seguir siendo útil en el futuro, aunque no en su aplicación a los supuestos tradicionales (minorías raciales o religiosas), sino a colectivos como los discriminados sexualmente (mujeres y homosexuales) y los pobres. En este caso, la única objeción que quedaría en pie es la segunda.

Una última consideración de Tushnet tiene que ver con la lógica del poder: “quien no ejerce el poder, lo pierde”. Si otorgamos poder a los tribunales para entender únicamente en ciertos casos excepcionales en los que se pone en peligro el funcionamiento de la democracia, no es dable esperar “que los jueces permanezcan sentados esperando que surjan estos casos”<sup>62</sup>. Lo más probable es que si se les confiere el poder, el mismo sea ejercido de manera frecuente, con lo cual la intención de que el poder otorgado fuese empleado de modo excepcional quedaría anulada. Debemos recordar que en muchos sistemas políticos, por lo menos tal es el caso de los EE.UU., la Corte Suprema es el único de los poderes del Estado y en general, de las instituciones públicas, que, en virtud al modo en que opera el sistema, se halla autorizada a decidir los límites de su propio poder<sup>63</sup>. Todo esto suministraría otra poderosa razón para dudar de la efectividad de las doctrinas de la deferencia judicial y del “self-restraint” que propician las concepciones procedimentales analizadas.

La conclusión de todo esto es que la cuestión sobre la justificación de un modelo fuerte de control judicial en el ámbito de los derechos fundamentales parece reducirse, al menos desde la perspectiva abordada, a un dilema de “todo o nada”. Las concepciones procedimentales tienen una enorme dificultad para intentar situarse en una suerte de punto intermedio. En contraposición, en el hecho de mantenerse consecuente con sus aspiraciones normativas hasta el final radica una de las virtudes de una teoría como la de Waldron. Quizás la única alternativa intermedia válida sería la de considerar modelos de justicia constitucional alternativos que no otorgan la última palabra en materia de derechos fundamentales a los jueces. De ellos nos ocuparemos en el capítulo siguiente. Aunque no me extenderé sobre el tema aquí, sugeriré como hipótesis que tal vez lo mismo pueda decirse de todas las estrategias que, partiendo del reconocimiento de alguna

---

<sup>62</sup> Tushnet, *Taking the Constitution Away...*, cit., p. 162. Debo aclarar que Tushnet hace esta afirmación en el contexto de las “situaciones ordinarias” v. “situaciones extremas”, en tanto que aquí se emplea el ejemplo específicamente en el contexto de la discusión sobre las teorías minimalistas para demostrar cuáles pueden ser sus consecuencias. Existen, sin embargo, coincidencias entre ambas situaciones, ya que en ambos casos se supone que la intervención judicial es excepcional.

<sup>63</sup> Cfr., T. Nagel, “The Supreme Court and Political Philosophy”, 56 *New York University Law Review* 519 (1981), p. 523, llamando además la atención sobre el peligro de que la Corte Suprema haga uso de su poder para expandirlo aún más. M. J. Klarman, “What’s So Great About Constitutionalism?”, 93 *Northwestern University Law Review* 145 (1998), p. 152, añade que quizás el mejor mecanismo para combatir esta tendencia al autoengrandecimiento es algo de lo cual los tribunales carecen: “direct electoral accountability”.

variante de la objeción democrática al control judicial, intenten propiciar métodos interpretativos para mitigar dicha objeción<sup>64</sup>. Tal sería el caso, por ejemplo, de algunos enfoques de orientación “thayerianos”<sup>65</sup>, como es el caso de Bickel y las “passive virtues”, Sunstein y el minimalismo<sup>66</sup>, o en España, Víctor Ferreres<sup>67</sup>. En estos casos,

---

<sup>64</sup> En un sentido similar se expide S. Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 49 *American Journal of Comparative Law* 707 (2001), p. 751.

<sup>65</sup> Véase, sobre todo, J. B. Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review* (1893). Sin embargo, A. Vermeule, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard, Cambridge/London, 2006, defiende un enfoque “thayeriano” que resultaría más plausible, en razón de que el mismo deja en claro que los tribunales deberían intervenir no en el ámbito de los derechos fundamentales, que es el que aquí nos ocupa, sino para velar por el respeto a las disposiciones no controvertibles de la constitución, como por ejemplo, la que establece la edad mínima para ser presidente de la república.

<sup>66</sup> La doctrina de Bickel se refiere a los recursos procesales que disponen los tribunales para evitar entender en cuestiones espinosas, como las doctrinas del “standing”, “mootness”, y “ripeness”, etc. La concepción de Sunstein es más compleja, ya que se halla relacionada a una concepción de las decisiones judiciales sobre la base de “acuerdos incompletamente teorizados”. Para una exposición sucinta, véase C. R. Sunstein, “Constitutional Agreements Without Constitutional Theories”, 13 *Ratio Juris* 117 (2000). En C. R. Sunstein, *Radicals in Robes. Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, Basic Books, New York, 2005, p. 50, el autor condena lo que denomina con el término “mayoritarismo”, “simply because it embraces a large theory that would call for major revisions in current practices”. De esto parecería desprenderse que, al igual que la mayoría de los constitucionalistas norteamericanos, Sunstein intenta *justificar* una práctica existente, por lo cual el mayoritarismo le parece “radical” por el sólo hecho de poner en entredicho la práctica en sí misma.

<sup>67</sup> En el caso específico de Ferreres, el argumento sería más o menos el siguiente. Como es sabido, el autor pretende seguir un enfoque thayeriano, propiciando una actitud deferente hacia al legislador sobre la base de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Ahora bien, según Ferreres, la fuerza de la presunción no debe ser extrema, hasta el punto de exigir que sólo pueda proceder a declararse la invalidez cuando las leyes sean manifiesta e inequívocamente inconstitucionales. (Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, p. 186.) La razón de esto es que, en la mayoría de los casos, las leyes dictadas por el parlamento probablemente involucrarán cuestiones morales debatidas en el seno de la comunidad, y acerca de las cuales, dadas las circunstancias del desacuerdo, existirán posturas enfrentadas entre sí. Al parecer, es justamente en este de tipo situaciones en las que el tribunal está llamado a cumplir su rol de promover y mantener viva una cultura pública deliberativa. En efecto, si el tribunal aplicara un *test* demasiado estricto, limitando su intervención al mínimo, por ejemplo, a situaciones en las que una legislatura groseramente transgreda los límites constitucionales, la labor del tribunal sería relegada a una situación de intrascendencia, y no podría cumplir con la función que está llamada a desempeñar. (En el mismo sentido, P. de Lora, “La posibilidad del constitucional Thayeriano”, 23 *Doxa* 49 (2000), pp. 66 y ss.) Sólo mediante una intervención más activa “en aquellos casos en los que existe controversia moral en la comunidad política”, podrá el control judicial servir de incentivo para que la legislatura se esmere al máximo en robustecer el proceso deliberativo. Por el contrario, en caso de que se empleara un *test* demasiado exigente, el órgano legislativo se relajaría y no se esforzaría por deliberar adecuadamente. (Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, p. 186.) Ahora bien, esta estrategia permite evadir el problema de la superfluidad del control judicial (el cual presumiblemente se presentaría en una sociedad bien ordenada si la presunción fuera extrema). Sin embargo, la misma introduce un nuevo y poderoso problema sobre todo para quien, como el propio Ferreres, asuma las condiciones del pluralismo razonable en las que se desenvuelven las sociedades contemporáneas. Salvo el supuesto de una

quizás no resulte posible alcanzar en la práctica el “punto medio” que estas teorías proponen cuando admiten un espacio para el control judicial, pero sin pretender que dicho espacio se ensanche más de la cuenta a fin de no violentar los ideales del autogobierno democrático.

### 3. DIGRESIÓN: EL “CONSTITUCIONALISMO DÉBIL”

A mi juicio, una de las críticas más lúcidas que se han hecho de la teoría de Waldron, sobre todo en lo que se refiere al aspecto democrático-participativo y su relación con el control judicial, que es lo que venimos considerando, es sin duda la de Juan Carlos Bayón<sup>68</sup>. Antes de ocuparnos ella, conviene, sin embargo, formular la

---

violación manifiesta y ostensible de la constitución (del tipo “se decide derogar la dignidad humana”), ¿qué otro criterio podría emplear el tribunal para invalidar una ley y forzar así una deliberación más adecuada en aquellas controversias morales que dividen a la comunidad? Cualquier criterio ajeno al de una violación manifiesta e inequívoca de la constitución probablemente tomará como parámetro la forma de alguna de las posturas antagónicas que dividen razonablemente a la comunidad. Pero el problema en este caso es que resultaría inadmisibles que el tribunal tome partido hacia un bando determinado o pretenda arrojar dudas sobre la decisión de la asamblea legislativa basada en una interpretación razonable de la constitución. (Cabe señalar que en el capítulo 6 de *Justicia constitucional y democracia*, se establecen otros criterios específicos para invertir la presunción de validez, como el caso de los grupos política y socialmente desaventajados y las restricciones al derecho a participar, en una línea similar a Ely. Sin embargo, cuando erige como principio justificatorio del control judicial su papel de facilitar una cultura pública deliberativa, no parece que se esté sugiriendo que el mismo deba limitarse a estos supuestos.) Como vemos, este problema nuevamente nos enfrenta al dilema del “todo o nada”. En efecto, o se admite un control judicial fuerte e invasivo, lo cual iría en contra de los principios sobre los que se asienta la teoría de Ferreres, o bien, se relega al control judicial a la intrascendencia, con lo cual de paso decaería su función de promover y mantener viva una cultura pública constitucional. Quizás ésta sea la razón por la cual en la práctica sea tan difícil encontrar decisiones judiciales auténticamente “thayerianas”. M. Tushnet, “Alternative Forms of Judicial Review”, 101 *Michigan Law Review* 2781 (2003), pp. 2798 y ss., trae a colación el voto disidente del magistrado Souter en *Nixon v. U.S.* como ejemplo del único caso reciente del cual tenga constancia. Por último, cabe añadir que en un trabajo más reciente, V. Ferreres Comella, “The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism”, 82 *Texas Law Review* 1705 (2004), pp. 1730 y ss., el autor alude al problema de la intrascendencia y sugiere que el mismo afecta de modo más acuciante a los sistemas centralizados de control jurisdiccional que a los descentralizados, ya que estos últimos pueden darse el lujo de resultar inactivos en razón de que poseen además otras funciones propias de la jurisdicción ordinaria. En el capítulo 6 se dirá todavía algo más sobre la teoría del control judicial de Ferreres.

<sup>68</sup> J. C. Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003. Agradezco a Juan Carlos Bayón por las precisiones que me brindó al abordar el tema, ahorrándome algunas imprecisiones importantes (o al menos eso espero).



siguiente aclaración. La crítica de Bayón a Waldron se basaba no sólo en la concepción de Waldron sobre el control judicial, sino en sus anteriores apreciaciones más abstractas sobre la legitimidad de los procedimientos de decisión en virtud de los cuales Waldron pretendía poner en entredicho la técnica misma de la rigidez constitucional, no ya sólo a la institución del control judicial<sup>69</sup>. Está claro que esta cuestión es, como se ha dicho en reiteradas oportunidades, ajena a esta investigación, en la que se asume la vigencia de una constitución escrita que instituye ya determinados procedimientos cuya vigencia se presupone. El objeto de esta investigación se circunscribe, como se ha dicho, al ejercicio del control judicial con relación al catálogo de derechos de dicha constitución vigente. En este contexto, la crítica más general de Bayón hacia el planteamiento waldroniano pierde algo de relevancia. También debe hacerse notar que, en sus trabajos posteriores, el propio Bayón parece haber modificado algunos de sus puntos de vista anteriores. Aun así, las consideraciones que siguen pueden resultar esclarecedoras en lo que hace a la discusión sobre el modo en que deben adoptarse las decisiones en materia de los procedimientos democrático-participativos por vía de las cláusulas que consagran derechos fundamentales. Y es que como veremos, la teoría del “constitucionalismo débil” que propiciaba Bayón, y que por cierto debe distinguirse de los “modelos débiles de justicia constitucional”, puede ser interpretada como una forma, aunque más sutil y refinada, del planteamiento procedimentalista. Por esta razón, y con las cautelas apuntadas, procederé a discutir aquí el desafío de Bayón a la concepción waldroniana, lo cual nos permitirá además comprender mejor las implicaciones de esta última en torno al valor de la participación. Pero para que el problema se comprenda adecuadamente deberé abordar igualmente algunos de los problemas más abstractos sobre los procedimientos de decisión en general.

En su artículo “Derechos, democracia y constitución”, Bayón parte del reconocimiento de la fuerza de los argumentos de Waldron sobre el derecho a participar, y en consecuencia, considera que el control judicial resulta problemático como procedimiento para la determinación de los derechos. No obstante, el autor entiende que un análisis más riguroso de estos argumentos conducirían no al rechazo de toda forma de constitucionalismo (que es lo que Waldron parecía sugerir en sus trabajos anteriores),

---

<sup>69</sup> Véase, por ejemplo, “A Right-Based Critique...”, cit., *passim*.

sino sólo a una manifestación especialmente intensa de éste, a la que Bayón denomina “constitucionalismo fuerte”. Esta forma política sería, siempre según el autor, el constitucionalismo predominante en países como España, Alemania, Estados Unidos, y en menor medida, Italia, país cuya constitución es menos rígida que los anteriores. Pero Bayón alega que existen algunas “fisuras” en la teoría de Waldron que permitirían defender cuando menos una forma de “constitucionalismo débil”, que constituiría, como su nombre lo indica, un sistema político bastante más atenuado que el anterior, y que como ya se dijo, debe distinguirse de lo que es un “modelo débil de justicia constitucional” a fin de no dar lugar a equívocos, pues se trata de conceptos distintos, en el que el último es tan sólo un elemento dentro del primero, como se verá en seguida. Este constitucionalismo sería inmune a algunas de las críticas de Waldron en contra de la constitucionalización, aunque al mismo tiempo sería sensible a sus principales inquietudes sobre la importancia del valor de la participación en los mecanismos de toma de decisiones colectivas<sup>70</sup>. Veamos cómo se llega a la construcción de esta forma de constitucionalismo.

Bayón está de acuerdo con Waldron en que la regla mayoritaria es el procedimiento que mejor respeta los valores de participación e igualdad en un sistema de toma de decisiones<sup>71</sup>. Sin embargo, tras realizar esta concesión a favor del valor de la regla mayoritaria, Bayón afirma que una de las cosas que podría decidirse implementando la regla mayoritaria es el establecimiento de un procedimiento distinto al de la propia regla mayoritaria, por ejemplo, el sistema de mayorías reforzadas que se refleja en el constitucionalismo en el carácter rígido de las constituciones. De este modo, Bayón mantiene que “aun concediendo como hipótesis la justificación última de la regla de la mayoría, justificado quedaría igualmente lo que trajese causa de ella”<sup>72</sup>. Vale decir, si en uso de la regla mayoritaria, que es por excelencia el principio más legítimo para la toma de decisiones según esta concepción, decidimos emplear otro mecanismo para la toma de decisiones, por ejemplo, el de la exigencia de mayorías reforzadas a la que está asociada

---

<sup>70</sup> Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, cit., p. 216.

<sup>71</sup> Para una discusión, véase el capítulo 2, así como el capítulo 4, apartado 4, epígrafe a).

<sup>72</sup> Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, cit., p. 222

la rigidez constitucional, entonces este último queda justificado. Lo cual podría significar que el intento de Waldron termine por auto refutarse.

Sin embargo, y en lugar de detenerse en esta conclusión, Bayón sugiere considerar antes dos versiones de la regla mayoritaria, que es lo que finalmente le permitirá defender su postura ecléctica. Una primera manera de concebir a la regla mayoritaria sería entendiéndola como una regla “abierta al cambio”, lo cual implica que haciéndose uso de este procedimiento puede en cualquier momento optarse por otro procedimiento en sustitución de la regla mayoritaria. Éste es el procedimiento por el que Waldron al parecer se decantaba y que Bayón intenta superar por considerarlo problemático. El segundo modo de concebir la regla mayoritaria sería como una regla “cerrada al cambio”, vale decir, en esta concepción el procedimiento empleado para adoptar una decisión no puede emplearse para anular ese mismo procedimiento. La versión cerrada al cambio no viene a ser sino lo que conocemos como el principio de Blackstone, es decir, el principio en virtud del cual el parlamento puede decidir acerca de cualquier materia, con la excepción de la sustitución del procedimiento mayoritario por otro procedimiento<sup>73</sup>. A criterio de Bayón, si compartimos las razones de Waldron a favor de la regla mayoritaria, deberíamos optar por la versión “cerrada al cambio”, en razón de que “si la regla de la mayoría encarna un ideal que se reputa valioso..., una comunidad no debería poder decidir por mayoría dejar de decidir por mayoría, pues en un acto semejante aquel ideal se autoanularía”<sup>74</sup>.

Como puede apreciarse, la versión cerrada al cambio de la regla procedimental por la que opta Bayón y que es la que conduce a lo que él denomina como constitucionalismo débil, se asemeja bastante a una teoría procedimental, en el sentido de que su objeto de preocupación lo constituye, al menos en parte, el aseguramiento del

---

<sup>73</sup> Id., p. 223.

<sup>74</sup> Id. Haciéndose eco de la crítica de Bayón, P. de Lora, “Justicia constitucional y deferencia al legislador”, en F. J. Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 348-9, afirma que, en función a la propia lógica de su razonamiento, Waldron debería decantarse por la versión cerrada al cambio, ya que de lo contrario, “no tendría argumento alguno que esgrimir frente al que nos dice que el constitucionalismo fuerte (que Waldron objeta) está justificado desde el mismo momento en que fue adoptado democráticamente”.

procedimiento para la adopción de decisiones democráticas<sup>75</sup>. Es cierto que, como bien señala Bayón, ello trae como consecuencia dentro de su planteamiento el reconocimiento de otros derechos no estrictamente ligados a la autonomía pública, pero podemos prescindir aquí de esta complicación para centrarnos únicamente en los derechos que son precondition de la democracia, que es en definitiva el tema que ocupa nuestra atención en este capítulo. Bayón reconoce algunas de las dificultades del procedimentalismo. Reconoce, como afirma Waldron, que existen desacuerdos también sobre los procedimientos democráticos. Sin embargo, Bayón alega que la expresión “procedimiento democrático” no constituye el nombre de *un* procedimiento democrático, sino de una familia de ellos, que deben compartir un núcleo común si es que la expresión no ha de quedar vaciada de todo contenido. Lo que Bayón sugiere entonces es, para evitar la autoanulación a la que conduce la versión abierta al cambio, optar por la versión cerrada al cambio<sup>76</sup>. Y la forma que sugiere para lograr esto es “atrincherar” un núcleo, formulado en términos de reglas (para evitar su indeterminación y consiguientemente evitar que sea necesario un procedimiento de determinación que podría suscitar controversias interpretativas), que resulte irreformable<sup>77</sup>. Lo cual significa que, en la práctica, el modo en que se articulará el derecho a participar será bien concreto y definido, en la medida en que ello sea posible, pues Bayón reconoce la dificultad y excepcionalidad de estos supuestos<sup>78</sup>.

Éste es a grandes rasgos el planteamiento de Bayón. Lo que a continuación me propongo refutar es la propuesta concreta según la cual quien acepte las razones de Waldron para favorecer la regla mayoritaria, debería optar por un procedimiento cerrado al cambio. Una observación preliminar que cabe formular al planteamiento de Bayón es que nos conduce al debate sobre la crítica “lógica” al principio mayoritario, tema que ha constituido uno de los debates clásicos de la teoría política. Aunque la posición según la cual quien acepte el principio mayoritario debe aceptar que una de las consecuencias de

---

<sup>75</sup> En el mismo sentido, comentando a Bayón, P. de Lora, “Justicia constitucional y deferencia al legislador”, cit., p. 52: “además de prohibirse el suicidio democrático, han de ponerse a resguardo las condiciones mínimas que hacen posible el ejercicio de la democracia”.

<sup>76</sup> Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, cit., p. 227.

<sup>77</sup> Id., p. 235.

<sup>78</sup> Id., pp. 229-230.

su empleo es la posible anulación de ese procedimiento me parece la más sólida, considero que sería inútil intentar entrar aquí en esta disputa acerca de si la regla de decisión mayoritaria debe quedar abierta o cerrada al cambio, es decir, a si la democracia admite o no su propia destrucción, pues se trata de uno de los temas perennes y aparentemente irresolubles de la teoría política<sup>79</sup>. Lo cierto es que Waldron es bastante claro al respecto: “mis argumentos implican que si la gente desea un régimen de derechos constitucionales [que derogaría la regla mayoritaria simple por medio de la rigidez], entonces eso es lo que deberían obtener: *eso* es lo que la democracia exige...”<sup>80</sup>. Lo que debe determinarse es más bien si esta postura se sostiene en base a sus propias premisas o si, como afirma Bayón, dichas premisas nos conducen hacia una versión cerrada al cambio que servirá de plataforma al constitucionalismo débil.

La idea de Bayón sobre el atrincheramiento del procedimiento puede ser interpretada de dos modos distintos. Si al afirmar que la expresión “procedimiento democrático” alude a una familia que tiene un núcleo común se da a entender que en todas las distintas concepciones del concepto “procedimiento democrático” hay un elemento que es común a todas ellas, entonces la afirmación podría resultar engañosa. Salvo que partamos de una definición estipulativa, o de la asunción de que existe una verdad trascendente sobre la “esencia” de la democracia, debe admitirse que no existe

---

<sup>79</sup> L. Ferrajoli, “Sobre la ‘definición’ de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, 19 *Isonomía* 227 (2003), p. 229, afirma que se trata de una aporía. Así como en el plano personal la idea del suicidio constituye una idea moralmente problemática, trasladado al ámbito de los sistemas democráticos la idea también se vuelve controvertida. Sobre el punto, véase E. Spitz, *Majority Rule*, Chatham, New Jersey, 1984, p. xi, así como, en general, el capítulo 5. Holmes, cit., trae a colación los casos de la Alemania de Weimar y de la 2ª República francesa como ejemplos. Sobre el suicidio democrático, véase además N. Bobbio, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 477 y ss.; así como el debate clásico suscitado entre H. McClosky, “The Fallacy of Absolute Majority Rule”, 11 *The Journal of Politics* 637 (1949), que defiende la versión cerrada al cambio: “There can be nothing in the majority principle that requires that a majority should have the power to destroy it, for it is the very nature of a principle that it prohibits its own negation” (p. 643); y defendiendo la postura contraria, a mi criterio de modo demoledor, W. Kendall, “Prolegomena to any Future Work on Majority Rule”, 12 *The Journal of Politics* 694 (1950): “one of the hazards of democracy is that one’s own side, even when one’s own side is the one that wishes to maintain democracy, may lose” (p. 698). Conviene tener presente la distinción de T. Christiano, “Waldron on Law and Disagreement”, *Law and Philosophy* 19: 513-543 (2000), p. 541, entre la coherencia conceptual de la democracia, de la cuestión distinta acerca de la coherencia normativa de la acción de anulación. No existe ninguna inconsistencia en la idea de que la democracia se autodestruya, pero si se adopta una decisión que vaya en contra de los principios más abstractos que sostienen la democracia, entonces esto constituiría una incoherencia normativa.

<sup>80</sup> Waldron, “A Right-Based Critique...”, cit., p. 46.

ningún elemento en común que necesariamente deba estar presente en todas las diversas concepciones de la democracia, y en consecuencia, no se puede “atrincherar” dicho elemento<sup>81</sup>. Por eso no creo que deba interpretarse la propuesta de Bayón en este sentido. La otra alternativa sería interpretar la expresión “procedimiento democrático” efectivamente como una familia, aunque sin que posea un elemento que esté presente en cada caso<sup>82</sup>. Desde esta perspectiva, el planteamiento de Bayón nos obligaría a optar por *una* concepción o articulación institucional específica que habrá de resultar atrincherada.

En este último caso, el problema es que la tesis de Waldron no necesariamente nos mueve hacia el extremo al que Bayón pretende llegar (el de la versión cerrada al cambio), sino que apunta hacia ambos lados. Por un lado, es cierto que si Waldron otorga un especial valor, por encima de cualquier otro procedimiento, a la regla mayoritaria, pueden existir razones que excluyan la autoanulación del procedimiento que se reputa como el más valioso. Por otra parte, el mismo acto de blindar el procedimiento implica en sí mismo una afrenta a las razones por las que el procedimiento es valioso (permitir la participación, la discusión, la no imposición de ciertas concepciones razonables sobre otras de modo arbitrario, etc.). En efecto, aún cuando la específica versión blindada pertenezca a la de las familias de lo que conocemos como “procedimiento democrático”, la versión específica que resulte blindada impedirá la posterior discusión de otras versiones igual de razonables en las condiciones que Waldron considera son valiosas. Por ejemplo, si pudiésemos atrincherar, en términos de reglas, determinados derechos que hacen a las precondiciones de la democracia, puede ocurrir que luego existan ciudadanos que firmemente crean que debe establecerse una regla distinta, en razón de que ésta

---

<sup>81</sup> Podría pensarse, por ejemplo, que la regla mayoritaria simple sería un candidato, pero puede haber concepciones democráticas que exijan mayorías calificadas. Quizá la explicación a sea es que la democracia es un concepto esencialmente controvertido, o un concepto interpretativo, cuyo contenido normativo no puede especificarse mediante estipulación sino mediante una completa teoría normativa que dé sustento a la concepción.

<sup>82</sup> Quizás esto pueda explicarse acudiendo al concepto de “family resemblance” de L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Blackwell; London, 1953/2001. La idea es que las “familias de conceptos” no necesariamente contienen un principio unificador o un elemento que sea común a todos los eventuales miembros de la “familia”. El fenómeno es conocido también en el ámbito de la filosofía del lenguaje con la expresión “vaguedad combinatoria”, lo cual se da “cuando la palabra no se define por una serie de propiedades necesarias y suficientes, sino que hay un conjunto de propiedades relevantes que, dado un número indefinido de ellas, permiten emplear la palabra, pero cualquiera de ellas puede faltar y la palabra emplearse lo mismo con propiedad si hay un número suficiente de las restantes” (C. S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 90).

contribuiría a promover dichos derechos democráticos de manera más adecuada. En este caso, se procedería a blindar un determinado derecho procedimental que se consideraba valioso, pero al hacerlo, también se estarían echando por tierra las posibilidades ciudadanas de participar en una eventual discusión y consiguiente modificación del tipo de procedimiento configurado por dicha regla, que era lo que hacía al procedimiento valioso en primer lugar.

De todo esto se seguiría que la aceptación de los argumentos de Waldron no necesariamente debería conducir a la adopción de la versión cerrada al cambio de la regla mayoritaria, y por ende, a la versión procedimental del constitucionalismo débil. Como se ha dicho más arriba, para que la democracia signifique que “el pueblo gobierna”, entonces la ciudadanía debe ser libre para redefinir la naturaleza de su democracia cuando ellos lo estimen conveniente, sin asumir de antemano una definición “fija” de lo que es la democracia<sup>83</sup>. Si a esto sumamos que la concepción waldroniana presupone la existencia de una cultura política relativamente floreciente que sostenga una idea de los derechos, de respeto a la inclusión de las minorías, y en general, hacia la libertad, en el que las cuestiones que tienen que ver con el proceso democrático están siendo permanentemente debatidas, puede que esto contribuya al argumento en contra de “cerrar” y dotar de una cierta estabilidad, por medios menos problemáticos, el proceso participativo, de manera a evitar que éste acabe estando permanentemente “en el aire” o que conduzca a la anulación del proceso democrático.

El paralelismo entre esta lectura del constitucionalismo débil y el procedimentalismo debería a estas alturas resultar ya evidente. Tanto el primero como el segundo intentan remover de la agenda política ordinaria ciertas cuestiones que hacen al funcionamiento mismo del proceso democrático: el procedimentalismo, asignando estas decisiones a los jueces; el constitucionalismo débil, atrincherándolos en una constitución formulada en términos de reglas, lo cual no permitirá ya una discusión libre y abierta ni tampoco una modificación de los arreglos institucionales adoptados en la constitución. Quien haga suyo el ideal participativo opondría serios reparos a ambas propuestas sobre la base de los mismos argumentos, y debería defender, en lo que a la constitucionalización se refiere, la inclusión de cláusulas más elásticas y abiertas que

---

<sup>83</sup> Bellamy, cit.

posibiliten amplias opciones interpretativas sobre los derechos y su relación con las condiciones de la democracia, de manera a posibilitar el desarrollo de una discusión libre y desinhibida sobre dichos derechos por parte de la ciudadanía a lo largo del tiempo<sup>84</sup>.

A pesar de todo lo dicho, en lo que respecta al problema específico del control judicial de la ley, y en lo que hace al planteamiento de esta investigación, las consecuencias prácticas de las conclusiones a las que arriba Bayón no son, después de todo, demasiado distintas, pues el autor ha sido uno de los que con mayor acierto ha llamado la atención sobre el auténtico problema que presenta la objeción democrática al control judicial, reparando además en las eventuales virtudes de los sistemas débiles que serán abordados en el siguiente capítulo. Por lo demás, y en honor a la justicia, debo admitir que el desacuerdo con Bayón es, en el fondo, una especie de “disputa de familia”, ya que en general no sólo comparto sus planteamientos y su crítica al control judicial, sino que, como se ha visto, sus ideas inspiran e informan en buena medida la discusión a lo largo de esta investigación.

#### 4. EL CONTROL JUDICIAL EN LA DEMOCRACIA SUSTANTIVA

##### *a) Democracia sustantiva y control judicial*

El procedimentalismo intenta argumentar que el control judicial de la ley no riñe con principios participativos y de autogobierno, señalando que dicho control es ejercido precisamente para proteger los derechos y estructuras institucionales que hacen posible el libre desenvolvimiento de estos principios. Hemos visto en las páginas precedentes todas las dificultades inherentes al planteamiento procedimentalista, las cuales pueden sintetizarse en su incapacidad para lidiar con el pluralismo que afecta también al diseño de las instituciones democráticas, su incapacidad de otorgar al derecho a participar la primacía que le corresponde a la hora de definir la configuración específica del orden

---

<sup>84</sup> En este sentido, el planteamiento defendido en esta investigación sería más compatible con la concepción de V. Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, en P. E. Navarro y M. C. Redondo (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, quien defiende la formulación de disposiciones abstractas.



democrático, y en una infundada creencia de que el control judicial puede resultar más apto que el proceso político para velar por las estructuras que permiten el desenvolvimiento de éste.

Existe, sin embargo, una estrategia que partiendo de supuestos similares al procedimentalismo, intenta articular una concepción más coherente sobre la cual edificar una defensa de un modelo fuerte de control judicial, o por lo menos dejar preparado el terreno para legitimar el funcionamiento de éste. A su vez, esta concepción pretende constituir un desafío directo a la idea según la cual la participación debe resultar privilegiada a la hora de definir y dar concreción a los derechos en una determinada comunidad política. Tal es el caso de la “concepción constitucional de la democracia” de Ronald Dworkin, que aquí habrá de servirnos como guía. Al igual que el procedimentalismo, la estrategia de Dworkin consiste en sostener que el control judicial no es necesariamente incompatible con la democracia, y por ende, con ideales participativos. Para lograr esto, Dworkin parte de un concepto “sustantivo” de democracia en el que ya están incluidos ciertos derechos que, según afirma, no pueden ser soslayados por el proceso mayoritario bajo riesgo de socavar el sistema democrático mismo<sup>85</sup>. Pero a diferencia del procedimentalismo, este concepto incluye ciertos derechos y libertades en la lista de potenciales candidatos a ser protegidos vía control judicial que se hallan ausentes del procedimentalismo, tales como el derecho a la privacidad o la libertad de culto, y en general, de aquellas disposiciones más abstractas como la del debido proceso o la igual protección, que son las que suelen acentuar la objeción democrática al control judicial dado su carácter acentuadamente abierto<sup>86</sup>. De modo que la concepción de Dworkin no se reduce simplemente a la noción familiar de que para que exista una democracia, deben garantizarse el ejercicio de ciertos derechos que son constitutivos de la democracia, como el derecho al voto, la libertad de expresión y de pensamiento, y la libertad de asociación política, etc., sino que se trata de una concepción distinta, a la que podríamos denominar “sustantiva”, que exige que las

---

<sup>85</sup> Sobre las nociones de “democracia procedimental” y “democracia sustantiva”, véase Ferrajoli, “Sobre la ‘definición’ de democracia...”, cit., pp. 227, así como la bibliografía allí citada que hace alusión a su intercambio con M. Bovero; así como R. A. Dahl, “Procedural Democracy”, en R. E. Goodin y P. Pettit (eds.), *Contemporary Political Philosophy. An Anthology*, Blackwell, Oxford, 1997.

<sup>86</sup> Véase la discusión del capítulo 1, apartado 2, epígrafe a), y apartado 3, *passim*.

decisiones sean adoptadas sobre un trasfondo moral en virtud del cual las decisiones deben revestir una determinada calidad para ser tenidas por válidas<sup>87</sup>. Desde este punto de vista, la concepción democrática de Dworkin es más ambiciosa que el procedimentalismo, y el papel que pretende reservar para el control judicial parece ser más agresivo aún.

De cualquier manera, y contrariamente a lo que se sostiene en esta investigación, para Dworkin una institución como el control judicial que decida con carácter definitivo en estas cuestiones en detrimento del proceso democrático no necesariamente debe padecer ciertos defectos de legitimidad. Ello es así en razón de que, como se acaba de indicar, si estos derechos no son atendidos a través del proceso mayoritario, se socavan las condiciones que hacen posible la democracia. El control judicial podría entonces operar, al igual que con el procedimentalismo, como un posible garante de las condiciones de la democracia. Conviene analizar, por tanto, si la estrategia dworkiniana y el desafío que la misma presenta a la concepción defendida en esta investigación resultan convincentes.

Dworkin contrapone la “concepción constitucional de la democracia” a lo que él denomina “democracia estadística”, la cual se basa primordialmente en la premisa mayoritaria. Para Dworkin, esta última concepción resulta poco convincente porque se apoya fundamentalmente en el valor de la igualdad política, el cual resulta incoherente una vez que el mismo es sometido a examen<sup>88</sup>. En su lugar, ofrece una concepción alternativa de la democracia que resultaría, siempre según Dworkin, más prometedora. La característica distintiva de la “concepción constitucional de la democracia” es que “las decisiones colectivas sean hechas por instituciones políticas cuya estructura, composición

---

<sup>87</sup> En este sentido, puede calificarse como una concepción “sustantiva”, por oposición a una concepción meramente “formal” o “procedimental” de la democracia. Sobre la distinción, a parte de los trabajos ya citados más arriba, véase, Bayón, “Democracia y derechos...”, pp. 81 y ss.

<sup>88</sup> Dworkin distingue entre las dimensiones horizontal (entre ciudadanos) y vertical (entre ciudadanos y autoridades públicas) de la igualdad; y entre la igualdad de impacto (que consiste en la diferencia que un individuo puede hacer por sí mismo al votar por o al favorecer una decisión en lugar de otras), y la igualdad de influencia (que consiste en la diferencia que uno pueda efectuar no por sí mismo sino al lograr que otros se adhieran a creer o a votar en el modo en que uno lo hace). De allí derivan cuatro interpretaciones de la igualdad política: igualdad horizontal de impacto, igualdad vertical de impacto, igualdad horizontal de influencia, e igualdad vertical de influencia. Cada una de estas lecturas resulta a la postre inaceptable según R. Dworkin, “Equality, Democracy, and Constitution: We The People in Court”; 29 *Alberta Law Review* 324 (1990), entre otros lugares.

y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad, en tanto que individuos, con igual consideración y respeto”<sup>89</sup>. En palabras de Dworkin:

“Democracy means government subject to conditions –we might call these the ‘democratic’ conditions– of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not, or when their provision or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better”<sup>90</sup>.

Las “condiciones” que deben estar presentes según esta concepción de la democracia son las condiciones que permiten afirmar que un individuo es un miembro moral de una determinada comunidad<sup>91</sup>. De allí que Dworkin descalifique la democracia mayoritaria, ya que ésta no puede garantizar que su ejercicio no acabe por anular la membresía moral de ciertos individuos, por ejemplo, de aquellos que pertenecen a minorías impopulares. Cabe indagar a su vez acerca de cuáles son las condiciones que posibilitan que un individuo pueda ser considerado como “miembro moral” de una comunidad. Dworkin alude concretamente a tres exigencias: el ser hecho partícipes de las decisiones colectivas; el tener un interés [“*stake*”] en estas decisiones; y el de poder retener una cierta independencia con respecto a las mismas<sup>92</sup>. El primer requisito exige la participación como iguales en un proceso de toma de decisiones colectivas, pero siempre subordinado a que las demás condiciones sean respetadas. El segundo requisito exige que las decisiones reflejen de buena fe una concepción sobre la igual consideración por los intereses de todos sus miembros. Una persona no puede ser miembro a menos que sea tratado como miembro por los demás. Esto implica que el impacto de una decisión colectiva en su vida o en sus intereses debe ser tan importante como el impacto sobre la vida y los intereses de los demás. Una sociedad en la que la mayoría desprecie a los

---

<sup>89</sup> R. Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Cambridge, 1996, p. 17.

<sup>90</sup> Id.

<sup>91</sup> Id., p. 24.

<sup>92</sup> Dworkin también alude a otros factores a los que denomina “estructurales”, pero en los que no es necesario detenernos ahora.

miembros de una minoría sería no sólo injusta sino ilegítima<sup>93</sup>. El tercer requisito está destinado a asegurar una cierta independencia de criterio individual respecto del grupo, a fin de evitar dotar de un tinte colectivista o rousseauniano a la “concepción constitucional de la democracia”. Con esto Dworkin pretende sugerir que ciertas cuestiones, como las relativas a la opción sexual o a la moralidad personal, serían estructurales a una democracia<sup>94</sup>.

En general, Dworkin entiende que las cláusulas de la Constitución norteamericana están destinadas a asegurar el respeto a las condiciones democráticas. El objetivo de la democracia así entendida no es satisfacer los deseos de la mayoría, sino el de asegurar la vigencia del estatus igual de los ciudadanos que permite afirmar la existencia misma de la democracia. La teoría de Dworkin pretende ser, según palabras de su propio autor, un reflejo de los arreglos institucionales consagrados por la Constitución de los Estados Unidos, y en ese sentido emplea la fórmula “concepción constitucional de la democracia”.

A pesar de esta caracterización, Dworkin admite que en una democracia las decisiones mayoritarias normalmente deben prevalecer. Sin embargo, el caso es distinto cuando surge una cuestión que afecte o debilite alguna de las condiciones democráticas, y en ese caso, se otorgue la palabra final a un tribunal<sup>95</sup>. Si el tribunal logra dar con la respuesta correcta, entonces no puede decirse que su decisión sea antidemocrática, ya que las condiciones que hacen posible la democracia habrán de resultar fortalecidas. En este caso la libertad positiva de la comunidad de autogobernarse también habrá de resultar fortalecida, ya que se asegurará la plena membresía de los ciudadanos a la comunidad en cuestión. Por el contrario, si el tribunal no interviene y la decisión en efecto socava las condiciones democráticas, entonces sí puede decirse que hay una pérdida para la democracia<sup>96</sup>. Finalmente, Dworkin admite que un tribunal puede equivocarse al emitir un juzgamiento sobre las condiciones democráticas, pero una legislatura también podría equivocarse: la posibilidad de error es simétrica, según el autor<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Dworkin, *Freedom's Law...*, cit., p. 23.

<sup>94</sup> Dworkin, “Equality, Democracy, and Constitution...”, cit.

<sup>95</sup> Dworkin, *Freedom's Law...*, cit., p. 32.

<sup>96</sup> Id.

<sup>97</sup> Id., p. 33.

Para concluir esta sucinta exposición, cabe advertir que Dworkin admite que sus argumentos no constituyen un alegato positivo a favor alguna forma fuerte de control judicial, sino que simplemente pretenden establecer una base neutral en el que esta institución pueda competir con la solución contraria de asignar la palabra final a las legislaturas<sup>98</sup>. En atención a esto, ¿cómo deberíamos entonces proceder a elegir un determinado diseño institucional? A criterio de Dworkin, el *test* a emplear debería ser puramente instrumental: la mejor estructura institucional será aquella que tenga mayores probabilidades de producir respuestas correctas a la pregunta acerca de cuáles son las condiciones democráticas<sup>99</sup>. Aquí entrarían a tallar un conjunto de consideraciones prácticas, algunas de las cuales apuntarán hacia la legislatura, en tanto que otras, como las enormes presiones políticas y financieras que reciben los políticos y que hacen que la legislatura no sea el medio más seguro para proteger los derechos de grupos políticamente impopulares, apuntarán en dirección contraria, es decir, hacia los tribunales<sup>100</sup>.

*b) Algunas objeciones desde el pluralismo y el derecho a participar*

En lo que sigue presentaré algunas objeciones a la democracia sustantiva de Dworkin. Las mismas están destinadas a demostrar que a pesar del atractivo intuitivo que la concepción de Dworkin posee –sobre todo para quien haga suyo el igual de que en una comunidad política todos sus miembros deben ser tratados con igual consideración y respeto–, la misma presenta sin embargo algunas deficiencias bastante significativas. Estas deficiencias impiden que Dworkin logre el objetivo propuesto: el de demostrar que el control judicial (en su versión fuerte) no riñe con ideales participativos de autogobierno, y que el mismo constituye un procedimiento de decisión apto para una democracia contemporánea. Como veremos, a parte de minimizar el valor del derecho a participar, el defecto principal de la concepción de Dworkin es que éste pretende definir la democracia de una manera más o menos concreta, sin prestar atención al proceso

---

<sup>98</sup> Id.

<sup>99</sup> Id., p. 34.

<sup>100</sup> Id.

institucional que estaría encargado de sustentar el funcionamiento de la democracia en la práctica<sup>101</sup>.

En primer lugar, puede señalarse que Dworkin minimiza injustificadamente el valor de la participación como herramienta adecuada para la adopción de decisiones. En efecto, en su intento por descalificar la democracia “estadística”, Dworkin mantiene que, en una democracia contemporánea, el poder de un individuo de afectar una decisión colectiva resulta tan minúsculo que las restricciones constitucionales (efectuadas por medio del control judicial) no pueden ser objetadas sobre la base de que restringen dicha capacidad de afectación<sup>102</sup>. Puesto que la igualdad política no se vincula con la participación individual (ya que ésta resulta insignificante), entonces Dworkin sugiere concebir la igualdad no como poder de afectación sino como el estatus igual de cada ciudadano<sup>103</sup>. De allí que pueda inferirse que el asignar un poder especial a ciertos jueces para invalidar ciertas decisiones mayoritarias no destruya la igualdad política cuando la misma se dirige a velar por el igual estatus de cada ciudadano<sup>104</sup>. Ahora bien, haciendo por ahora a un lado la cuestión de que el igual estatus de ciudadanía pueda o no ser puesto en entredicho, el minimizar la importancia del derecho a participar sobre la base de su insignificancia para afectar el resultado puede resultar arbitrario. Como ha señalado Ruiz Miguel, “por escasa que pueda ser en los sistemas representativos la igualdad política, que podría mejorarse, la escasez no elimina la diferencia cuantitativa y cualitativa que va entre poder y no poder participar, aunque sea mediante representantes, en la decisión de un conjunto de materias especialmente importantes para la colectividad”<sup>105</sup>. Ello es así en razón de que, como se ha señalado en el capítulo 2, la participación tiene que ver no tanto con la posibilidad de impacto o de influencia sino con el insulto, el deshonor y la

---

<sup>101</sup> En el mismo sentido, contrastando la concepción de Dworkin con la de Waldron, K. D. Ward, “Bickel and the New Proceduralists”, en la compilación del mismo autor y de C. R. Castillo, *The Judiciary and American Democracy. Alexander Bickel, the Counter-majoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory*, SUNY, Albany, 2005, p. 157.

<sup>102</sup> Dworkin, *Freedom’s Law...*, cit., pp. 21 y 28.

<sup>103</sup> Id., p. 28.

<sup>104</sup> Id.

<sup>105</sup> A. Ruiz Miguel, “Constitucionalismo y democracia”, 21 *Isonomía* (2004), p. 71. En un sentido similar, C. Fabre, *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life*, Clarendon, Oxford, 2000, p. 114; y Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., p. 125.

denigración que supone el ser excluido de un proceso de decisión en el que se habrán de adoptar medidas que pueden llegar a afectar los intereses de esos excluidos<sup>106</sup>.

Dworkin, por supuesto, reconoce que la participación tiene un cierto valor. En efecto, hemos visto que la participación constituye una de las condiciones que aseguran la membresía moral de una determinada comunidad. Además, Dworkin manifiesta que sin la participación una democracia se extinguiría, aún cuando asignemos la adopción de decisiones a una oligarquía de expertos que siempre mejorasen las leyes que rechazan<sup>107</sup>. Sin embargo, el valor que Dworkin reconoce a la participación es sólo subordinado, ya que los resultados de un proceso mayoritario en ocasiones deben ceder. El criterio para definir cuándo una decisión mayoritaria debe prevalecer y cuándo no —o dicho de otro modo, el criterio para determinar cuándo tenemos derecho a participar y cuándo no—, está dado por una distinción que Dworkin traza entre ciertas decisiones legislativas que podríamos catalogar de “ordinarias”, por un lado, y aquellas decisiones que socavan o debilitan “el carácter democrático de la comunidad”, por el otro<sup>108</sup>. Esta distinción sugiere que en el primer caso, la intervención judicial sí resultaría objetable, aunque no así en el segundo, ya que allí se discuten las condiciones democráticas de la comunidad. Este planteamiento, sin embargo, no deja de causar una enorme perplejidad, ya que parece sostener que resultaría objetable que los jueces reemplacen el criterio de la legislatura en determinadas cuestiones, aunque no cuando éstas versan *sobre* la democracia. ¿Significa esto que las decisiones sobre la democracia son demasiado importantes como para ser dejadas a la decisión de los ciudadanos o sus representantes? Al decir de Waldron, sería absurdo denegar a los ciudadanos el derecho a tomar parte activa en las decisiones de su comunidad en razón de que se trata de cuestiones que versan *sobre* la democracia<sup>109</sup>. Como pudimos ver en reiteradas ocasiones, el derecho a participar exige que dicha participación pueda tener por objeto también las cuestiones que son más importantes, incluso o con mayor razón aún cuando ellas tratan acerca de las condiciones democráticas.

---

<sup>106</sup> Véase el capítulo 2, apartado 2, epígrafe a).

<sup>107</sup> Dworkin, *Freedom's Law...*, cit., p. 32.

<sup>108</sup> Id.

<sup>109</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, cit., p. 293.

Quizás Dworkin pueda replicar que este argumento sólo autoriza la intervención del control judicial cuando la decisión mayoritaria *en efecto* debilite las condiciones democráticas. Esta respuesta, sin embargo, nos conduciría hacia un nuevo problema. Y es que las condiciones democráticas que Dworkin exige son tan abstractas que podrían generar desacuerdos profundos en torno a su verdadero o correcto entendimiento, interpretación y/o aplicación a supuestos específicos<sup>110</sup>. En palabras del propio Dworkin, “[p]or supuesto, puede resultar controvertido lo que las condiciones democráticas, en detalle, realmente sean, y si es que una ley en particular las ofende”<sup>111</sup>. Dworkin, sin embargo, no parece ser sensible ante la importancia que esta conclusión podría llegar a tener sobre su teoría. Supongamos que en virtud a un procedimiento mayoritario se adopta la decisión X. Un grupo de ciudadanos puede considerar que X es una decisión que atenta en contra de las condiciones democráticas, y que en consecuencia, la misma debe ser invalidada a fin de preservar la democracia misma. Puede que existan casos claros en los que no quepa duda alguna acerca de que X constituye una afrenta al igual trato debido a cada ciudadano. Tal sería el caso, por ejemplo, de una ley que prohíba votar a las mujeres y a los homosexuales. Sin embargo, si asumimos que estamos en presencia de una sociedad bien ordenada, es muy probable que en la gran mayoría de las ocasiones, X sea una decisión acerca de la cual pueden existir desacuerdos razonables mantenidos de buena fe entre los ciudadanos, y en los que no resulte demasiado clara la violación de criterios de reciprocidad. Tal sería el caso, por ejemplo, de la prohibición de la libertad de expresión de grupos radicalizados extremistas (algo que en algunas democracias modernas se admite, mientras que en otras no). En estos casos, algunos considerarán que X efectivamente atenta en contra de las condiciones democráticas, en tanto que otros ciudadanos opinarán que ese no es el caso. De este ejemplo se podría inferir que en la práctica, es poco probable que la concepción sustantiva de la democracia de Dworkin resulte de alguna utilidad a la hora de contribuir como criterio para la

---

<sup>110</sup> F. I. Michelman, “Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life”, en A. Sarat y T. R. Kearns, *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, University of Michigan, Ann Arbor, 1996, p. 151, señala que la idea según la cual no hay gobierno legítimo sin que se respeten los ideales de igualdad, dignidad y libertad, no nos dice nada sobre quién debe resolver los detalles de esta idea. La crítica no sería entonces contra la sustancia de la concepción de Dworkin, sino contra su concepción acerca de quién debe especificar esta sustancia.

<sup>111</sup> Dworkin, *Freedom’s Law...*, cit., p. 18.



adopción de decisiones colectivas en una comunidad política signada por las circunstancias del desacuerdo. Dado que existen profundos desacuerdos que dividen a la ciudadanía, incluso en cuestiones que tienen que ver con los derechos de sus miembros, el igual trato que deben recibir, o lo que Dworkin denomina “condiciones democráticas”, lo que precisamos entonces es un mecanismo que nos permita adoptar una decisión de cara a estos desacuerdos. Ésta es, a mi modo de ver, la manera más adecuada de abordar el problema, y la falta de apreciación de Dworkin de las circunstancias del pluralismo razonable contribuye a que su teoría de la autoridad resulte insuficiente al atender únicamente a criterios instrumentales<sup>112</sup>. De modo que en condiciones de desacuerdo, y precisamente a raíz de dichos desacuerdos, necesitamos de una teoría de la autoridad que pueda resultar satisfactoria, y es dudoso que un procedimiento no participativo pueda estar en mejores condiciones que uno que respete las exigencias del derecho a participar, conforme se señaló en el capítulo 2, sobre todo cuando constatamos que ninguna de ellos resulta instrumentalmente superior al otro, conforme se vio en el capítulo 3<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> En el mismo sentido, R. Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy”, cit., afirma: “Para ser aplicable, debe haber una concepción generalmente aceptable de cuáles son las ‘mejores respuestas’ a esta pregunta moral [acerca de cuáles son las condiciones democráticas]. Sin embargo, existe una variedad de respuestas distintas y a menudo contradictorias que pueden darse a esta pregunta. En efecto, es este mismo conflicto el que el mecanismo del voto mayoritario intenta superar al ofrecerse como un procedimiento dotado de autoridad para la toma de decisiones. Es cierto que el control judicial también ofrece un procedimiento dotado de autoridad para superar este dilema. Sin embargo, el test de su superioridad no puede ser el que éste sea más conducente a producir respuestas correctas y el de la democracia mayoritaria respuestas incorrectas si es que lo que cuenta como una respuesta correcta o incorrecta es precisamente lo que está en disputa. El ‘appeal’ deberá basarse entonces en alguna calidad intrínseca del procedimiento que no incurra en esta petición de principio”.

<sup>113</sup> Quizás el origen de esta confusión se halle en el hecho de que Dworkin considera que la “premisa mayoritaria” constituye una tesis sobre los resultados justos: que las decisiones adoptadas deben ser acordes con las preferencias de la mayoría. Pero esta es una manera incompleta de caracterizar la “premisa mayoritaria”, por emplear la misma expresión de Dworkin. No todas las versiones de la premisa mayoritaria se basan en consideraciones puramente instrumentales. En efecto, la concepción que he intentado defender en esta investigación insiste en la regla mayoritaria (siempre dentro de un entramado institucional más complejo) más bien por razones de justicia procedimental. Como se ha visto en el capítulo 2, la toma en consideración de factores puramente instrumentales, sin prestar ningún tipo de atención a aspectos procedimentales, es bastante sesgado y en ese sentido, problemático, por no atender a las delicadas cuestiones y valores participativos que aparecen involucrados en el aspecto procedimental. Y éste es el error en el que incurre Dworkin al fijar su atención en consideraciones puramente instrumentales. Podría aplicarse entonces aquí el juicio de Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., p. 198, según el cual, “[I]levado a sus extremos, la insistencia de que los resultados deben tener precedencia sobre los procesos pasa a ser una lisa y llana justificación antidemocrática del tutelaje”.

Pero dejemos esta objeción que plantea el pluralismo razonable de lado y volvamos a la cuestión de la posibilidad de la adopción de una decisión errónea, es decir, una decisión que desde un determinado punto de vista pueda considerarse que atente en contra de las condiciones democráticas. Dworkin, como hemos visto, afirma que si un tribunal comete una decisión acertada sobre las condiciones democráticas, entonces la democracia sale mejor parada, por lo cual no hay nada que objetar a que la decisión haya sido adoptada por un procedimiento no democrático. Esto, sin embargo, reintroduce de manera inexplicable el problema del paternalismo que, como hemos visto, el propio Dworkin se encarga de denunciar con respecto a las decisiones ordinarias. Contrariamente a lo que sostiene Dworkin, puede afirmarse que existe una pérdida, desde un punto de vista democrático-participativo, cuando una institución no electa ni responsable políticamente realiza una decisión vinculante sobre lo que las “condiciones democráticas” entrañan, aún cuando esta decisión sea la correcta. Cuando esto ocurre, los ciudadanos no son tratados con la igual consideración y respeto que exige su condición de miembros morales de una comunidad, por emplear la fórmula del propio Dworkin. También es dudosa la tesis de Dworkin de que en estos casos la libertad positiva de la comunidad sale mejor parada, ya que se mejoran las condiciones democráticas que hacen posible el ejercicio de dicha libertad positiva. El valor del autogobierno puede radicar para algunos en la sensación de estar embarcados en un proyecto común, aún cuando el impacto individual que cada participante pueda arrojar sobre el resultado final de la decisión sea diminuto. Pero lo importante según esta concepción de la libertad positiva sería la sensación de que los ciudadanos son efectivamente autores de un proyecto de vida en común, que son ellos mismos quienes dictan las leyes a las que habrán de quedar sujetos, y que en general, sus instituciones y prácticas están diseñadas de modo a dar respuesta a estas aspiraciones. Sin embargo, cuando es una institución no representativa la encargada de poner en marcha y corregir los defectos del sistema democrático, se pierde esa sensación de autogobierno que reclamaba Hand y se pasa directamente al gobierno de los jueces, con todo la carga paternalista que ello conlleva: “Por supuesto que sé lo ilusorio que sería la creencia de que mi voto determinara algo”, decía Hand recogiendo una aspiración basada en la libertad positiva, “pero sin embargo, cuando

acudo a las urnas tengo la satisfacción en el sentido de que estamos todos embarcados en un proyecto común”<sup>114</sup>.

Veamos ahora el supuesto distinto en el que, en lugar de acertar, un tribunal adopta una decisión equivocada acerca de las condiciones democráticas. En este caso sí habría evidentemente una pérdida para la democracia, del mismo modo en que esto ocurriría si es una legislatura la que comete la equivocación. Pero no basta con señalar aquí que la posibilidad de error es “simétrica”. En efecto, el proceso legislativo reviste algunas ventajas de las que carece el control judicial y sobre las cuales Dworkin omite pronunciarse. La primera consiste en que el proceso democrático permite que los ciudadanos hagan políticamente responsables a sus representantes por sus decisiones erróneas a través de las elecciones; o bien, que ellos mismos se reclamen mutuamente en el foro público por las decisiones erróneas que han respaldado. Por el contrario, si la decisión es adoptada por un tribunal políticamente irresponsable, poco o nada es lo que la ciudadanía puede ya hacer, como no ser esperar a que el tribunal en el futuro cambie de opinión, o bien, forzar un difícil proceso de reforma constitucional (recuérdese el *Child’s Labor case* traído a colación en el capítulo introductorio)<sup>115</sup>. Como se vio en su momento, al parecer el proceso legislativo tendría algunas ventajas desde el punto de vista de la corregibilidad de los errores<sup>116</sup>. Otra ventaja del proceso democrático tiene que ver con los valores procedimentales que las decisiones democráticas respetan al otorgar a cada ciudadano posibilidades de participar en la toma de decisión, aunque tan sólo sea por medio de sus representantes, algo que como hemos visto, no se produce cuando la decisión es adoptada por un órgano judicial<sup>117</sup>. En este sentido, el error de los ciudadanos puede llegar a revestir un simbolismo nada trivial. En efecto, los ciudadanos

<sup>114</sup> L. Hand, *The Bill of Rights*, Harvard, Cambridge, 1958, pp. 73-4.

<sup>115</sup> Véase el capítulo introductorio, apartado 1, epígrafe b).

<sup>116</sup> Véase el capítulo 3, apartado 3, epígrafe b).

<sup>117</sup> Cfr. nuevamente aquí Dahl, *La democracia y sus críticos*, cit., p. 99, cuando afirma que en un sistema de “tutelaje”, “sólo los tutores podrán ejercer una de las libertades fundamentales, la de participar en la confección de las leyes cuyo cumplimiento resultará obligatorio para uno mismo y para la comunidad”, a diferencia de la participación de todo el pueblo que se daría en una democracia ideal. Véase además, Waldron, *Law and Disagreement*, cit., p. 293. En el mismo sentido, Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy”, cit., sugiere que, en el caso de que contemos con una Corte Suprema integrada por “clones” de Dworkin, que sean capaces de llegar siempre a las respuestas “correctas” sobre las condiciones democráticas, ¿no implicaría esto una disminución de la democracia?

pueden atribuirse a sí mismos el error, lo cual puede contribuir a fomentar sentimientos de responsabilidad ciudadana y por ende, a propiciar un sentido pertenencia y un compromiso más firme hacia su propia comunidad.

Supongamos, sin embargo, que lo que hemos dicho hasta aquí sobre la importancia de la participación en los procesos de toma de decisiones colectivas es incorrecto, y que en consecuencia, solamente debemos atender a criterios instrumentales a la hora de diseñar un sistema para la adopción de decisiones, como sugiere Dworkin. Supongamos además que estamos en presencia de una sociedad bien ordenada, caracterizada por los rasgos que hemos asumido en esta investigación. Como bien reconoce el propio Dworkin, no hay razones para suponer que los tribunales deban necesariamente ser superiores desde un punto de vista instrumental. También hay razones que apuntan hacia el lado de las legislaturas. No hay ninguna razón para suponer que en una sociedad bien ordenada los ciudadanos y sus representantes no puedan mostrar de buena fe una concepción determinada de lo que exigen las condiciones democráticas, o una interpretación razonable de lo que significa tratar a los demás miembros de la comunidad como iguales<sup>118</sup>. Si tomamos en cuenta lo dicho en el capítulo anterior, tampoco existen razones suficientes para suponer que las legislaturas no puedan tomar en cuenta los intereses de grupos minoritarios. Quizás Dworkin desatienda el hecho de que la toma de decisiones por medio de una legislatura tal vez sea la mejor garantía de que los otros dos requisitos de membresía moral, el “stake” y la independencia, sean efectivamente asegurados en la práctica. El argumento de Dworkin se basa en última instancia en la consolidación de la práctica del control judicial en el contexto del sistema político norteamericano, pero no en razones justificatorias autónomas<sup>119</sup>. Estamos en consecuencia en el mismo punto en el que estábamos en el capítulo 3: las consideraciones instrumentales apuntan hacia ambos lados.

Para ir concluyendo, formularé una última observación sobre el carácter “sustantivo” de la democracia dworkiniana. Como hemos visto, la concepción constitucional de la democracia pretende ser una extensión del procedimentalismo para terminar abarcando ciertas cláusulas constitucionales que quedan fuera del ámbito del

---

<sup>118</sup> J. Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006). Véase además la discusión del capítulo 4, apartado 2.

<sup>119</sup> Dworkin, *Freedom’s Law...*, cit., pp. 34-5.

control judicial en el planteamiento procedimental. Así, Dworkin señala que las cláusulas del debido proceso y de la igual protección legal darían pie al ejercicio del control judicial, ya que se hallan íntimamente conectadas con las condiciones de membresía moral que son constitutivas de la democracia. También integrarían la lista otros derechos, como el de la privacidad, y por extensión, el de la libertad de opción sexual y de aborto, o la libertad religiosa, etc. Independientemente a que estemos de acuerdo o no con estos derechos (lo que estamos disputando aquí es quien debe tener la última palabra, no si estos derechos deberían ser reconocidos o no), cabe señalar que todo esto sin embargo es bastante sospechoso. La concepción de Dworkin termina favoreciendo con algo de previsión las opciones políticas concretas que él mismo ha apoyado en varios trabajos. En ese sentido, su concepción de la democracia quizás posea más sustancia de la que quepa razonablemente esperar si es que pretendemos tomar en cuenta la legitimidad de los procedimientos para la adopción de decisiones en el contexto de sociedades signadas por el pluralismo razonable. En definitiva, tanto el procedimentalismo como la democracia sustantiva acaban cometiendo el error que Richard Bellamy les achaca. Ambas “ignoran los méritos sustantivos y procesales de la toma de decisiones democráticas como un mecanismo para resolver nuestros desacuerdos de modo legítimo – incluyendo aquellos que versan sobre la propia constitución de la democracia”<sup>120</sup>.

*c) Deliberación pública, control judicial y educación ciudadana*

Las aportaciones de Dworkin no se limitan a lo tratado en los epígrafes precedentes. En su libro *Freedom's Law*, Dworkin también analiza el control judicial desde la perspectiva del impacto que dicha institución podría llegar a tener desde el punto de vista de lograr una deliberación pública de calidad y acorde con los ideales de una democracia participativa. Y este tema resulta de suma importancia porque nos servirá de puente con el siguiente capítulo, en el que se analizarán los modelos débiles de control judicial y su eventual relación con una cultura política deliberativa, que es lo que a veces se suele enfatizar para defender dichos modelos.

---

<sup>120</sup> Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy”, cit., p. 43.

Dworkin se propone confrontar a quienes consideran que entre los ideales de una democracia deliberativa en la que los ciudadanos irrumpen en el foro público no para satisfacer sus propios intereses sectarios, sino para promover concepciones del bien público, por un lado, y el control judicial, por el otro, puede haber una cierta tensión. En efecto, según esta concepción, el control judicial parecería reclamar para sí, removiendo del foro público, aquellas cuestiones de principio que dividen a una comunidad, y pretende resolverlas con autoridad final. No es difícil ver entonces la razón por la que algunos autores consideran que los ideales deliberativos pueden resultar secuestrados por una institución como el control judicial, sobre todo cuando ésta función es ejercida de un modo agresivo como sugiere el método interpretativo de la lectura moral de Dworkin, junto con su concepción de la democracia constitucional.

Éste sería el problema definido en términos más o menos genéricos. Dworkin, sin embargo, al parecer se propone refutar concretamente dos tesis más específicas: (a) que la discusión pública de las cuestiones de justicia constitucional puede ser de mayor calidad e involucrar a más ciudadanos en un espíritu deliberativo si es que estas cuestiones son dejadas a la decisión final de las legislaturas en lugar de los jueces; y (b) que no existe una conexión necesaria entre la participación en el proceso político y los beneficios éticos que ello podría traer aparejado en los ciudadanos<sup>121</sup>. A partir de la definición del problema de este modo concreto, Dworkin argumenta que ninguna de las tesis son concluyentes: muchas veces el que una cuestión sea dejada en manos de un tribunal puede provocar una deliberación pública de igual o incluso mejor calidad; y además, no se sigue que de la participación ciudadana en un debate público se desprenda un beneficio ético para el participante.

Para dar sustento a su posición, y conforme pudo verse en el capítulo anterior, Dworkin mantiene que los tribunales tienen la ventaja de que sus decisiones deben basarse en principios, en tanto que en la discusión política muchas veces las cuestiones de principio resultan subordinadas a los compromisos entre las fuerzas políticas. Así, afirma que los grandes debates americanos sobre los derechos civiles y la discriminación positiva que comenzaron en los años 50 y que continúan hasta hoy día “pudieron haber sido más deliberativos porque las cuestiones que los mismos involucraban fueron decididos por

---

<sup>121</sup> Dworkin, *Freedom's Law...*, cit., pp. 30 y 344-5.

medio de la adjudicación”. Añade que el caso *Roe v. Wade* “pudo haber producido un mejor entendimiento de la complejidad de los asuntos morales que lo que hubiera podido hacer la política por sí misma”<sup>122</sup>. De modo que Dworkin considera que quienes creen que sólo la “participación” en política es beneficiosa, desatienden los efectos educativos que en este sentido puede producir el desarrollo de un proceso judicial sobre la opinión pública.

Lo primero que podría objetarse a Dworkin con relación a esta cuestión de la deliberación y la participación en política es la definición que realiza del problema, lo cual le impide ver qué es lo que realmente está en juego cuando se reclama una mayor deliberación y/o participación en el foro público. Es cierto que un proceso judicial en el que esté involucrada una cuestión constitucional también puede llegar a generar un extendido debate público, sobre todo al colocar determinados asuntos en el centro de la agenda pública. Sin embargo, el ideal al que aspiran quienes insisten en la participación y en la deliberación no es sólo el de contar con un debate floreciente por razones estéticas o por los beneficios éticos que ello pudiera producir. La cuestión tiene más bien que ver con la posibilidad de que el debate y la participación tengan posibilidades reales de incidir en la adopción final de una decisión, aún cuando dicho impacto pueda ser muy reducido. Esto es lo realmente importante, y el hecho de que se genere un “debate nacional sostenido, en los diarios y otros medios, en las facultades de derecho y en las aulas, en asambleas públicas y en mesas de cenar”<sup>123</sup>, es más que nada accesorio a la finalidad primordial de poder participar, de manera informada, y tener la capacidad de influir, aunque tan sólo sea de modo ínfimo o por medio de representantes, en la decisión final<sup>124</sup>. En otras palabras, importa no sólo poder debatir sino también poder decidir<sup>125</sup>.

Está claro que si concebimos las cosas de este modo, el espacio político aparece como el medio más adecuado para la realización de la finalidad participativa y

---

<sup>122</sup> Id., p. 31.

<sup>123</sup> Id., p. 345.

<sup>124</sup> Cfr. esta crítica de A. Hutchinson, “Indiana Dworkin and *Law’s Empire*”, 96 *Yale Law Journal* (1987), p. 654: “Despite paying lip-service to ‘a theater of debate,’ *Law’s Empire* is about accepting and assuming political obligations and not about participating in the making of them...In *Law’s Empire*, judges have been elevated to the rank of moral prophets and philosopher monarchs. For citizens, politics has become a spectator sport”.

<sup>125</sup> En un sentido similar, Waldron, *Law and Disagreement*, cit., p. 291.

deliberativa. Sin embargo, trayendo a colación el caso *Planned Parenthood v. Casey*<sup>126</sup>, que confirmó la decisión en *Roe v. Wade*<sup>127</sup>, Dworkin sugiere que dicha decisión tomó debidamente en cuenta y reflejó el argumento público suscitado a raíz del caso *Roe*<sup>128</sup>. Esto resulta sumamente paradójico, pues como lo han señalado varios comentaristas, estos casos no se destacan precisamente por la calidad de la argumentación moral o deliberativa de sus decisiones, sino que más bien dejan en evidencia una enorme pobreza en esta materia<sup>129</sup>. Además, el convertir esta sugerencia en una propuesta de validez general podría llegar a ser, sin embargo, bastante objetable por razones obvias, ya que se supone que los tribunales deben fallar conforme a derecho y no de acuerdo a la opinión pública o al debate suscitado en foros formales o informales de discusión pública. De modo que, contrariamente a lo que podría ocurrir en el foro político, es más que dudoso que el debate público deba emplearse como parámetro en una decisión judicial. Por eso no creo que ésta sea la posición que Dworkin esté realmente suscribiendo.

Por lo demás, una vez que reparamos en esto, la posición de Dworkin se complicaría aún más. En efecto, el autor se apoya en su “lectura moral” de la constitución, que no es sino el método específico de interpretación constitucional que él favorece, para demostrar que el debate producido por una decisión judicial podría resultar beneficioso de cara a ideales deliberativos. Sin embargo, debido a los constreñimientos institucionales propios de la función judicial, esto puede llegar a producir un efecto adverso al que nuestro autor tiene en mente. En efecto, como su propio autor admite, esta teoría dworkiniana de la interpretación no es acogida con buenos ojos por la mayoría de los juristas, quienes se ven más bien tentados a emplear métodos de razonamiento que no expliciten de manera abierta esta argumentación moral, apelando más bien a formas de razonamiento más tradicionales del derecho<sup>130</sup>. Ahora bien, si esto es realmente así,

---

<sup>126</sup> 505 U.S. 833 (1992).

<sup>127</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>128</sup> Dworkin, *Freedom's Law...*, cit., p. 346.

<sup>129</sup> Véase, por ejemplo, J. Wade Nowlin, “Judicial Moral Expertise and Real-World Constraints on Judicial Moral Reasoning”, en C. Wolfe (ed.), *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton, Princeton/Oxford, 2004.

<sup>130</sup> Sobre el punto, Wade Nowlin, “Judicial Moral Expertise and Real-World Constraints on Judicial Moral Reasoning”, cit., p. 126, escribe que en puridad, no es el análisis moral y de principios que Dworkin prescribe el que prevalece en los tribunales, sino el análisis jurídico, el cual, por la forma



entonces ello nos conduciría a la objeción discutida en el capítulo 3 de que muchas veces el discurso técnico-jurídico empleado en los juicios en los que se deciden cuestiones constitucionales resulta bastante empobrecido<sup>131</sup>. A diferencia de esto, el encarar directamente y sin la obligación de estar sujetos a los constreñimientos propios del razonamiento judicial las complejas cuestiones de principios que se esconden detrás de las disputas sobre las condiciones democráticas puede muy bien constituir un argumento a favor de la superioridad del foro político como sede propicia para la discusión de estos asuntos.

Para ahondar más en el tema, conviene hacer nota que, contrariamente a lo que insinúa Dworkin, las democracias no parecen necesitar del auxilio de un tribunal para que el debate sobre importantes cuestiones de principio y de moralidad política se vea conducido vigorosamente y con un espíritu participativo tendente al bien común. La experiencia de varios países europeos quizás pueda contribuir a desacreditar este argumento. Por ejemplo, el problema de aborto en Europa al parecer no fue judicializado como en los Estados Unidos. Sin embargo, resultaría difícil sostener que sus ciudadanos estén por ello menos informados sobre las cuestiones de principio y de moralidad política involucrados en el problema del aborto. Ahora bien, quizás en ciertos contextos éste no sea el caso. Por ejemplo, es cierto que el proceso político norteamericano adolece de serios defectos en virtud de los cuales la postura cautelosa que Dworkin guarda hacia el mismo parece ser bastante sensata y adecuada al sentido común<sup>132</sup>. Sin embargo, esto más bien debe verse como una patología específica que afecta al contexto norteamericano<sup>133</sup>, y cualquier intento por erigirlo en un principio genérico de

---

en la que lo concibe Wade Nowlin, difícilmente pueda desempeñar la función “deliberativa” que Dworkin pretende asignar a las decisiones judiciales.

<sup>131</sup> Véase el capítulo 3, apartado 3, epígrafe a).

<sup>132</sup> Por ejemplo, en *Freedom's Law...*, cit., p. 344, cuando menciona que muy a menudo el proceso político es dominado por alianzas políticas que emplean tácticas de grupos de presión para sobornar o chantajear a los legisladores de modo a que voten como dichos grupos desean. Resta por ver, sin embargo, si se trata de una descripción adecuada o si sería más bien producto de la tendencia a la que se aludía en el capítulo 3, en virtud de los cuales se presenta una imagen peyorativa del proceso político para a continuación ofrecer una imagen idealizada del control judicial.

<sup>133</sup> Para algunos autores, como por ejemplo R. Bellamy, “Introduction: Constitutionalism and Democracy”, cit., puede incluso dudarse de que la democracia norteamericana merezca el apelativo de “democracia”, por lo menos según estándares europeos, y que el sistema político norteamericano sería más bien una excepción a la regla en el ámbito de las democracias maduras.

justificación de un modelo fuerte de control judicial sería pasible de todas las objeciones que hemos venido formulando a lo largo de esta investigación. Por lo demás, como bien señala Pablo de Lora, “el diagnóstico sobre la ‘pobreza deliberativa’ de las legislaturas puede llevar a recomendar la recuperación del republicanismo cívico, la necesidad de ‘purificar’ la práctica democrática; la elaboración, en resumen, de un diseño institucional que garantice o favorezca que en el órgano representativo se dé un *mayor y mejor* diálogo...”, pero esto “no conduce necesariamente a procurar la sustracción al legislador o al pueblo de las cuestiones constitucionales fundamentales y su residencia en un órgano no representativo”<sup>134</sup>.

Toda esta discusión nos lleva a un último punto, a saber, el del supuesto rol o función educativa de la institución del control judicial. No sólo Dworkin parece moverse en esta dirección, sino que varios autores de la talla de un Alexander Bickel o de un Eugene Rostow, así como otros más recientemente, han pretendido ligar los beneficios de un modelo fuerte del control judicial con los efectos educativos de dicha institución sobre la ciudadanía<sup>135</sup>. Sin embargo, desde un punto de vista normativo, la idea de la Corte Suprema como “educadora” no deja de causar una cierta perplejidad, pues parece traer aparejada una cierta reminiscencia platónica o paternalista. Al mismo tiempo, en caso de resultar empíricamente plausible, el enfatizar que la Corte Suprema constituye una institución educativa puede llevarnos, al decir de Michael Klarman, a olvidar que los valores que esta institución proyecta pueden a veces ser reflejo de una cultura elitista, y no necesariamente superiores a los valores que proyectarían otras ramas políticas del gobierno<sup>136</sup>.

Más allá de la discusión normativa, la idea de la Corte Suprema como educadora nos obliga nuevamente a confrontar el ideal con la realidad, de manera a determinar la

---

<sup>134</sup> P. de Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 89, comentando sobre la obra de Dworkin y Ackerman.

<sup>135</sup> Por ejemplo, C. L. Eisgruber, “Is the Supreme Court an Educative Institution?”, 67 *New York University Law Review* 962 (1992); A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., 1986, p. 26: courts are “a great and highly effective educational institution”; E. V. Rostow, “The Democratic Character of Judicial Review”, 66 *Harvard Law Review* 193 (1952), p. 208, afirmando que la Corte Suprema norteamericana es, entre otras cosas, un cuerpo educativo, y que sus magistrados son “teachers in a vital national seminar”.

<sup>136</sup> Klarman, “What’s So Great About Constitutionalism?”, cit., p. 171.

validez empírica de esta suposición. En el contexto norteamericano al menos existen más que sobradas razones para dudar de la corrección empírica de esta caracterización de la Corte Suprema. Los estudios coinciden en señalar que, en general, la ciudadanía normalmente desconoce el contenido de las opiniones de la Corte Suprema<sup>137</sup>, ni siquiera de aquellas decisiones más importantes<sup>138</sup>. Al decir de Stephen Griffin, la ignorancia pública y el escaso interés en las instituciones políticas se extiende a la Corte Suprema, por lo que, ante la ausencia de conocimiento público sobre la actividad de dicho tribunal, no puede decirse que el mismo cumpla una función educativa<sup>139</sup>. Es más, “las opiniones de la Corte rara vez son leídas por alguien fuera de un reducido círculo de juristas, constitucionalistas, abogados y periodistas”<sup>140</sup>. Como se vio en el capítulo 3, la parafernalia de argumentos técnico-jurídicos constituye un obstáculo importante a la lectura, comprensión y divulgación de los fallos de un órgano jurisdiccional ante la ciudadanía ordinaria. Por todas estas razones, quien pretenda justificar un modelo fuerte de control judicial sobre la base de su supuesta función educativa tendrá no sólo algunos obstáculos normativos importantes que sortear, sino que también deberá hacer frente a la manera en que la realidad desmiente esta tesis. A fin de cuentas, lo cierto es que la ciudadanía simplemente no parece necesitar del control judicial para mantener una cultura política vigorosa y respetuosa de los derechos fundamentales.

---

<sup>137</sup> F. Schauer, “Opinions as Rules”, 62 *University of Chicago Law Review* 1455 (1995), p. 1463: “Yet in thinking about this function it can hardly be irrelevant that ordinary people simply do not read judicial opinions”, y añade: “it seems strange to criticize the authors of judicial opinions for not writing in a style designed to be comprehensible to what is in fact a virtually nonexistent audience” (p. 1465). Rosenberg, *The Hollow Hope...*, cit., p. 16: “survey data suggest that the American public is consistently uninformed of even major Supreme Court decisions and thus not in a position to support them”; a su vez, R. A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard, Cambridge, 2001, p. 21, escribe: “There is little evidence that people take their moral or ideological cues from the courts”.

<sup>138</sup> Véase, por ejemplo, M. J. Klarman, *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*, Oxford, Oxford, 2007, pp. 228-9, poniendo en duda el efecto educativo de *Brown v. Board of Education*, *Roe v. Wade*, *Furman v. Georgia* (que invalidó la puesta en práctica arbitraria de la pena de muerte), y *Engel v. Vitale* (que invalidó las plegarias voluntarias en las escuelas públicas). Según el autor, “[a]parentemente, son relativamente pocos los norteamericanos que reciben algún tipo de instrucción moral en apremiantes cuestiones públicas por parte de los magistrados”. El autor incluso añade que las decisiones a veces contribuyen a generar un efecto “resaca” contrario al contenido de las decisiones emanadas de los tribunales, conforme se vio en el capítulo anterior.

<sup>139</sup> S. M. Griffin, “What is Constitutional Theory? The Newer Theory and the Decline of the Learned Tradition”, 62 *Southern California Law Review* 493 (1989), p. 522.

<sup>140</sup> *Id.*, p. 528.

## 5. CONCLUSIÓN

En este capítulo, he intentado examinar las dos variantes más importantes de las concepciones del control judicial como contralor de las precondiciones de la democracia. En primer lugar, he examinado la concepción procedimental, demostrando las insuficiencias de la misma a la luz del pluralismo razonable y de los valores participativos e instrumentales que debería revestir un procedimiento para la adopción de decisiones colectivas, alegando que no existen razones para modificar ninguna de las conclusiones sobre estos aspectos cuando los aplicamos al ámbito de los derechos que tienen que ver con el resguardo de las condiciones de la democracia. El análisis de la concepción procedimental sugiere además que el esfuerzo de las teorías que parten del reconocimiento de la objeción democrática al control judicial y que, en consecuencia, buscan puntos medios que logren conciliar ambas instituciones, pueden mostrarse inestables, hipótesis que, aunque no hemos profundizado en ello, quizás pueda hacerse extensiva además a otras teorías que buscan establecer un punto intermedio entre una concepción amplia del control judicial y una que pretenda ser más deferente hacia el proceso político.

He aprovechado para realizar una breve digresión hacia la propuesta de “constitucionalismo débil” planteada por Bayón, intentado demostrar que la misma no necesariamente tiene éxito al plantear que quien suscriba el valor de la participación y sus derechos derivados deba optar por su atrincheramiento, sobre todo cuando éste se formula en términos de reglas irreformables que supondrían la inhabilitación de las instituciones representativas para modificar dichas reglas. Finalmente, he intentado llamar la atención sobre algunos importantes defectos que al parecer padece una concepción sustantiva de la democracia como la de Dworkin, cuyas conclusiones sobre el control judicial no resultan del todo satisfactorias como una teoría completa de la autoridad bajo condiciones de pluralismo razonable.

En definitiva, la conclusión más importante que cabe extraer del presente capítulo es que ni siquiera la importancia asignada al derecho a participar y a los ideales asociados de autogobierno y democracia constituiría una razón suficiente para sustraer dichos valores del cuidado de las instituciones democráticas y representativas, asignando la

palabra final a un procedimiento de las características del control judicial. Todo lo contrario, dada la importancia de estas cuestiones, con mayor razón aún debe velarse por su continua mejora y perfeccionamiento por medio de los cauces participativos de la política ordinaria.



## Capítulo 6

### ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LOS SISTEMAS DÉBILES DE CONTROL JUDICIAL DE LA LEY

#### 1. INTRODUCCIÓN

Al igual que el capítulo anterior, el presente capítulo constituye un complemento al núcleo de esta investigación, contenido principalmente en los capítulos 2, 3 y 4. Como se recordará, la tesis central de esta investigación se traduce en la proposición de que el control judicial de las leyes constituye un procedimiento inadecuado para la adopción de decisiones  *finales* sobre derechos en un determinado tipo de comunidad política<sup>1</sup>. Existen, empero, algunos sistemas políticos cuyo procedimiento de control judicial de las leyes parece estar diseñado precisamente para evadir el tipo de objeciones que se han señalado en contra de esta institución a lo largo del presente trabajo. Tal es el caso de los modelos “débiles” de justicia constitucional.

Teniendo presente esta alternativa, y sin pretensiones de agotar el tratamiento de la rica problemática de estos sistemas, en este capítulo me propongo principalmente sugerir dos ideas. En primer lugar, que muchas de las justificaciones más importantes que suelen esgrimirse a favor de alguna versión fuerte del control judicial adolecen de dificultades importantes que sin embargo resultan mitigadas cuando se las concibe como intentos de justificar modelos débiles de justicia constitucional. Dicho de otro modo, estas justificaciones resultan más apropiadas cuando son esgrimidas como justificaciones de modelos débiles de justicia constitucional, aún cuando se dirijan normalmente a

---

<sup>1</sup> Véase el capítulo 1, apartados 1 y 2, epígrafe a).

justificar modelos fuertes. Para guiar la discusión, emplearé como ejemplo dos de las más prominentes teorías articuladas en el ámbito español para justificar la institución. Mi objetivo es ilustrar, a través de estos ejemplos, las enormes dificultades que conlleva la empresa de justificar un modelo fuerte de control judicial, lo cual contribuye a robustecer la plausibilidad de la crítica que en esta investigación se plantea hacia dicho modelo. En segundo lugar, me propongo sugerir en este capítulo que, más allá de esto, y a pesar de que en esta investigación he dejado fuera del ámbito de la crítica a los modelos débiles de justicia constitucional, no debería perderse de vista que estos modelos también adolecen de ciertas dificultades prácticas que hacen que algunos de los principales argumentos en contra de los modelos fuertes no queden completamente desactivados cuando nos encontramos en presencia de un modelo débil. En otras palabras, no resulta tan fácil dispensar de la crítica al control judicial de la ley con sólo señalar que es posible ensamblar las piezas constitucionales de manera tal a permitir alguna forma matizada de control judicial en la que la última palabra no sea otorgada al órgano jurisdiccional, que es lo que han sugerido algunos, como se verá en seguida. Aunque sin pretender agotar el problema, espero que la discusión que será expuesta nos recuerde que existen al menos algunos motivos de peso para ser cautos incluso con las formas más moderadas de control judicial, cuando de lo que se trata es de preservar los valores procedimentales e instrumentales que deberían revestir los procedimientos para la adopción de decisiones en materia de derechos fundamentales.

Antes de dar inicio a la discusión quizás convenga recordar aquí nuevamente algunas precisiones conceptuales establecidas en esta investigación. Un sistema de control judicial puede catalogarse de “fuerte” o “débil” con arreglo a distintos criterios. Por “sistemas débiles de control judicial” entenderé aquí aquellos sistemas de justicia constitucional en los que la decisión final sobre cómo habrá de interpretarse la constitución en materia de derechos fundamentales no es asignada a un tribunal sino al parlamento, o bien, aquellos en los que los tribunales ni siquiera tienen la facultad de dejar de aplicar una ley emanada del parlamento. En contraste, los sistemas “fuertes” o de supremacía judicial son aquellos en los que la última palabra es asignada a un órgano de naturaleza jurisdiccional, y en el que los tribunales pueden dejar de aplicar las leyes



dictadas por el parlamento. El caso arquetípico es el norteamericano, al que hemos aludido como paradigma a lo largo de esta investigación<sup>2</sup>.

Esta caracterización requiere, sin embargo, algunas matizaciones y aclaraciones adicionales. En primer lugar, es obvio que en un sistema de tipo “débil” las exigencias de la cosa juzgada habrán de ser respetadas en cada caso, y no se trata de que el órgano legislativo pueda revocar el resultado de un determinado caso concreto. Lo que está en juego es más bien la configuración definitiva que habrán de adquirir o el modo en que habrán de interpretarse los derechos fundamentales para una generalidad de casos futuros. En segundo término, la caracterización no toma en cuenta la posibilidad de proceder a realizar una reforma constitucional como respuesta a la interpretación efectuada por el órgano jurisdiccional, cuando la reforma exige algo más que una mayoría simple. Como pudo verse en la introducción, este tipo de respuestas no parecen adecuadas para acomodar satisfactoriamente las exigencias participativas sobre una base de igualdad y de neutralidad. Por el contrario, los procedimientos de reforma constitucional están diseñados precisamente para dificultar la respuesta que pueda darse a la interpretación efectuada por el órgano al que se asigna la última palabra. Además, y aún reconociendo que los procedimientos de reforma constitucional pueden variar de sistema en sistema, previéndose dispositivos más o menos exigentes según los casos, lo cierto es que en determinados contextos la probabilidad real y efectiva de que un procedimiento de este tipo prospere puede llegar a ser nula o, en el mejor de los casos, escasa, tal como lo evidenció el *Child’s Labor* case discutido en el capítulo introductorio<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Un criterio alternativo que aquí no empleo es que el sistema autorice a fiscalizar todas o solo ciertas decisiones emanadas de los otros poderes del Estado. De modo que, en lo que hace a esta discusión, la nota distintiva de los sistemas débiles no radica en el ámbito más o menos reducido de las decisiones que pueden ser sometidas a control por parte del tribunal, sino más bien en la posibilidad de respuesta que el sistema otorga a los órganos legislativos para modificar la interpretación del tribunal en un término relativamente breve, asumiendo que la discusión gira en torno al control judicial de los derechos fundamentales, conforme se señaló en el capítulo 1, apartado 2, epígrafe a).

<sup>3</sup> Además, como deja entrever V. Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, en P. E. Navarro y M. C. Redondo (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, el análisis del mecanismo formal debe ser complementado con un examen de las peculiaridades de la cultura política en la que se inserta la constitución en cuestión. Puede que en una determinada cultura se hayan formado determinados prejuicios muy arraigados en contra de la reforma de la constitución, en tanto que en otras puede que éste no sea el caso y que, en consecuencia, la voluntad política para modificar la constitución no encuentre este tipo de obstáculos.

Cabe señalar además que en los sistemas fuertes que otorgan la decisión final a un órgano jurisdiccional también existen otras vías, a parte de la reforma constitucional, para revisar o modificar la configuración de los derechos según la interpretación efectuada en sede judicial. Por ejemplo, tal sería el caso de un sistema fuerte en el que el legislativo cuente con ciertas facultades e intente algo semejante al “court-packing plan” de Roosevelt, nombrando jueces de orientación ideológica distinta a los que actualmente integran el órgano judicial con la finalidad de provocar, por medio de una conformación distinta de los cuadros judiciales, un cambio en la jurisprudencia<sup>4</sup>. Sin necesidad de llegar a este extremo, también cabe contemplar la posibilidad de que el propio tribunal, con el transcurso del tiempo, pueda llegar a modificar su propia interpretación, revisándose de esta manera la orientación jurisprudencial seguida en el pasado. Ahora bien, estos dos procedimientos de revisión tienen sus desventajas. En el primer caso, está claro que el adoptar una estrategia de este tipo para responder a cada decisión judicial con la cual se mantiene un desacuerdo razonable puede generar más caos que otra cosa. En el segundo caso, el que se produzca o no una modificación en la interpretación judicial de los derechos siempre dependerá de la coyuntura de que el tribunal esté dispuesto o no a revisar su propia opinión. Además, normalmente estos procesos de cambio y evolución jurisprudencial se desarrollan en un espacio de tiempo más o menos extendido, lo cual puede resultar insuficiente cuando lo que se pretende es dar una respuesta eficaz e inmediata a una interpretación judicial que concibe a los derechos de un modo determinado con el que el parlamento puede estar en desacuerdo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Como nos recuerda B. Friedman, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, *University of Pennsylvania Law Review* 971 (2000), pp. 1061-2, estos métodos no gozan generalmente de legitimidad. En el contexto norteamericano, tras 1937, hubo sólo un episodio más en el que se intentó controlar políticamente a la Corte Suprema, el cual tuvo lugar en los años 50 a raíz de una serie de casos en los que el máximo tribunal había favorecido a determinadas personas tildadas de comunistas.

<sup>5</sup> Según M. Tushnet, “Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism”, *22 Law and Philosophy* 353 (2003), la diferencia entre un sistema débil y uno fuerte puede no ser tan decisiva, y limitarse únicamente al tiempo que tome el poder repeler una interpretación judicial. Así, por ejemplo, la manera en la que se desarrolla un sistema de “common law” daría resultados similares a los de un modelo débil (Id., p. 373). Este “tipo” de sistema débil, sin embargo, resultaría insatisfactorio, en razón de que no prevé un mecanismo institucional eficaz para otorgar una respuesta rápida y efectiva a las interpretaciones judiciales, sino que se basa en la práctica del “common law”, con lo cual resulta ajeno al control de los parlamentos y depende del desarrollo jurisprudencial a través del tiempo. Como bien señala Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, cit., p. 220, n. 8: “no importa sólo *qué* decisión prevalece: importa también que no se demore sin

Debe señalarse además que los sistemas débiles también podrían contar con estos procedimientos que venimos señalando (reforma constitucional, alteración de los cuadros judiciales y revisión de jurisprudencia). Sin embargo, los sistemas débiles poseen un rasgo específico del que carecen los sistemas fuertes y que es el que aquí nos interesa, a saber, el de que las legislaturas pueden dictar una ley ordinaria modificando la interpretación constitucional efectuada en sede judicial<sup>6</sup>. En el contexto de esta investigación, es éste último tipo de revisión el que establece el criterio para determinar si un modelo ha de clasificarse como “fuerte” o “débil”<sup>7</sup>.

Ya vimos que el caso arquetípico del modelo fuerte es el sistema norteamericano de control judicial, contra el cual se ha dirigido de manera preponderante la crítica en esta investigación. Tres ejemplos paradigmáticos de lo que serían modelos débiles de justicia constitucional están dados por los casos de Canadá, Nueva Zelanda y el Reino Unido (aunque puede que hayan otros modelos “débiles” respecto de los cuales no se realizarán aquí mayores alusiones)<sup>8</sup>. El surgimiento histórico de los modelos débiles en estos países se sitúa concretamente en un período que abarca desde los años 1982 a 1998 (Canadá en 1982, Nueva Zelanda en 1990, y el Reino Unido, en 1998)<sup>9</sup>. En los tres casos el

---

justificación *el momento* en que prevalece”. Recuérdese el *Child’s Labor case* (capítulo introductorio), en el cual pasaron alrededor de veinte años para lograr que la Corte Suprema rectifique su posición.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, W. Sinnott-Armstrong, “Weak and Strong Judicial Review”, 22 *Law and Philosophy* 381 (2003), p. 381. El autor establece una tercera categoría de la que no me ocuparé aquí, ya que por razones de claridad prefiero lidiar con los modelos puros. Se trataría de un modelo compuesto en el que algunas cuestiones sean susceptibles de admitir la respuesta legislativa en tanto que otras no. Véase, *id.*, pp. 383-4. Además, como se ha dicho, procedemos bajo el entendimiento de que esta investigación se circunscribe al ámbito de los derechos.

<sup>7</sup> Por otra parte, es importante que la respuesta deje a salvo el principio del “rule of law” o del imperio del derecho, a fin de que el sistema no desemboque en el caos. La propia puesta en práctica de estos modelos en democracias bien establecidas demuestra que ello resulta posible.

<sup>8</sup> El caso de Suecia, por ejemplo, sería un candidato. Tampoco me ocuparé aquí de discutir o proponer fórmulas imaginarias para articular modelos débiles de justicia constitucional pero que no existen en ningún país, pues la gama de posibilidades sería demasiado amplia, con lo cual prefiero concentrarme en los modelos existentes para determinar sus eventuales fortalezas y debilidades. Quedan excluidas igualmente del análisis las distintas propuestas que se han hecho, sobre todo en los períodos revolucionarios francés y norteamericano, sobre distintas formas alternativas de control constitucional.

<sup>9</sup> Sobre el punto, véase el excelente estudio de S. Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 49 *American Journal of Comparative Law* 707 (2001), el cual aborda estos sistemas desde la perspectiva del problema de la objeción democrática al control judicial de la ley.

ensamblaje de este peculiar modelo matizado de justicia constitucional al parecer obedeció, al menos en teoría, a la intención de evitar la construcción de un modelo que se haría pasible precisamente del tipo de críticas que hemos formulado en esta investigación. La idea era hallar entonces un modelo que, sin abandonar por completo la doctrina de la supremacía parlamentaria a la que respondía la tradición constitucional de estos países, pudiera instituir un sistema de control judicial en el que los jueces no tuvieran la última palabra en materia de interpretación de la constitución o del catálogo de derechos vigente.

Ahora bien, el que este modelo ecléctico haya satisfecho a todo el mundo es otra cuestión. En efecto, los partidarios de una concepción robusta del control judicial han manifestado que estos modelos son insatisfactorios desde el punto de vista de las funciones de protección de los derechos que el control judicial está llamado a cumplir, ya que si el parlamento se reserva la última palabra, podría fácilmente dejar sin efecto la interpretación efectuada en sede judicial. A su vez, y como veremos más abajo, desde posturas más reticentes al control judicial se ha mantenido una reserva en sentido contrario, considerándose que el modelo implica una concesión demasiado importante que puede conducir en la práctica hacia un modelo de supremacía judicial<sup>10</sup>.

Haciendo por ahora a un lado estas posturas escépticas, lo cierto es que el estudio de los modelos débiles ha suscitado un considerable interés en los últimos años, precisamente porque su diseño parece escapar, al menos *prima facie*, a las objeciones tradicionales formuladas al control judicial. Ello ha sido así hasta el punto de que incluso algún constitucionalista norteamericano, de la talla de un Michael Perry (conocido por su postura a favor de la *judicial review*), ha llegado a afirmar que los “norteamericanos deberían tomarse en serio la posibilidad de importar la innovación canadiense”<sup>11</sup>. La

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, J. D. Whyte, “On Not Standing for Notwithstanding”, 28 *Alberta Law Review* (1990), p. 347, escribe: “Some scholars regard the override as a fatal flaw in the Charter, undermining the judiciary’s power to protect rights”. A su vez, Morton y Knopff, *The Charter Review and the Court Party*, 2000, señalan: “others regard even the limited judicial role as leading to an overjudicialization of government”. (Cit. en “Introduction”, T. Campbell, J. Goldsworthy y A. Stone (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford, 2003, p. 10, nota 9.)

<sup>11</sup> M. J. Perry, *The Constitution in the Courts. Law or Politics?*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1994, pp. 197 y ss. Véase además M. J. Perry, “Protecting Human Rights in a Democracy. What Role for the Courts?”, 38 *Wake Forest Law Review* 635 (2003). Perry recoge además la opinión del constitucionalista canadiense, que fue uno de los autores del “Charter”, P. C. Weiler, “Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version”, 18 *University of Michigan Journal of Law Reform* 51 (1984), p. 80: “Perhaps one or another version of the Canada’s ‘override’ provision would be, for the United States, ‘an intrinsically sound solution to the dilemma of rights and

razón de Perry para realizar esta sugerencia es precisamente la de que el autor considera importante hacer frente a las objeciones tradicionales al control judicial, y cree que un sistema como el canadiense podría ser capaz de afrontarlas exitosamente. Más recientemente, otros autores han considerado que la crítica de Waldron es simplemente irrelevante desde la perspectiva de ciertos modelos débiles de justicia constitucional, como el canadiense. Una vez que se confronta la crítica al control judicial con modelos institucionales de este tipo, la crítica waldroniana carece ya de todo sentido<sup>12</sup>. De la misma opinión, aunque expresada en términos más generales, es el constitucionalista canadiense Peter Hogg, para quien siempre que la última palabra permanezca en manos del legislativo, “gran parte del debate americano sobre la legitimidad del control judicial deviene irrelevante”<sup>13</sup>. Como tendremos la oportunidad de ver más abajo, el modelo canadiense es el más fuerte de los tres modelos citados, por lo que, *a fortiori*, estos dos últimos juicios podrían hacerse extensibles a los modelos británico y neozelandés<sup>14</sup>.

---

courts””. Por otro lado, una medida adicional que Perry recomienda es la de imponer límites a la duración de los mandatos de los magistrados de la Corte Suprema, en una línea similar al modelo europeo. Véase, sin embargo, la réplica de L. Alexander y L. B. Solum “Popular? Constitutionalism?”, 118 *Harvard Law Review* 1594 (2005), nota 16, donde tras constatar la duración del mandato de 12 años en Alemania para los miembros del Tribunal de Karlsruhe, afirman que de hecho en los EE.UU. el promedio de servicio de los miembros de la Corte Suprema es de 15 años, con lo cual la diferencia no es tan radical como pudiera parecer a primera vista. Para una propuesta de reforma de la Constitución de los EE.UU. en este punto, véase S. Levinson, *Our Undemocratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2006, capítulo 4. Volviendo al tema del “override” como solución al problema de la objeción democrática, en el ámbito norteamericano, otra propuesta similar a la de Perry ha sido la del conservador R. H. Bork, *Slouching Towards Gommorah. Modern Liberalism and American Decline*, Regan, New York, 1996, pp. 117-8, quien defiende una propuesta que permita al Congreso invalidar decisiones constitucionales mediante el voto mayoritario de cada una de las cámaras.

<sup>12</sup> J. Goldsworthy, “Judicial Review, Legislative Override, and Democracy”, 38 *Wake Forest Law Review* 451 (2003). La crítica ya había sido adelantada en la recensión que este autor ha hecho de la obra de Waldron: véase J. Goldsworthy, “Legislation, Interpretation, and Judicial Review”, 51 *University of Toronto Law Journal* 75 (2001).

<sup>13</sup> P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4a ed., Carswell, Toronto, 1997, 36.10-36.11.

<sup>14</sup> El lector no familiarizado con la literatura producida en el ámbito del derecho constitucional comparado sobre los modelos débiles puede mostrarse algo sorprendido de que la discusión en este capítulo gire en torno a las instituciones de países cultural y políticamente tan distantes. Pero como acaba de verse, el interés de estos modelos radica precisamente en que prometen disolver las discusiones más tradicionales sobre la justificación del control judicial producidas en el contexto norteamericano al que se aplica primordialmente nuestra crítica, por lo cual su tratamiento viene a constituir una consecuencia natural de esta investigación. Ilustrando la importancia de por lo menos uno de estos modelos, el comentarista canadiense T. Kahana, “Understanding the Notwithstanding Mechanism”, 52 *University of Toronto Law Journal* 221 (2002), p. 221, ha escrito: “En años recientes, Canadá ha adquirido reconocimiento internacional como un imperio

Formuladas estas precisiones, estamos en condiciones de entrar de lleno en los temas que ocuparán nuestra atención en este capítulo, conforme a lo dicho anteriormente.

2. DOS JUSTIFICACIONES DE MODELOS FUERTES INTERPRETADAS EN CLAVE DE MODELOS DÉBILES

a) *Hacia una interpretación adecuada de la teoría de Ferreres*

Una de las teorías más importantes que se han articulado en España con la finalidad de brindar una justificación del control judicial de la ley es sin duda la de Víctor Ferreres<sup>15</sup>. Como ya se ha adelantado, y antes de entrar a discutir las dificultades prácticas que revisten los modelos débiles, en lo que sigue me propongo analizar la teoría en cuestión con la finalidad de demostrar que si bien la justificación ofrecida puede resultar convincente, la misma en última instancia parece ser más apropiada para justificar los modelos débiles de control judicial de la ley, no así aquellos modelos de justicia constitucional en los que la última palabra está reservada a un órgano jurisdiccional. Y ello es así aún a pesar de que su autor no la presenta de este modo, sino que intenta argumentar que su teoría justifica la institución en países como España, en los que la última palabra la tiene un tribunal constitucional.

Para adentrarnos en la teoría de Ferreres, quizás resulte útil partir de la noción de “presunción de constitucionalidad” que en dicha teoría se asigna a las leyes ordinarias. A criterio de Ferreres, hay tres argumentos que permiten dotar a la ley de dicha presunción,

---

constitucional. Comentadores allende los mares a menudo se refieren al Charter canadiense de derechos y libertades como un documento de protección de derechos ejemplar, y jueces a lo largo del globo, desde China a Sudáfrica a Israel, citan casos canadienses con comodidad”. Además, el estudio de estos distintos sistemas puede resultar saludable desde un punto de vista comparativo. Como nos recuerdan los profesores Cascajo y García Álvarez, los constitucionalistas habrían sido siempre comparatistas por vocación natural. (J. L. Cascajo Castro y García Álvarez, “Estudio introductorio”, en la compilación de los mismos, *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 13 (citando a Zagrebelsky)).

<sup>15</sup> Véase V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; y “Una defensa de la rigidez constitucional”, cit.

de los cuales por ahora me interesan sólo dos<sup>16</sup>. Estos argumentos están dirigidos a demostrar que las leyes normalmente deben prevalecer, por lo cual sólo deben ser invalidadas por inconstitucionales cuando se demuestre lo contrario, es decir, cuando la presunción a su favor pueda ser desvirtuada. En primer lugar, el “argumento epistémico” parte de la base de que las legislaturas son superiores que los tribunales para hallar respuestas correctas. (Este argumento se correspondería con lo que en esta investigación hemos llamado “razones instrumentales”.) En segundo término está el “argumento de la igual dignidad política”, en función del cual “constituye una ofensa al sentido de igual dignidad de las personas el hecho de que una ley aprobada democráticamente sea invalidada por un juez cuando la cuestión de fondo es una cuestión controvertida respecto de la cual personas razonables pueden discrepar”<sup>17</sup>. (A su vez, este argumento se correspondería más o menos con lo que en esta investigación hemos designado empleando la fórmula “razones procedimentales”.)

Dado que estos dos elementos contribuyen a dar fuerza a la presunción de validez de la ley, ¿qué es entonces lo que justifica que por medio del control judicial se pueda declarar la invalidez de una ley? La respuesta está en que, a criterio de Ferreres, el control judicial “contribuye a mantener viva la cultura pública constitucional, lo cual redundaría en beneficio de la calidad constitucional de las leyes que el legislador aprueba”<sup>18</sup>. La idea básica es, en palabras de Ferreres, la siguiente:

“En el seno de una cultura pública constitucional, se estima que el legislador no debe tomar sus decisiones de manera arbitraria, simplemente porque cuenta con suficientes votos para hacerlo. La mayoría parlamentaria debe justificar su decisión en razones sólidas, y debe contestar las contra-razones que aducen las minorías que se oponen a su decisión. Entre esas razones y contra-razones son de especial importancia las que derivan de la propia Constitución. Uno de los mejores incentivos institucionales para que la mayoría y las minorías parlamentarias se tomen en serio la discusión de estas razones es que exista una instancia externa (un tribunal) ante el que la minoría (e incluso un

---

<sup>16</sup> El tercer argumento es el de la corregibilidad de los errores, el cual aconseja que es preferible que el juez no invalide una ley de buenas a primeras dado que si lo hace, y si la ley en realidad resulta no ser inconstitucional, ya no tendrá la posibilidad de enmendar su error en el futuro. Véase Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit.

<sup>17</sup> Id., p. 163.

<sup>18</sup> Id., p. 179.

individuo) pueda llevar a la mayoría para que ésta exponga cuáles son las razones que justifican la ley que ha aprobado. No exponer estas razones o exponer razones que no son suficientes para rebatir las razones que ha dado quien impugna la ley va a significar probablemente la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Por ello, si la mayoría no actúa de modo razonable en el momento de deliberar y decidir la aprobación de la ley, corre el riesgo de que el día de mañana, cuando alguien eleve al tribunal una queja constitucional contra la ley, ésta no pueda ser defendida con éxito. La existencia del control judicial contribuye a asegurar que no decaiga la práctica constitucional de pedir y dar razones en el espacio público de la democracia”<sup>19</sup>.

Y más adelante añade que la “existencia del control judicial contribuye, pues, a asegurar que en el debate parlamentario y, en general, en el debate que se produce entre la opinión pública, se tengan suficientemente en cuenta los valores constitucionales”<sup>20</sup>.

En lo que sigue, y tras señalar algunas objeciones, me propongo sugerir una interpretación propia de la teoría de Ferreres que rescate lo mejor de la misma y que la haga más acorde con sus propios postulados. La idea que pretendo transmitir es que la teoría de Ferreres resulta beneficiada si la concebimos como una teoría destinada a justificar un modelo débil de justicia constitucional.

La primera observación que cabe formular al planteamiento de Ferreres es que el argumento a partir del fomento de una cultura política deliberativa sería incapaz de explicar o de dar cuenta del hecho de que existen países que carecen del control judicial (o que lo han introducido hace apenas muy poco tiempo, como el caso inglés), y en el que no obstante no parece que pueda afirmarse, al menos en términos comparativos, que no existe o que no haya existido una cultura política robusta, en la que se tomen en cuenta razones y se justifiquen más o menos adecuadamente las decisiones que se adoptan<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Id., p. 180.

<sup>20</sup> Id., p. 182. En los EE.UU., Sunstein ha defendido una tesis en el mismo sentido. Por ejemplo, en C. R. Sunstein, “Constituciones y democracias: epílogo”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 354, menciona la contribución de la *judicial review* a la deliberación. Véase además su *The Partial Constitution*, Harvard, Cambridge/London, 1993. El argumento principal para defender el control judicial según este autor no debería consistir en que los parlamentos no puedan proteger los derechos, sino en que contribuyen a mantener viva una cultura política deliberativa.

<sup>21</sup> Naturalmente, este tipo de comparaciones deben tomarse con cautela, como se ha visto en el capítulo 3. En efecto, no se pueden comparar sólo aspectos determinados de distintos sistemas, por ejemplo, la calidad de su cultura deliberativa y la ausencia o no de control judicial, sin tomar en cuenta



Resultaría difícil sostener, por ejemplo, que en Holanda o en Australia (y a efectos prácticos, quizás también Dinamarca y Noruega) no existe una cultura política relativamente aceptable en comparación con otras sociedades bien ordenadas, y que el debate que precede a la sanción de las leyes en dichos países carece de la calidad que tienen en los países que cuentan con una justicia constitucional<sup>22</sup>. Pero dejemos esto a un lado y asumamos con Ferreres que la justicia constitucional sea en efecto capaz de cumplir el rol de fomentar una cultura política de calidad.

En este sentido, Ferreres parece percibir que este papel que desempeña la justicia constitucional puede entrar en conflicto con el principio de la igual dignidad política que exige la toma de decisiones por medio de una asamblea representativa. En consecuencia, sugiere realizar un balance entre ambas consideraciones en conflicto. A lo cual podría añadirse que también debería entrar en el balance la superioridad epistémica de la que Ferreres dota al proceso legislativo. Pero llegado a este punto, la respuesta del autor no parece ser consecuente con la primacía y la importancia que otorga a la superioridad epistémica y de igual dignidad política que otorga al proceso legislativo. En efecto, en lugar de señalar que estos elementos sugieren que la última palabra debe quedar en manos de la legislatura, Ferreres se limita a mantener que el control judicial debe ser ejercido de acuerdo a determinadas pautas (debe ser deferente y ejercido con humildad), y que los jueces constitucionales deben ser nombrados con arreglo a criterios democráticos, todo ello de manera a “mitigar de algún modo la fuerza de la objeción basada en el argumento de la igual dignidad política” (y también el epistémico)<sup>23</sup>. Pero si las razones epistémicas y de igual dignidad política apuntan en sentido contrario, ¿por qué limitarnos a *mitigar* los defectos del control judicial? ¿Por qué no buscar en su lugar un modelo institucional que sea más acorde con las premisas normativas sobre las que descansa la teoría de Ferreres?

---

todos los demás factores que también pueden incidir a la hora de marcar la diferencia (cultura política, predisposición y mentalidad ciudadana, factores sociológicos diversos, sistemas políticos distintos, etc.)

<sup>22</sup> Algo que ha sido advertido también por F. Rubio Llorente, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, en su compilación, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª edic., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997., pp. 544-5.

<sup>23</sup> Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit., p. 197.

Estos interrogantes podrían movernos a pensar que quizás un modelo débil de justicia constitucional sea más acorde con los ideales que Ferreres asume. En efecto, al tiempo de otorgar la primacía que Ferreres predica con relación al valor de la igual dignidad política, junto con el argumento epistémico a favor de las legislaturas, un modelo débil permitiría, acaso más adecuadamente, que se desarrolle una cultura deliberativa en torno a los valores constitucionales de una determinada comunidad. Quizás una cultura pública constitucional pueda resultar más floreciente si es que, en lugar de otorgar la última palabra al juez constitucional, el parlamento pueda a su vez tener la última palabra de modo a brindar una respuesta a las decisiones del tribunal, tal como se configuran los sistemas débiles de control judicial.

Al parecer, Ferreres es consciente de que si un tribunal retiene la última palabra, quizás esto contribuya más bien a aniquilar la discusión pública antes que a fomentarla, y al mismo tiempo, que esta configuración institucional dejaría en un segundo plano a los principios de igual dignidad política y de superioridad epistémica de las legislaturas. Por esa razón intenta argumentar que, tras ser invalidada una ley por inconstitucional, el parlamento debe ser capaz de dictar una nueva ley idéntica o similar a la ley invalidada<sup>24</sup>. Esto es además consecuencia del reconocimiento de que un proceso de reforma constitucional sería excesivamente gravoso, y por tanto, inadecuado para ser empleado como respuesta a las decisiones de un tribunal constitucional<sup>25</sup>. Pero esta propuesta de Ferreres de provocar una respuesta parlamentaria se asemeja ya bastante a un sistema débil de control judicial de la ley, ya que permite que, tras la decisión del tribunal, el parlamento pueda volver a adoptar una ley de contenido similar a la que fue declarada inconstitucional. Está claro que esta propuesta es bastante controvertida dentro del ámbito de la doctrina constitucional española, como el propio Ferreres reconoce, razón por la cual exige todo tipo de cautelas a la hora de emplear este recurso<sup>26</sup>. Pero más allá

---

<sup>24</sup> Id., p. 204 y ss.

<sup>25</sup> Id., pp. 207-8. El autor desaconseja igualmente la reforma de la constitución en razón de que ello obligaría a redactar la constitución en términos más específicos a fin de hacerla acorde a la interpretación favorecida, lo cual atentaría en contra de la abstracción a la que debe obedecer la redacción de las cláusulas constitucionales.

<sup>26</sup> Para una discusión crítica de esta doctrina en general, véase P. Yowell, *Judicial Review of Legislation and Selected Issues of Institutional Competence*, tesis sometida para la obtención del grado de MPhil. en la Universidad de Oxford, 2004, p. 57. Más adelante, siguiendo la doctrina de Brandeis sobre el tema, el autor sugiere, sin embargo, una relajación en materia constitucional del principio del

de esto, y suponiendo que la propuesta fuera válida (lo cual convertiría al modelo de justicia constitucional español en un sistema “cuasi-débil”), la propuesta sigue pareciendo insuficiente para estar a la altura de las exigencias normativas de igual dignidad y de fuerza epistémica desde las que Ferreres parte para justificar las decisiones legislativas. En efecto, una nueva ley dictada por el parlamento, desafiando la interpretación efectuada por la justicia constitucional, siempre quedaría nuevamente sujeta a ser revisada por el órgano de la justicia constitucional<sup>27</sup>.

Si a pesar de todo lo expuesto Ferreres mantiene su posición, quizás debería asumir entonces que el valor que asigna a una cultura política deliberativa es superior a los valores de igual dignidad y que aquél importa más que la capacidad del proceso legislativo para hallar respuestas correctas<sup>28</sup>. Pero esto parece reñir con la tesis de Nino (que Ferreres acepta expresamente) en función de la cual la participación por todos los afectados por una decisión es un factor determinante a la hora de evaluar un procedimiento para la adopción de decisiones, y que esto es así aún a pesar de que otro procedimiento pueda brindar una deliberación de mayor calidad<sup>29</sup>. Por eso no es fácil comprender que al final se acabe privilegiando la calidad de la deliberación en lugar de centrar la atención en quién es el que habrá de adoptar la decisión final.

Por todo ello no creo que deba atribuirse a Ferreres esta posición que privilegia la calidad de la deliberación a la participación, aún a pesar de que el mismo cite en su apoyo a autores como Dworkin, cuya concepción en materia de deliberación pública, como hemos visto, representa la potencial negación de toda posibilidad de participación significativa en un proceso deliberativo<sup>30</sup>. Una mejor interpretación de la teoría de

---

*stare decisis*, con la finalidad de que las decisiones del tribunal puedan ser revisadas de manera flexible.

<sup>27</sup> En lo que hace al contexto norteamericano, L. Kramer, “The Supreme Court 2000 Term Foreword: We the Court”, 115 *Harvard Law Review* 5 (2001), p. 6, uno de los principales críticos contemporáneos de la doctrina de la supremacía judicial, ha dicho lo siguiente: “Outright defiance in the shape of denying that Supreme Court decisions define constitutional law has, quite simply, disappeared”. De ser cierta esta afirmación, ello indicaría que tampoco en el contexto norteamericano se da la respuesta legislativa que Ferreres propone.

<sup>28</sup> Ésta parece ser la posición que se desprende de Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 196-7.

<sup>29</sup> *Id.*, p. 179.

<sup>30</sup> En la medida en que Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, cit., p. 233, se hace eco aquí de Dworkin, en el sentido de que el control judicial “fuerza a que el debate político

Ferreres nos llevaría presentarla no como una justificación de los modelos tradicionales de control judicial, sino más bien de un tipo de modelo débil de justicia constitucional. En este modelo se asumiría que por razones de igual dignidad y de mayores probabilidades de corrección, la última palabra debe ser asignada a un órgano legislativo, aunque se contemple la posibilidad de que el tribunal pueda declarar la invalidez de una ley, pero siempre sujeto a la decisión final del parlamento. Y de esta disposición institucional fluiría con mayor naturalidad el desarrollo de una cultura pública constitucional en la que Ferreres también hace hincapié<sup>31</sup>. Ésta es, a mi modo de ver, la mejor interpretación que se desprende de la teoría del profesor de la Pompeu Fabra.

De todo esto podemos extraer una explicación acerca de por qué los modelos débiles se sitúan, al menos *prima facie*, fuera del ámbito de la crítica presentada en esta investigación. Los sistemas débiles son en principio inmunes a la crítica no tanto porque promuevan un debate público (aunque si efectivamente lo logran, mucho mejor), sino porque logran restaurar la balanza a favor de lo que Ferreres llama el argumento de la igual dignidad, y aquí denominamos “razones vinculadas a la integridad del procedimiento”. Además, al lograr esto, los sistemas débiles no merman, al menos *prima facie*, la exigencia instrumental que debe revestir un procedimiento para la adopción de decisiones, ya que el legislativo, sobre el que recae la última palabra, es igual o más capaz de dar con la respuesta correcta en materia de derechos que un órgano judicial<sup>32</sup>.

---

incluya argumentos sobre principios, no sólo cuando un caso llega al Tribunal, sino también mucho antes y mucho después”, sería pasible de la crítica vertida en los capítulos anteriores según la cual no se puede asumir que en un debate político estén ausentes las consideraciones de principios si es que la Corte Suprema no interviene, y que la gente en general no parecer necesitar que los jueces les enseñen cómo pensar en términos de principios. Para la crítica a Dworkin en este punto, véase el capítulo 5, apartado 4, epígrafe c).

<sup>31</sup> En un sentido similar, criticando la tesis según la cual los modelos fuertes promueven el diálogo, Tushnet, “Forms of judicial review...”, cit., p. 355, rechaza que estos modelos sean capaces de promover el diálogo cuando el mismo depende de las decisiones personales de los jueces según cómo conciban su propio rol en el proceso dialógico, y sugiere en su lugar un modelo débil, como el que aquí se ha delineado, podría cumplir mejor este papel.

<sup>32</sup> Véase además Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, cit., p. 234. Otro punto que merece ser mencionado es que Ferreres parece asimilar la “flexibilidad” de una constitución con la ausencia de control judicial. Sin embargo, si asumimos algunas de las tesis defendidas en esta investigación, no existiría ninguna imposibilidad en concebir una constitución rígida pero que no cuente con un mecanismo de control judicial. Además, los modelos débiles –como el canadiense–, en los que una interpretación judicial puede ser “overridden” por una interpretación legislativa, nos muestran que ello no altera el carácter rígido de su constitución.

b) *El modelo “débil” de Prieto Sanchís*

Otro de los esfuerzos más importantes tendentes a justificar la institución del control judicial de la ley en el ámbito español es el del Profesor Luis Prieto Sanchís. Pero al igual que en el caso de la teoría de Ferreres, una interpretación adecuada del planteamiento del Profesor Prieto Sanchís nos muestra que, en el fondo, el mismo acaba realizando algunas concesiones importantes que a la postre también conducen hacia la configuración de un paradigma cercano a un modelo débil de justicia constitucional, aunque se llega a esta conclusión por una vía distinta. Veamos.

En su excelente libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*<sup>33</sup>, el autor examina por separado las dos vertientes que se han identificado en el capítulo 1 sobre el problema de la “dificultad contramayoritaria”, a saber, la que ataca el problema de la rigidez constitucional o de por qué deberían prevalecer con una fuerza extraordinaria las decisiones adoptadas en el pasado, por un lado; y la vertiente que nos ha ocupado en esta investigación, a saber, la de por qué los jueces deberían tener la palabra final, por el otro<sup>34</sup>. Por razones que en seguida serán puestas de manifiesto, no me detendré a analizar el tratamiento de Prieto sobre este último punto, aunque cabe señalar brevemente lo siguiente. El autor sugiere que el control judicial sería el corolario natural de una constitución suprema que ha de ser concebida como norma<sup>35</sup>. Pero no estoy seguro de que una constitución que no permita la fiscalización difusa de la ley debe ser considerada como una constitución no normativa, pues las leyes podrían interpretar los derechos constitucionales y los jueces aplicarlas de conformidad a la interpretación legislativa<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, en especial, el capítulo “Constitución y democracia”.

<sup>34</sup> Véase el capítulo 1, apartado 1.

<sup>35</sup> En Prieto, “Constitución y democracia”, cit., p. 139, afirma, por ejemplo, lo siguiente: “La garantía judicial de los derechos y, por tanto, la fiscalización difusa de la ley, no constituye un elemento adjetivo del que se pueda prescindir, sino un rasgo característico de toda Constitución que se quiera concebir como fuente de derechos y obligaciones o, como a veces prefiere decirse, de toda Constitución normativa”.

<sup>36</sup> En general, criticando al razonamiento del juez Marshall en *Marbury v. Madison*, A. Vermeule, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard, Cambridge/London, 2006, p. 234, escribe: “A constitution is ‘superior paramount law’ in many legal systems that offer little or no judicial review of legislation”.

Es cierto que esto entrañaría un modelo distinto de constitución, como bien señala el Prof. Prieto, pero ello no necesariamente iría en menoscabo de la garantía de la supremacía de la constitución, asumiendo que consideremos al parlamento capaz de respetar la constitución al interpretarla, del mismo modo en que el modelo opuesto asume que el órgano jurisdiccional sí resulta capaz de hacerlo. Ante esto podría replicarse que el parlamento puede equivocarse al interpretar la constitución, y sin posibilidad de fiscalización, tendríamos como resultado una ley que viola la constitución, con lo cual la constitución acabaría siendo vaciada de contenido y en consecuencia, perdiendo fuerza normativa. Pero como se ha señalado a lo largo de esta investigación, por medio del control judicial también puede incurrirse en interpretaciones de la constitución que desde un determinado punto de vista podrían llegar a considerarse erróneas, con lo cual la posibilidad de error es simétrica. De todos modos, en lo que a esta investigación concierne, importa no tanto si la garantía jurisdiccional es o no el corolario natural de una constitución normativa, es decir, en esta investigación no necesariamente se propicia un modelo de constitución que los jueces no puedan aplicar directamente, sino la posibilidad de que, a la par de dicha atribución a la justicia, el parlamento pueda reservarse la última palabra cuando discrepe de una determinada línea de interpretación judicial. Por lo demás, quizás resulte conveniente distinguir entre la “protección” o “garantía” judicial de los derechos, algo que no sólo no se cuestiona en esta investigación sino que a todas luces puede resultar indispensable, de la “definición” o “configuración” de los derechos, cuestión en la que, según he intentado defender a lo largo de esta investigación, el legislador debe tener una prerrogativa decisiva.

Haciendo esto a un lado, es en la otra vertiente de la objeción democrática al control judicial, a saber, la que atañe al problema de la rigidez, donde cabe hallar la explicación de por qué el modelo de Prieto acaba asimilándose a un modelo débil de justicia constitucional. La explicación es la siguiente. Prieto reconoce que el problema de la rigidez puede en efecto dar pie a una objeción democrática válida, en razón de que una constitución rígida puede ser concebida como la imposición por una generación anterior de una norma que habrá de imponer algunas restricciones importantes a las generaciones del futuro, en el sentido de que ésta debería lograr una mayoría extraordinaria para proceder a su modificación, lo cual podría resultar objetable. En consecuencia, el autor considera que se podría relajar la exigencia de la rigidez a fin de

dar respuesta a la objeción democrática planteada en estos términos, pero sólo a condición de que se respete la “supremacía” de la constitución, concepto que Prieto distingue del de la rigidez. A criterio del autor, el concepto de supremacía exige únicamente que al modificar la constitución que se considera suprema, no se la viole sino que la modificación se efectúe de manera abierta y consciente, propiciando el debate y la deliberación, no simplemente soslayándola o vaciándola de contenido, como suele decirse<sup>37</sup>. Pero la supremacía no necesariamente trae aparejada la rigidez, pues ambas son escindibles. En efecto, y como bien señala el autor, puede que una constitución sea suprema, pero que sea al mismo tiempo flexible, es decir, no rígida<sup>38</sup>. En el caso más extremo, la flexibilidad podría implicar que la constitución pueda ser modificada por una mayoría parlamentaria simple, siempre que la modificación se realice de manera expresa. “En resumen,” concluye el autor, para afrontar el problema de la objeción democrática, en su doble vertiente, se recomienda “una Constitución más flexible, pero mejor garantizada”<sup>39</sup>. Por “mejor garantizada” se entiende, si me interpretación es adecuada, una constitución que no renuncia a la protección judicial de los derechos fundamentales<sup>40</sup>.

Y aquí se ve con toda claridad cómo el planteamiento del Prof. Prieto se aproxima de manera notable a un “modelo débil” de justicia constitucional, aunque procediendo por una vía distinta. En efecto, bajo el modelo de Prieto, podría darse una respuesta legislativa casi del mismo modo en que operaría un modelo débil de justicia constitucional, exigiéndose una mayoría parlamentaria simple (asumiendo que la constitución tenga este grado de flexibilidad). La única diferencia sería que, en este caso, la constitución debería ser modificada, y al hacerlo, la mayoría parlamentaria que se disponga a dictar una ley en respuesta a la interpretación de la justicia debería hacerlo de

---

<sup>37</sup> Prieto, “Constitución y democracia”, cit., pp. 149 y 151; 152-3; 154, y 173-4. Añade el autor que la supremacía es una exigencia del ideal del Estado de derecho, “esto es, la idea según la cual los poderes deben actuar con arreglo a unas normas previas y conocidas...” (p. 153).

<sup>38</sup> Id., p. 150. Sobre el punto, véase además el apéndice contenido en J. C. Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

<sup>39</sup> Prieto, “Constitución y democracia”, p. 173.

<sup>40</sup> Cabe señalar que el Prof. Prieto, id., pp. 166-70, considera que se podría llegar a prescindir del control abstracto y quizás también de la jurisdicción concentrada, elementos que según el autor dan pie con mayor fuerza a la objeción democrática y son además fruto de un modelo de constitución kelseniano hoy perimido.

manera abierta. Quizás un modelo de este tipo imponga algunos costos políticos considerables en la realidad, por todo lo que supone para un parlamento la modificación de lo que constituye la “ley suprema” de la comunidad política. Pero como veremos más abajo, los sistemas débiles de control judicial también generan sus propios costos políticos, aún cuando no impliquen una modificación de la constitución. Independientemente a esto, al menos formalmente, el modelo de Prieto podría llegar a poseer el mismo nivel de dificultad para dar una respuesta legislativa al que se da en un modelo de justicia constitucional débil. En consecuencia, el paradigma de Prieto puede llegar a resultar, al menos en términos formales, idéntico al que propicia un modelo débil de justicia constitucional, en el sentido de que una mayoría parlamentaria simple estaría facultada a dar una respuesta legislativa ante una interpretación efectuada por vía judicial con la que no esté de acuerdo.

Quizás la razón por la que Prieto llega a propiciar este modelo por esta vía guarda relación con el modo en que el autor concibe a los catálogos de derechos de las constituciones contemporáneas, como fuertemente materializados, cargados de densos contenidos normativos, lo cual hace que las leyes fundamentales resulten “llenas de valores, principios y directrices”<sup>41</sup>. Quien conciba a los catálogos de derechos de esta manera probablemente llegue a la conclusión de que existe un margen interpretativo menor para dar cabida a concepciones dispares sobre los derechos. Por el contrario, quien conciba los catálogos como abstracciones más elásticas, menos materiales, y menos densas –que es lo que se ha sugerido en el capítulo 1 de esta investigación<sup>42</sup>–, quizás esté dispuesto a aceptar un abanico más amplio de opciones interpretativas. De este modo, para quienes conciban los catálogos de derechos de esta última manera, la modificación del catálogo no resultaría necesaria para dar respuesta a una interpretación judicial, pues se presume, salvo casos extremos<sup>43</sup>, que cabe bajo un mismo precepto abstracto brindar

---

<sup>41</sup> Id., p. 165.

<sup>42</sup> Véase, en general, el apartado 3 del capítulo en cuestión.

<sup>43</sup> Como los señalados en el capítulo 4, apartado 5, epígrafe 6. Prieto, “Constitución y democracia”, cit., p. 152, alude además a dos supuestos: el caso de la supresión de un derecho fundamental, que sería sin duda extraordinario, pues “revelaría...una profunda transformación en las concepciones morales de la sociedad”; y el supuesto de la “alteración parcial, esto es, la inclusión de alguna cláusula de excepción o la fijación de una cierta interpretación vinculante”. Pero los tribunales también pueden imponer interpretaciones vinculantes, y una cláusula de excepción puede, en determinadas circunstancias y salvo casos extremos, dar lugar a desacuerdos razonables.



interpretaciones muy dispares. En consecuencia, bajo esta concepción de los catálogos de derechos, un parlamento podría presentar su respuesta legislativa como una reacción a una determinada interpretación judicial que, según su entendimiento, no resulta la más adecuada a la luz del catálogo de derechos vigente<sup>44</sup>. Pero no necesariamente debería proceder como si estuviera modificando dicho catálogo, pues se presume que el mismo es lo suficientemente abstracto como para permitir interpretaciones dispares<sup>45</sup>.

Explicaciones a parte, lo cierto es que, a todos efectos prácticos, el Prof. Prieto Sanchís puede muy bien ser interpretado como si admitiera alguna forma débil de control judicial, aún cuando del tono general de su obra puede colegirse que el rol que parece reservar a la justicia constitucional en materia de derechos fundamentales resulta de considerable entidad. Todo ello parece reforzar la convicción de que los sistemas fuertes de control judicial son en verdad muy difíciles de justificar para quienes, como Prieto, se toman en serio la objeción democrática. Al parecer, las mejores justificaciones del control judicial –entre las que sin duda se encuentra la del Prof. Prieto– acaban propiciando formas constitucionales más atenuadas, compatibles con las que no son objeto de crítica en esta investigación.

### 3. UNA JUSTIFICACIÓN DUDOSA DE LOS SISTEMAS DÉBILES DE CONTROL JUDICIAL: LA TEORÍA DEL DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL

Los sistemas débiles de justicia constitucional no son objeto de la crítica presentada en esta investigación, conforme a la delimitación trazada en el capítulo 1, en razón de que no constituyen procedimientos concebidos para la adopción de decisiones

---

<sup>44</sup> Prieto, “Constitución y democracia”, cit., p. 151, considera este supuesto del siguiente modo, pero no parece atribuirle consecuencias importantes: “si el Parlamento puede sencillamente desconocer la Constitución, ni siquiera está llamado a justificar las decisiones que se aparten de la misma, *pudiendo presentarlas incluso como su mejor interpretación en un acto de homenaje al fuerte valor simbólico de la tradición constitucionalista*” (énfasis añadido). Y añade en una nota al pie, p. 151, nota 35: “me parece que ninguno de los grandes partidos políticos españoles ha propuesto nunca una reforma constitucional, al menos en el capítulo sustantivo de los derechos y garantías, pero sí con mucha frecuencia han reivindicado su cualidad de verdaderos intérpretes de la misma”.

<sup>45</sup> Este problema se refleja en el diseño institucional canadiense, como se verá más abajo, en el apartado 4.

*finales* en materia de derechos fundamentales en una comunidad política. De todas maneras, resulta ajeno a los propósitos de este capítulo intentar ensayar una teoría que pueda justificar su existencia, es decir, una teoría que pueda dar cuenta de las razones por las que un sistema político en el que el parlamento se reserve la última palabra debería contar con un sistema de control judicial débil. Aunque no diré más sobre el tema, a la luz de esta investigación quizás la justificación más importante de estos modelos sea una justificación de carácter negativo, es decir, una justificación que ponga de relieve que los mismos resultan aceptables porque, al no otorgar la palabra final a un órgano de naturaleza jurisdiccional, no parecen violentar, al menos *prima facie*, los requerimientos de integridad procedimental e instrumental que deben revestir los procedimientos para la adopción final de decisiones en materia de derechos fundamentales. Ya hemos visto, además, que algunas de las justificaciones más importantes de los modelos fuertes de justicia constitucional parecen resultar más adecuadas cuando se las concibe como justificaciones de modelos débiles. Pero más allá de esto, se han ensayado varias justificaciones positivas de los modelos débiles de justicia constitucional, siguiendo la intuición de que quizás los mismos constituyan la mejor manera de compatibilizar los dos principios tradicionalmente opuestos de la supremacía judicial y de la soberanía parlamentaria. Resultaría imposible en este lugar efectuar un análisis completo de los distintos intentos de justificación. Sin embargo, y dada la popularidad que goza un determinado intento de justificación de estos modelos, me detendré por un instante a considerar, aunque tan sólo sea a grandes rasgos, la teoría del “diálogo interinstitucional”. Mi intención no es la de desechar completamente esta teoría, algo que requeriría bastante más elaboración de la que puedo ofrecer aquí, sino sólo esbozar algunas dificultades que, sumadas a otros argumentos que serán expuestos más abajo, arrojan algunas dudas sobre si la misma puede realmente emplearse como una teoría justificatoria adecuada del modelo bajo discusión. Tampoco pretendo sostener que no pueda esgrimirse una justificación positiva más sólida de estos sistemas, aunque de momento me inclino por la justificación negativa recién expuesta.

Las versiones más plausibles de la teoría del diálogo interinstitucional son construcciones realizadas al amparo de modelos débiles de justicia constitucional<sup>46</sup>. Según la caracterización del profesor de la Universidad de Montreal, Luc Tremblay, la teoría del diálogo institucional considera que “los tribunales y as legislaturas participan en un diálogo sobre la determinación del balance adecuado entre los principios constitucionales y las políticas públicas”. Se trata de un diálogo continuo, según el autor, en razón de que, en los modelos débiles, los tribunales no necesariamente tienen la última palabra en cuestiones constitucionales. En efecto, “las legislaturas casi siempre tendrán el poder de revocar, modificar o anular una decisión judicial que invalide una ley, y en consecuencia, podrá alcanzar sus objetivos sociales o económicos”<sup>47</sup>. Esta concepción contribuiría entonces a revestir de legitimidad a un modelo débil de justicia constitucional y hacerlo compatible con ideales democráticos.

Quizás la teoría del diálogo interinstitucional tenga más sentido en el contexto de los sistemas débiles<sup>48</sup>. Sin embargo, aún en estos casos, no ha faltado quien se haya

---

<sup>46</sup> Según L. B. Tremblay, “The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures”, 3 *I.CON* 617 (2005), p. 617, se trata de una contribución canadiense al debate sobre la legitimidad del control judicial. En Canadá, han defendido la teoría P. W. Hogg y A. A. Bushell, “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing After All)”, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75 (1997). Una respuesta a estos autores en C. Manfredi y J. Nelly, “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell”, 37 *Osgoode Hall Law Journal* 513 (1999). Otra de la teoría del diálogo en este ámbito sería el “deliberative disagreement approach” de T. Kahana, “Understanding the Notwithstanding Mechanism”, cit. Por lo demás, la teoría del diálogo ha sido expresamente recogida en algunos fallos de la Corte Suprema canadiense, paradigmáticamente en *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

<sup>47</sup> Tremblay, “The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures”, cit., p. 617. Existen, empero, distintas variantes de la teoría, aunque la caracterización expuesta reflejaría los elementos centrales detrás de las mismas.

<sup>48</sup> En efecto, esta teoría no sólo se ha pretendido para justificar los modelos débiles. Aunque de diversas maneras, algunos constitucionalistas norteamericanos también han pretendido aplicar alguna versión de esta teoría a su propio sistema. (Véase K. Roach, “American Constitutional Theory for Canadians (And the Rest of the World)”, 52 *University of Toronto Law Journal* 503 (2002)). El problema en general con esta justificación es que resulta más que dudoso que la teoría del diálogo interinstitucional pueda justificar satisfactoriamente el control judicial en un modelo fuerte en el que la última palabra la tenga el órgano judicial. Un ejemplo de cómo el diálogo entre distintos órganos del Estado difícilmente pueda prosperar en el marco de un sistema fuerte podría ser el que nos proporciona el caso *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997). Previo al dictado de esta sentencia, el Congreso de los Estados Unidos se propuso disputar una determinada interpretación de los tribunales, concerniente a cómo interpretar y dotar de contenido concreto al principio de libertad religiosa consagrado en el “Bill of Rights”. Para ello dictó el “Religious Freedom Restoration Act”, o RFRA, en el que desafiaba una línea jurisprudencial específica, asentada en *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), sentencia en la que se sostuvo la constitucionalidad de una ley que criminalizaba el uso de una sustancia conocida como el peyote. De este modo, el RFRA pretendía

mostrado escéptico con relación a la posibilidad de que se desarrolle algún tipo significativo de diálogo en los modelos débiles de control judicial, sino que lo que más bien se verifica en la práctica es la tendencia a que la interpretación de los tribunales se acabe imponiendo sistemáticamente. Como ya he dicho, no pretendo desarrollar aquí una crítica completa a la teoría del diálogo interinstitucional. En lo que sigue me limitaré a mencionar algunas posibles objeciones, con una finalidad más bien sugestiva que otra cosa.

El ya citado Tremblay, por ejemplo, ha afirmado que si bien puede existir alguna forma de diálogo entre los tribunales y el parlamento, “el *tipo* de diálogo que sería necesario para conferir fuerza legitimatoria a la institución y práctica del control judicial no existe ni puede existir. Consiguientemente, el carácter normativo de la teoría del diálogo institucional, así como ha sido concebido hasta ahora, es en definitiva de naturaleza retórica”<sup>49</sup>. Si lo interpreto adecuadamente, para llegar a esta conclusión el autor se basa principalmente (aunque no de modo exclusivo) en una tesis bastante trivial aunque muy pertinente sobre la manera adecuada en que debe ser ejercida la función judicial: los tribunales deben interpretar la constitución de acuerdo a su leal saber y entender, y no entablar ninguna suerte de “diálogo” a la hora de determinar qué decisión

---

otorgar una protección más amplia al ejercicio a la libertad religiosa de lo que se desprendía del último caso citado. Sin embargo, cuando el caso llegó a la Corte Suprema ésta manifestó lo siguiente: “When the political branches of the Government act against the background of a judicial interpretation of the Constitution already issued, it must be understood that in later cases and controversies the Court will treat its precedents with the respect due them under settled principles, including *stare decisis*, and contrary expectation must be disappointed. RFRA was designed to control cases and controversies, such as the one before us; but as the provisions of the federal statute here invoked are beyond congressional authority, it is this Court’s precedent, not RFRA, which must control”. (Véase la opinión del magistrado Kennedy en *City of Boerne*, cit., pp. 535-6). En otras palabras, la Corte entendió que el Congreso no podía desafiar sus precedentes judiciales, con lo que toda posibilidad de “diálogo” quedó seriamente puesta en entredicho. De hecho el pasaje citado guarda más analogía con un monólogo que con cualquier otra cosa, que es en definitiva lo que cabe esperar de un sistema de supremacía judicial en el que no hay posibilidad de brindar una respuesta que facilite el supuesto diálogo. Una crítica en este sentido en J. Waldron, “Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators”, 23 *Supreme Court Law Review* (2d) 7 (2004). El precedente más importante de *City of Boerne* es, por supuesto, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), que consagró la doctrina de la supremacía judicial.

<sup>49</sup> Tremblay, “The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures”, cit., p. 619. Una crítica similar en M. Tushnet, “Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty”, 94 *Michigan Law Review* 245 (1995).

adoptar. El argumento sugiere que la propia naturaleza de la función judicial impide la viabilidad del diálogo.

Otra probable crítica contra la teoría del diálogo interinstitucional nos lo proporciona Sinnott-Armstrong quien, aunque intentando contrarrestar las críticas a un modelo fuerte como el norteamericano, realiza la siguiente apreciación sobre la supuesta capacidad de promover el diálogo de la que gozarían los sistemas débiles. Así como no puede haber diálogo cuando una esposa objeta a su marido el que éste desee llevar a cabo una acción, y el marido responde, “No me importa, lo haré igual”, lo mismo puede decirse de una legislatura que, en respuesta a una decisión judicial, decida emplear la facultad de revisar una determinada interpretación judicial que invalida una ley: “No nos importa, haremos prevalecer la ley de cualquier manera”. De seguro ésta no es manera de promover ninguna suerte de diálogo<sup>50</sup>. Este argumento más bien sugiere que el diálogo podría no llegar a prosperar desde el punto de vista de la actitud del órgano legislativo, lo cual dependerá de las condiciones y del medio en éste desarrolle su actividad, algo que resulta puramente contingente. Es decir, puede que en algunos sistemas políticos éste sea el caso en tanto que en otro no<sup>51</sup>. Más abajo diré todavía algo sobre el funcionamiento que han tenido los modelos débiles más prominentes y que tienden a desmentir que se produzca una dinámica de diálogo interinstitucional.

Una tercera objeción a la teoría del diálogo interinstitucional es la de la redundancia. Aún admitiendo la posibilidad de que legislatura se halle dispuesta a tomar seriamente en cuenta la opinión de los tribunales, puede que los elementos de diálogo que los tribunales aporten a una legislatura para su consideración no hagan sino reproducir, al menos en la gran mayoría de casos, posturas que ya son bien conocidas en las legislaturas a raíz del tratamiento originario de la cuestión. Dada la manera en que se estructuran los procesos legislativos en las sociedades contemporáneas, con todo el cúmulo de debates, ronda de discusiones y de reuniones, tratamiento en comisiones, asesoramiento en derecho constitucional por parte de expertos, tratamiento en dos cámaras distintas en los sistemas políticos bicamerales, etc., etc., es muy probable que el tribunal acabe intentando

---

<sup>50</sup> Sinnott-Armstrong, “Weak and Strong Judicial Review”, cit., p. 385.

<sup>51</sup> De esta manera, el hipotético caso refleja el ejemplo opuesto de lo que ocurrió en el contexto estadounidense con el caso *City of Boerne v. Flores*, citado anteriormente, en el que fue la Corte Suprema quien decidió poner fin al diálogo.

entablar un diálogo sobre temas harto debatidos y conocidos por los miembros de la legislatura. Todo ello obligaría a repensar el alcance justificatorio de la teoría en cuestión<sup>52</sup>.

Finalmente, un último argumento llama nuevamente aquí la atención sobre una suerte de actitud paternalista detrás de la teoría del diálogo interinstitucional como justificación del control judicial. Según este argumento, los jueces nuevamente estarían allí para “ayudar” a una legislatura incapaz de deliberar adecuadamente por sí misma o de tomar en cuenta con seriedad los valores constitucionales a la hora de adoptar sus decisiones<sup>53</sup>. De conformidad a esta lectura de la teoría del diálogo, a pesar de que las legislaturas son cuerpos colegiados integrados por cientos y cientos de representantes electos, los jueces deben cumplir la función de “tutelar” la calidad del proceso político. El atractivo que pueda llegar a tener este argumento o el rechazo que el mismo pueda generar dependerá, por supuesto, de la actitud que se adopte hacia la idea de una democracia tutelada, la cual, en lo que a esta investigación concierne, ha sido rechazada en el capítulo 2<sup>54</sup>.

Ahora bien, estas críticas no deben llevarnos a la conclusión de que el diálogo resulta absolutamente imposible o de que, en general, la teoría del diálogo interinstitucional carezca de cualquier utilidad. Quizás puedan traerse a colación igualmente argumentos y casos que ejemplifiquen de modo más adecuado instancias de diálogo más provechosas entre ambas instituciones, y acaso también mediante la intervención de la opinión pública en el proceso si es que se considera que ello podría

---

<sup>52</sup> Para este argumento, véase Waldron, “Some Models of Dialogue...”, cit., pp. 25 y ss. Desde otra perspectiva, esta vez en el contexto norteamericano, S. M. Griffin, “Has the Hour of Democracy come Round at Last? The New Critique of Judicial Review”, *17 Constitutional Commentary* 683 (2000), pp. 698-9, también ha cuestionado a quienes pretenden aplicar la teoría del diálogo a este sistema político poniendo énfasis en el proceso de designación de los magistrados, lo cual produciría como resultado una especie de redundancia que arrojaría dudas sobre la capacidad de los tribunales de promover el diálogo: “The politization or democratization of the Supreme Court appointment process...makes it unlikely that the Court can perform a special function in educating the citizenry or assuming a vanguard role to promote a national dialogue on rights”. “Instead, the democratization of the Court means that it is ensnared in the same contentious politics of rights that occupies the political branches”.

<sup>53</sup> Waldron, “Some Models of Dialogue”, cit., pp. 27-8 y ss.

<sup>54</sup> Sobre el concepto de democracia tutelada, véase R. A. Dahl, *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992.

resultar aceptable<sup>55</sup>. Lo cierto es que los argumentos traídos a colación por lo menos reflejan algunas dificultades bastante considerables de este enfoque. Además, y como se verá en el siguiente apartado, dada la inestabilidad hacia la que parecen tender los modelos débiles, escalando hacia formas más fuertes de control judicial, no me parece adecuado justificarlo sobre la base de la teoría del diálogo interinstitucional. Si esta tesis de la inestabilidad a la que aludiré en breve resulta verdadera, es difícil que se produzca una situación de diálogo constante y fructífero, ya que, como hemos visto, los modelos fuertes parecen más proclives a liquidar el diálogo antes que a propiciarlo.

#### 4. ¿SON ESTABLES LOS SISTEMAS DÉBILES?

Quizás sea hora de adentrarnos, aunque tan sólo sea superficialmente, en la *praxis* de algunos de estos sistemas de justicia constitucional. Tal como se señaló en la introducción de este capítulo, mi intención aquí es la de sugerir que, aún cuando se sitúen fuera del ámbito de la crítica de esta investigación, y aún a pesar de la adhesión entusiasta de algunos autores que se toman en serio la objeción democrática, la práctica desarrollada en algunos de estos sistemas de justicia constitucional arroja algunas dudas importantes sobre si los mismos son en efecto capaces de sortear exitosamente las preocupaciones democráticas más tradicionales que ha suscitado la institución del control judicial bajo los sistemas de supremacía judicial.

Una de las razones que hace interesante al estudio de los sistemas débiles es que cada uno tiene sus especificidades propias. Para comprender mejor las diferencias entre los tres sistemas citados en la introducción de este capítulo, a saber, los de Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda, puede que resulte útil concebirlos como situados en distintos puntos de una línea continua entre dos polos opuestos a cuyos extremos se situarían, por un lado, el principio de la supremacía judicial, y por el otro, el principio de la supremacía parlamentaria<sup>56</sup>. El modelo más fuerte entre los tres, es decir, el que se sitúa más cerca del polo de la supremacía judicial, es el canadiense. La cláusula decisiva es el Charter 33.

---

<sup>55</sup> Para una perspectiva escéptica, véase el capítulo 2, apartado 3, epígrafe b).

<sup>56</sup> Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, cit.

La misma establece lo que se conoce como el “mecanismo notwithstanding” [“non-obstante”], en función del cual una interpretación judicial puede ser sometida a un “override”, es decir, puede ser dejada de lado (sin afectar la cosa juzgada) mediante una nueva ley cuando el parlamento no esté de acuerdo con la interpretación que le ha dado el órgano judicial. La nueva ley dictada por medio de este mecanismo sólo tendrá una vigencia de cinco años, renovables por períodos sucesivos. Cabe añadir además que el “override” sólo resulta aplicable a determinados derechos del Charter canadiense, específicamente, los comprendidos entre las secciones 7 a 15.

En una posición más cercana a la de la supremacía parlamentaria, puede decirse que el sistema más débil de todos es el neozelandés, en el que los jueces carecen de la facultad de inaplicar una ley que consideren que atenta en contra del “Bill of Rights” (el cual sólo tiene rango legal y no constitucional). Bajo este sistema, los tribunales tienen la obligación de interpretar las leyes de modo a hacerlas compatibles con el “Bill of Rights”, a lo cual suele aludirse con la expresión “mandato interpretativo”, y que viene hacer algo así como la que se conoce como la técnica de la interpretación conforme a la constitución. Sin embargo, en caso de hallar una incompatibilidad que no pueda adecuarse ni siquiera por vía interpretativa al “Bill of Rights”, el tribunal no puede invalidar la ley ni emitir una declaración de ningún tipo<sup>57</sup>. Podría cuestionarse entonces si es que cabría considerar que este sistema verdaderamente consagra alguna forma de control judicial. Lo cierto es que normalmente se asume de manera pacífica que el mandato interpretativo constituye en efecto una forma de control, ya que en función al mismo, los tribunales pueden dejar de lado los métodos más tradicionales de interpretación del *common law*, para discernir si es que la legislación en cuestión se ajusta o no al “Bill of Rights” de conformidad a los

---

<sup>57</sup> El Bill reza, en su s. 4:

“No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights),-

- (a) Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or
- (b) Decline to apply any provision of the enactment – by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights”.

A su vez, la s. 6 establece:

“Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning”.



propósitos que la legislatura tuvo en cuenta al aprobar la ley. Al hacer esto, los tribunales pueden acabar otorgando a las leyes en cuestión una determinada interpretación que no obedezca a las mismas intenciones que la legislatura tuvo inicialmente en cuenta, con lo cual acaba incidiendo en la manera en que la ley habrá de aplicarse en la práctica.

En el medio del sistema canadiense y del neozelandés si situaría el modelo del Reino Unido, producto de la incorporación, por medio del “Human Rights Act” de 1998, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que entró en vigor en el 2000. Bajo este sistema, los tribunales están obligados, al igual que en el caso neozelandés, a buscar siempre una interpretación conforme al convenio, pero en caso de no hallarla, pueden emitir una “declaración de incompatibilidad”. Esta declaración no tiene el efecto de invalidar la ley –facultad de la que carecen los jueces en este sistema–, pero sí puede provocar una respuesta política por parte del ministerio que promovió la ley. El procedimiento en este caso permite una vía rápida al ministro del gabinete que propuso la medida legislativa para hacer que la legislación resulte compatible con el o los derechos afectados<sup>58</sup>. De hecho el sistema está diseñado bajo la expectativa de que una “declaración de incompatibilidad” genere precisamente este tipo de respuesta, o cuando menos, que genere una ronda de debate político en torno a las disposiciones impugnadas, atrayéndose así la atención de la opinión pública. Lo cierto es que los jueces carecen de por sí de la facultad de negarse a aplicar una disposición que consideren contraria al “Human Rights Act”.

---

<sup>58</sup> El “Human Rights Act” de 1998 prescribe en sus artículos más relevantes:

“4(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility...

4(6) A declaration under this section (‘a declaration of incompatibility’)-

- (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and
- (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made...

...10(1) This section applies if-

- (a) a provision of legislation has been declared under section 4 to be incompatible with a Convention right...

10(2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may be order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility”.

De entre estos modelos, ¿cuál es el que aparece como mejor equipado para dar respuesta a las aspiraciones normativas que se defienden en esta investigación? Al parecer, el sistema más problemático de todos es el canadiense. Como vimos, se trata del modelo más “fuerte” de todos, ya que, a diferencia de los modelos neozelandés y británico, otorga a los órganos judiciales la facultad de inaplicar una ley cuando los tribunales consideren que la misma atenta contra los derechos fundamentales, cosa que no ocurre en los otros dos modelos<sup>59</sup>. Ahora bien, desde su entrada en vigor, hace ya más de veinte años, el “override” prácticamente no ha sido empleado, lo cual hace que, en la práctica, el sistema canadiense resulte muy parecido al modelo fuerte de justicia constitucional norteamericano, en el sentido de que los jueces acaban teniendo, de hecho, la última en materia de derechos. Incluso hay quien ha afirmado que hasta pudo haberse formado ya una convención constitucional en contra del empleo del Charter 33<sup>60</sup>, lo cual significaría que en la práctica, la única manera de revisar una decisión judicial sería a través del expediente de la reforma constitucional, al igual que ocurre con los sistemas fuertes. De hecho, el mecanismo establecido en la cláusula “notwithstanding” ha sido empleado sólo en una oportunidad por un actor que no fuera la provincia de Quebec. (A su vez, el empleo de la cláusula por esta última provincia se debió a motivos políticos internos propios del país que hacen a la delicada relación entre la minoría francófona y la mayoría anglófona, cuestión que no viene ahora al caso analizar<sup>61</sup>.)

---

<sup>59</sup> Waldron ni siquiera considera al sistema canadiense como un “sistema débil”. Véase “Some Models of Dialogue...”, cit.; así como “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006), p. 1357, nota 34. Cfr., sin embargo, Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., p. 131, nota 176, para quien el sistema canadiense le parece la mejor solución. El autor asume además la posibilidad del diálogo interinstitucional.

<sup>60</sup> Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, cit., p. 726. También alude a ello Goldsworthy, “Judicial Review, Legislative Override, and Democracy”, cit., p. 466. El papel que desempeñan las convenciones constitucionales en estos países que se derivan del modelo constitucional inglés es conocido. Para una introducción sintética, véase E. Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, Clarendon, Oxford, 1998.

<sup>61</sup> La cláusula “notwithstanding” resultó incorporada a la Constitución canadiense a consecuencia de una concesión hecha a último momento a los gobiernos provinciales a fin de que apoyaran la reforma constitucional promovida en aquel entonces. Pero la cláusula es en general impopular, y la mayoría de los gobiernos casi nunca la invocan. Sobre el punto, véase Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, cit., p. 722. Parte de las reticencias hacia el “notwithstanding” tiene que ver con lo que se considera como un abuso por parte de la provincia francófona de Québec. Celosa de su independencia, al entrar en vigor el “Charter”, el parlamento provincial insertó una disposición al amparo de la cláusula “notwithstanding” aplicable a toda la legislación entonces vigente. De este modo, se empleó el mecanismo “notwithstanding” de modo

Dejando de lado este último caso, este estado de cosas en función del cual el “override” prácticamente no se ha empleado no resultaría objetable si es que la falta de una respuesta legislativa se debiera a la aceptación o aprobación de las legislaturas de la interpretación efectuada con relación a los derechos. En estos casos, no habría ningún reparo que oponer al funcionamiento del sistema, ya que la falta de respuesta se debería al asentimiento del parlamento. Al fin y al cabo, los sistemas débiles solamente posibilitan una respuesta legislativa, pero no la exigen en cada caso. Pero quizás la falta sistemática de una respuesta legislativa se deba a otros factores que sí tendrían un efecto deslegitimador sobre el sistema. Los sistemas débiles resultarían atractivos –al menos de conformidad a las pautas que se han dejado asentadas en esta investigación–, si es que aspiraran a reconocer las divergencias interpretativas razonables que pueden producirse bajo condiciones de pluralismo entre dos órganos estatales distintos, otorgando no obstante la última palabra en materia de derechos al órgano que reviste una mayor legitimidad representativa. Pero el sistema de justicia constitucional canadiense no parece adecuarse a este esquema. En efecto, la cláusula pertinente dispone que “el Parlamento o la legislatura de una provincia puede declarar en una ley del Parlamento o de la legislatura, según el caso, que la ley o norma en cuestión tendrá vigencia *no obstante* [énfasis mío] una cláusula prevista en la sección 2 o en las secciones 7 a 15 de este Charter”. Posteriormente, otro inciso establece que en este caso, la ley que establece la respuesta legislativa tendrá una duración de cinco años, pero que puede ser prorrogada por períodos iguales sucesivos.

Configurado de este modo, está claro que el diseño del sistema no parece obedecer a la idea de los desacuerdos razonables que pueden darse en el ámbito de la interpretación de los derechos. El sistema más bien parece consagrar la idea de que, una vez que los tribunales han considerado que una determinada ley viola alguno de los derechos del Charter, la legislatura puede optar por mantener la vigencia de la ley *a pesar de* reconocer que al hacerlo, se está violando uno o más derechos consagrados por el Charter. Pero el Charter no contempla la posibilidad de que el parlamento pueda tener interés no en emplear el “override” para legislar *no obstante* la violación de derechos, sino porque

---

genérico, aplicándolo a toda legislación pasada y futura, con lo cual se habría desvirtuado el espíritu de la disposición, anulando de entrada cualquier posibilidad de control. La cláusula fue empleada sólo una vez por una provincia que no fuera Québec, y su último uso data del año 1988.

simplemente considera que su interpretación es preferible a la interpretación efectuada en sede judicial, y que puesto que ambas pueden ser perfectamente razonables, no hay razón alguna para que deba prevalecer la última ni para considerar que la de la legislatura viola los derechos. Desde el momento en que esto es así, en el diseño mismo del sistema puede percibirse un importante defecto del modelo canadiense<sup>62</sup>.

Quizás esto explique además el hecho de por qué la palabra de los tribunales es la que termina en la práctica prevaleciendo de manera persistente. En efecto, dado el costo político, puede que los legisladores carezcan de incentivos suficientes para hacer prevalecer una legislación *a pesar* de que viola derechos fundamentales consagrados en el Charter. En primer lugar, puede que los legisladores no estén dispuestos a obrar de este modo con independencia a lo que piensen sus electores, en el caso de que consideremos que los legisladores son capaces de tomar por sí mismo en cuenta los valores constitucionales a la hora de determinar la actitud que habrán de adoptar ante una ley determinada<sup>63</sup>. Es decir, un legislador puede por sí mismo negarse a apoyar una iniciativa en la que se proclame que se están violando ciertos derechos. Y si añadimos el efecto que podría llegar a tener el tomar en cuenta la opinión del electorado, el costo político en este caso probablemente será aún mayor, ya que el mensaje que los legisladores tendrían que emitir ante la opinión pública sería que la iniciativa que están respaldando viola los derechos de los ciudadanos, lo cual complicaría las cosas aún más.

Un problema adicional consiste en que la vigencia de la ley que habrá de dictarse mediante el “override” esté fijada en cinco años, aunque prorrogables por períodos sucesivos<sup>64</sup>. Quizás un parlamento carezca de interés en tener que promulgar una ley en respuesta a una decisión judicial sabiendo que dicha ley tendrá una vigencia de sólo cinco años. Aún en el caso de que lo haga, y llegado el plazo de la renovación, el problema se manifiesta nuevamente al tener que volver a aprobarse una ley por otros cinco años, exponiéndose el parlamento nuevamente ante la opinión pública por intentar prorrogar la vigencia de una ley que según la interpretación judicial viola la constitución. Quizás todo

---

<sup>62</sup> Sobre el punto, véase Goldsworthy, “Judicial Review, Legislative Override, and Democracy”, cit., pp. 467 y ss., quien sugiere una redacción distinta que especifique que los tribunales deberán interpretar los derechos en el sentido fijado en la ley.

<sup>63</sup> Sobre el punto, véase el capítulo 4, apartado 2, epígrafe a).

<sup>64</sup> El establecimiento de este plazo no es arbitrario, ya que obedece a la finalidad de que una legislatura distinta sea la que se encargue de la prórroga de la ley.

esto logre disuadir a los legisladores, quienes finalmente opten por concentrar sus energías en otras iniciativas, habida cuenta el hecho de que en política las opciones deben ser administradas en función a sus costos, y que la concentración de energías en determinadas políticas normalmente va en detrimento de otras<sup>65</sup>.

Otro argumento, enfatizado sobre todo por Tushnet en varios artículos dedicados al estudio de los modelos débiles, plantea como hipótesis la posibilidad de que la falta de respuesta legislativa se deba más bien a la *incapacidad* política de brindar una respuesta a la decisión judicial en cuestión que al asentimiento voluntario del legislativo. El argumento tiene que ver, al menos en parte, con ciertos rasgos estructurales de los procesos legislativos, los cuales indican que una iniciativa legislativa puede no llegar a prosperar no tanto en razón de que la mayoría acabe aceptando la interpretación judicial, sino mediante el ejercicio de una suerte de “veto” de ciertos grupos minoritarios ubicados estratégicamente y que pueden aparecer en el curso de un proceso legislativo para disuadir o hacer más difícil que ciertas mayorías puedan llevar a cabo sus objetivos. Estos sitios de veto pueden hallarse, siempre según Tushnet, tanto en sistemas presidencialistas (comisiones legislativas, veto del presidente, etc.), como también en los sistemas parlamentarios, como el canadiense. En este último caso, el fenómeno se daría, por ejemplo, al existir mayorías que en realidad son coaliciones de diversos grupos, cuando el gobierno considera que el costo político imponer la disciplina de bloque a los diversos grupos puede llegar a producir un desgaste político, obstaculizando el apoyo hacia otras iniciativas legislativas que el gobierno también desea ver prosperar y para la cual también debe asegurarse el apoyo de todos los grupos<sup>66</sup>. A todo esto podría replicarse que uno de los propósitos del control judicial en un sistema débil es justamente el de establecer un costo político que consista en obligar a la mayoría de gobierno a

---

<sup>65</sup> El hecho de que la cláusula “notwithstanding” se extienda únicamente a ciertos grupos de derechos también puede reflejar un defecto en la concepción general del modelo (salvo que se intente argumentar que ciertos derechos constitucionales gozan de primacía sobre otros).

<sup>66</sup> M. Tushnet, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy- Based Worries”, 38 *Wake Forest Law Review* 813 (2003), pp. 832 y ss. Las razones por lo que esto podría llegar a ocurrir son variadas. Por ejemplo, una minoría que integra la mayoría modifica la intensidad de sus preferencias como respuesta a la decisión judicial. O bien, puede darse el caso de que el transcurso del tiempo no modifique las preferencias de la mayoría legislativa pero sí la prioridad que ésta le asigna en balance con otras cuestiones políticas pendientes, etc. Véase además Tushnet, “Policy Distortion and Democratic Debilitation...”, cit., pp. 293-4.

invertir un esfuerzo adicional en una medida que pueda vulnerar los derechos. Pero lo que este argumento sugiere más bien es que se imponen además *otros* costos adicionales, no inherentes a la teoría del control judicial débil sino a la estructura de los procesos legislativos, por lo cual el problema pasa muchas veces inadvertido en los debates sobre la justificación del modelo<sup>67</sup>. Está claro además que las situaciones concretas en las que podría suscitarse una situación de este tipo deberían evaluarse en cada caso de acuerdo a sus consecuencias sobre los derechos. Sin embargo, lo que aquí me interesa destacar es más bien que esta hipótesis arroja algunas dudas sobre la explicación según la cual la falta de respuesta se deba siempre a un asentimiento del legislador. La palabra más adecuada para describir situaciones como éstas sería la de “resignación”, y en este caso, ello podría tener un efecto deslegitimador sobre las razones del desuetudo en el que ha caído el mecanismo “notwithstanding”.

Otros estudios señalan aún que los funcionarios públicos encargados de elaborar proyectos de leyes pueden ejercer una suerte de “deferencia anticipada”. Esta actitud resultaría motivada por una suerte de aversión al riesgo que el funcionamiento del sistema tiende a generar. En este sentido, los funcionarios encargados de redactar las propuestas legislativas intentan de antemano dar con fórmulas para evitar que la ley pueda llegar a ser eficazmente impugnada, algo que en la práctica se denomina “Charter proofing”, y para lo cual normalmente reciben asesoramiento en derecho constitucional para asegurar la constitucionalidad de los proyectos. De este modo, se pretende blindar de antemano una propuesta legislativa a fin de que la misma no resulte invalidada por los tribunales una vez que ésta entre en vigor. Según esta explicación, los gobiernos parlamentarios desean evitar, dados los costos políticos, el tener que ser expuestos a una invalidación judicial, aún cuando tengan disponible el “override”. Al ser esto así, se someten propuestas legislativas que tienen buenas probabilidades de ser aceptadas por los tribunales de conformidad a las interpretaciones en vigor. El problema con esta práctica es que no favorece la presentación de proyectos que podrían resultar más controvertidos desde el punto de vista de la óptica judicial, aunque siempre dentro del ámbito de lo razonable, y que empujen a los tribunales hacia los límites de las interpretaciones

---

<sup>67</sup> Tushnet, “New Forms of Judicial Review...”, cit., p. 832.

vigentes<sup>68</sup>. (Dicho sea de paso, esto constituye además una razón adicional que demuestra las limitaciones de la teoría del diálogo interinstitucional, ya que si las propuestas legislativas están siempre a tono con las interpretaciones vigentes, el diálogo parece perder relevancia). Si el sistema realmente funciona de esta manera, entonces no parece que el mismo sea capaz recoger cabalmente las divergencias profundas que pueden presentarse en el seno de una sociedad pluralista cuando lo que está en juego es la interpretación de cómo los derechos afectan a una determinada medida legislativa, sino que sólo es capaz de acomodar ciertas concepciones específicas, a saber, la que mantienen los jueces.

Estos son sólo algunos argumentos sobre los defectos estructurales y sobre el entramado de incentivos institucionales que ofrecen los críticos del modelo canadiense. Desde esta perspectiva, los modelos británico y neozelandés aparecen, al menos formalmente, mejor diseñados para evitar por lo menos las objeciones principales al sistema anteriormente comentado. Esto no es casualidad, ya que, dada su fecha posterior, el diseño de estos modelos se realizó previa observación, aprendizaje y adaptación de la experiencia canadiense, la cual constituyó su punto de partida<sup>69</sup>. Bajo los modelos británico y neozelandés se invierte la situación de incentivos que se da en el ámbito canadiense, lo cual puede contribuir a evitar la inercia que se da en este último. En efecto, en los sistemas más débiles los jueces no se hallan autorizados a declarar la invalidez de una ley, ni tampoco a inaplicarla a un caso concreto cuando consideren que la misma vulnera determinados derechos. A los sumo, en el caso británico, pueden únicamente emitir una “declaración de incompatibilidad”, la cual está destinada a llamar la atención al legislador, alertándolo de que quizás haya un problema con la ley en cuestión y su afectación a uno o más derechos. Como vimos, esta declaración autoriza al ministro del gabinete que promovió la ley a emplear un procedimiento rápido [“fast track”] para enmendar la ley, en caso de que considere que la interpretación judicial resulta preferible a la efectuada en sede parlamentaria. De esta forma, al no procederse a la invalidación ni tampoco a la inaplicación de la ley, se evita el riesgo señalado en el sistema canadiense de que, en la práctica y debido en parte a la inercia que propicia el

---

<sup>68</sup> M. Tushnet, “Marbury v. Madison Around the World”, 71 *Tennessee Law Review Association* 251 (2004), p. 268. (El autor se apoya en J. L. Hiebert. Véase Id., nota 72.)

<sup>69</sup> Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, cit., p. 719.

diseño del sistema, sean los tribunales quienes acaben teniendo la última palabra<sup>70</sup>. Conviene señalar además que la declaración de incompatibilidad no debe verse como un mecanismo absolutamente impotente, ya que la finalidad del mismo es la de llamar la atención, tanto de los legisladores como por parte de la opinión pública, sobre lo que los tribunales consideran una eventual violación de derechos, lo cual puede acabar propiciando un debate para airear más detenidamente la cuestión<sup>71</sup>. Es decir, se espera que este mecanismo no resulte inútil sino que genere algún tipo de respuesta política.

La inquietud que este último modelo podría generar es la de si puede brindar una protección adecuada a los derechos. La respuesta a esta inquietud nos lleva hasta el núcleo mismo de esta investigación: quien asuma que tanto el órgano judicial como el legislativo poseen la misma capacidad para alcanzar decisiones correctas, sumado a la apreciación de que los últimos reflejan más adecuadamente la dimensión participativa de la que deben estar revestidos los órganos encargados de la adopción de decisiones colectivas, no tiene ningún motivo para sospechar de la disposición institucional que presenta un modelo de este tipo.

Pero aún a pesar de las apariencias, no debe pensarse que los dos modelos más débiles han sido inmunes a la crítica. Incluso en el caso neozelandés, que como se dijo constituye el más débil de todos ya que no prevé la posibilidad de emitir una declaración incompatibilidad y en el que el control se limita al mandato interpretativo, no han faltado voces críticas que han manifestado su preocupación ante lo que consideran una escalada hacia formas más fuertes de control judicial. Un comentarista ha empleado la sugestiva

---

<sup>70</sup> Cfr., sin embargo, Perry, "Protecting Human Rights in a Democracy...", cit., pp. 671-2: "Because in cases of conflict the transnational system trumps the domestic system - because, that is, a judgment by the European Court of Human Rights that the United Kingdom has violated, or is violating, a Convention right, which judgment Parliament is treaty-bound to respect, takes precedence over a judgment to the contrary by a UK court - perhaps we should say that the overall legal system in the United Kingdom is, with respect to Convention rights, one of judicial ultimacy". El tema es sin duda relevante. Sin embargo, por razones de una adecuada delimitación de mi objeto de estudio, no aludiré aquí a los problemas que se generan por la inserción del Reino Unido en el sistema europeo de derechos humanos, conforme a lo dicho en el capítulo 1, apartado 2.

<sup>71</sup> Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", cit., p. 738. En el caso británico, puede decirse que se parte en dos la función de control: por un lado, los tribunales detectan una supuesta infracción; por otro lado, es la legislatura la que se encarga de invalidar la disposición.



metáfora según la cual en este sistema “Clark Kent se ha convertido en Superman”<sup>72</sup>. En lo que hace al sistema inglés, se ha señalado que la emisión reiterada de declaraciones de incompatibilidad sí puede llegar a tener un efecto significativo sobre la voluntad legislativa. Y si esta hipótesis llega a anclarse en la cultura política inglesa determinando una tendencia firme hacia la acogida sistemática de declaraciones de incompatibilidad, ello podría convertir a este sistema formalmente débil en un sistema fuerte *de facto*. (Debe tenerse presente además que no abordo el problema de la inclusión de este último modelo en el sistema europeo de protección de los derechos, lo cual también traería aparejado importantes consecuencias sobre el funcionamiento del modelo inglés.) De cualquier manera, todavía resulta algo apresurado aventurar juicios demasiado genéricos sobre el funcionamiento tanto del sistema británico como neozelandés, por lo que estas consideraciones deben tomarse sólo como especulativas y no concluyentes<sup>73</sup>.

Lo que esta brevísima exposición sugiere es que hay razones para considerar con alguna seriedad la tesis de la inestabilidad que según Tushnet se desprendería del funcionamiento de estos sistemas. Según esta tesis, puede que los sistemas débiles de justicia constitucional resulten inestables, mostrando una tendencia a escalar hacia formas más fuertes de control judicial, con lo cual, en la práctica, los beneficios teóricos que se

---

<sup>72</sup> Véase J. Allan, “Turning Clark Kent into Superman: The New Zealand *Bill of Rights Act 1990*” 9 *Otago Law Review* 613 (2000); y del mismo autor, “The Effect of a Statutory Bill of Rights Act Where Parliament is Sovereign: The Lesson from New Zealand”, en T. Campbell, K. D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001; así como “Take a Heed Australia – A Statutory Bill of Rights and Its Inflationary Effect”, disponible en <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2001/7.html#fnB35>.

<sup>73</sup> Para el Reino Unido, véase I. Leigh, “The UK’s Human Rights Act 1998: An Early Assessment”, en G. Huscroft y P. Rishworth, *Litigating Rights. Perspectives from Domestic and International Law*, Hart, Oxford/Portland, 2002; o bien, J. L. Hiebert, “Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?”, 4 *I. CON.* 1 (2006); así como, de la misma autora, “New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?”, 82 *Texas Law Review* 1963 (2004). De cualquier manera, dada la rápida proliferación de literatura emergente es difícil ofrecer una guía adecuada. Fuera de los tres sistemas abordados en este capítulo, un caso que merece mención por hallarse comprendido dentro de los países del “Commonwealth” es Australia, quizás la única democracia desarrollada que carece de un catálogo de derechos. Sin embargo, Australia cuenta con una constitución escrita que regula cuestiones estructurales u orgánicas. Como ya se ha visto en el capítulo 1, basándose en estas disposiciones, los tribunales han pretendido derivar de las mismas algunos derechos fundamentales de carácter sustantivo para invalidar leyes. Así, en el ya famoso caso *Australian Capital Television v. Commonwealth*, 177 CLR 106 (1992), se derivó un principio de libertad de expresión política del compromiso de la constitución hacia una estructura democrática, el cual fue empleado para invalidar una ley que pretendía regular ciertos aspectos relativos a las campañas electorales. (Véase la nota respectiva del capítulo 1.)

predican de los modelos fuertes quizás no podrían volverse operativos<sup>74</sup>. En consecuencia, la “promesa según la cual el control judicial débil puede en la práctica reducir sustancialmente las preocupaciones democráticas en torno al control judicial...pueden no resultar satisfechas”<sup>75</sup>.

## 5. UNA CONCLUSIÓN AMBIGUA

Es probable que este capítulo, de carácter más bien explorador y tentativo que concluyente y exhaustivo, deje más cuestiones abiertas que resueltas. Por ejemplo, una vez que admitimos que los sistemas débiles no caen bajo el ámbito de la crítica, ello parece reintroducir algunos problemas que aquejan por igual a los modelos fuertes. Veamos dos de éstos. En un sistema de justicia constitucional fuerte, en el que no existe otra manera de mitigar el enorme poder conferido a los jueces, como es el caso norteamericano, es normal que las teorías de la interpretación ocupen una buena parte del debate sobre la justificación de la institución, conforme vimos en el capítulo introductorio. El problema se centra en qué tipo de interpretación sería aceptable que un órgano con semejante poder adopte. Como se ha visto, quien que parta de las inquietudes participativas que se asumen en esta investigación probablemente preferirá, en el contexto de un sistema fuerte, una teoría deferente y minimalista, por más complicado que resulte llevar este tipo de teorías a la práctica (como lo demuestra el análisis de la teoría de Ferreres). Sin embargo, bajo un modelo débil de justicia constitucional, ¿cabría deducir la misma conclusión? Michael Perry ha dicho que en “cualquier caso, en un sistema de

---

<sup>74</sup> El autor también explora la posibilidad opuesta de que estos sistemas se conviertan en la práctica en sistemas plenos de soberanía parlamentaria, extremo éste que no será abordado aquí. (Véanse las referencias en la nota siguiente.)

<sup>75</sup> Tushnet, “New Forms of Judicial Review and the Persistence...”, cit., p. 815, y también en “Marbury v. Madison Around the World”, cit., p. 267: “I have become skeptical about the claims made on behalf of weak-form systems of review, largely because such systems seem to me to degenerate into strong-form systems”. Cabe añadir que, en el primero de estos trabajos, Tushnet no considera en detalle, por falta precisamente de una experiencia de funcionamiento más dilatada, los casos británico y neozelandés. El autor sí aborda paralelamente una forma de justicia constitucional débil, que estaría dado por el “experimentalismo democrático” propiciado por autores como Dorf y Sabel. No exploro este extremo aquí en razón de que no los considero como un modelo débil de justicia constitucional propiamente hablando, sino como una estrategia interpretativa cercana al minimalismo o a la deferencia.

instancia judicial penúltima [lo que aquí llamamos “sistema débil] ...que funcione de modo adecuado, casi no hay si es que hay necesidad de emplear una deferencia de estilo Thayeriana”<sup>76</sup>. La razón por la que Perry opta en su lugar por que los tribunales eviten la deferencia tiene que ver con la finalidad de promover el diálogo institucional que él considera viable. Habida cuenta este dilema, ¿cuál es, entonces, la actitud que deben asumir los jueces constitucionales en un sistema débil? ¿Deben ser “deferentes” o “activistas”?

Para responder adecuadamente a esta pregunta, quizás habría que realizar una distinción basada en cuanto se ha expuesto en este capítulo. Si el sistema débil de justicia constitucional en vigor se vuelve fuerte en la práctica, en este caso la práctica del control judicial debería ser deferente; en caso contrario, la justicia constitucional podría actuar de manera más agresiva siempre y cuando ello no genere efectos colaterales negativos sobre el sistema en su conjunto. El cómo se materializaría esta intervención activa es algo a lo que una adecuada teoría de la interpretación constitucional debería poder responder. En consecuencia, para el estudioso queda cuando menos el consuelo de saber que, incluso después de la crítica, los sistemas débiles parecen dejar un hueco para aquella fascinante rama del saber constitucional a la que los norteamericanos denominan con la expresión “teoría constitucional”<sup>77</sup>.

Una segunda cuestión que ha quedado abierta tiene que ver con el problema de la juridificación del discurso sobre los derechos fundamentales que se discutió en el capítulo 3<sup>78</sup>. En dicho lugar dejé entrever que el discurso técnico-legal quizás no sea el más adecuado para abordar cuestiones de moralidad política como lo son aquellas en las que aparecen involucrados los derechos fundamentales. Insinué además que este discurso puede contribuir a empobrecer el debate sobre los derechos, y en consecuencia, a hacer más difícil la empresa de hallar soluciones adecuadas a problemas sobre los derechos. Sin embargo, una vez que introducimos en un sistema político una instancia de justicia constitucional, por débil que la misma sea, la consecuencia inevitable será la de producir,

---

<sup>76</sup> Perry, “Protecting Human Rights in a Democracy...”, cit., p. 686

<sup>77</sup> En el mismo sentido, alegando que en los sistemas débiles el debate sobre activismo o el “restraint” no se cancela, M. Tushnet, “Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World”, 52 *University of Toronto Law Journal* 89 (2002).

<sup>78</sup> Véase el Capítulo 3, apartado 3, epígrafe a).

al menos en un cierto grado, la juridificación del discurso sobre los derechos. A fin de cuentas, ¿qué otro tipo de discurso puede exigirse de un órgano jurisdiccional? Por eso me parece que, a diferencia de Tushnet, Waldron admite con demasiada rapidez la falta de problematicidad de los ciertos sistemas débiles, y en este sentido, puede que no sea del todo consecuente con sus propias premisas<sup>79</sup>. Por otro lado, este argumento sugiere que en la medida en que la juridificación del discurso pueda ser un obstáculo para la instrumentalidad del sistema en su conjunto, quizás nos estemos quedando cortos en esta investigación y deberíamos abrir la imaginación hacia formas no judiciales de control constitucional<sup>80</sup>, siempre y cuando consideremos que alguna forma débil de control pueda en efecto realizar una contribución valiosa al sistema político de una sociedad bien ordenada.

Más allá de las cuestiones que han podido quedar abiertas, creo que las consideraciones vertidas a lo largo de este capítulo por lo menos permiten extraer algunas conclusiones importantes. En primer lugar, algunas justificaciones contemporáneas del control judicial que resultan problemáticas bajo un modelo fuerte parecen hallar un encaje más natural si se las concibe como justificaciones de modelos débiles de justicia constitucional. Tal es el caso, por ejemplo, de las teorías de Ferreres y de Prieto Sanchís. Todo ello contribuye dar sustento a la crítica que en esta investigación he presentado, la cual se dirige contra los modelos fuertes de justicia constitucional.

Los modelos débiles no caen, al menos *prima facie*, bajo el ámbito de la crítica de esta investigación en razón de que, al menos formalmente, otorgan la última palabra a la legislatura (caso canadiense), o bien, no otorgan la facultad de inaplicar las leyes que se consideren contrarias al catálogo de derechos (casos del Reino Unido y Nueva Zelanda), con lo cual producen el mismo efecto de dejar la última palabra en manos del legislador. De este modo, a diferencia de los modelos fuertes, no parecen violentar los criterios de

---

<sup>79</sup> Sobre la posición de Waldron, véase “The Core of the Case...”, cit., p. 1370; así como su exposición en Tribe, L. H., Waldron, J., Tushnet M., (debate), “On Judicial Review”, *Dissent*, summer (2005). Para un análisis crítico de la juridificación del discurso sobre los derechos en Canadá, véase, por ejemplo, J. L. Hiebert, “Parliament and Rights”, en Campbell, Goldsworthy y Stone (eds.), *Protecting Human Rights...*, cit.

<sup>80</sup> Para una propuesta interesante de diseño institucional, véase C. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Constitutional Review*, capítulo 6.

legitimidad procedimental e instrumental que debería revestir un procedimiento para la adopción de decisiones en materia de derechos.

Aún así, cabe ser cautos con relación a admitir que los sistemas débiles han logrado eliminar completamente las preocupaciones “democráticas” sobre la institución del control judicial. Si la hipótesis de Tushnet y otros autores sobre la inestabilidad de los sistemas débiles y su proclividad a escalar hacia formas más fuertes de control es verdadera, entonces resulta claro que dichas preocupaciones podrían llegar a persistir. El caso canadiense parece corroborar precisamente esta hipótesis, aunque su funcionamiento tal vez se deba a un diseño defectuoso del mecanismo “notwithstanding”, que quizás podría correr una suerte distinta en caso de que sus deficiencias sean corregidas. La experiencia dirá en algunos años cuál ha sido el resultado de los demás sistemas débiles discutidos en este capítulo (el neozelandés y del Reino Unido), aunque al menos a primera vista parecen estar mejor diseñados formal e institucionalmente para no caer en la inercia del sistema canadiense. Puede decirse entonces que, en balance, los sistemas débiles se sustraen en principio a la crítica, pero en la medida en que tiendan a degenerar hacia formas fuertes de control judicial, los mismos podrían muy bien volverse problemáticos sobre la base de las mismas objeciones tradicionales esgrimidas en contra de los modelos fuertes.

Para concluir, cabe señalar que en esta investigación ha quedado abierta la cuestión acerca del modelo europeo de justicia constitucional y su relación con la crítica presentada en esta investigación. Hay razones para suponer que, al menos *prima facie*, dicho modelo sería pasible de la crítica, ya que se trata de un diseño institucional en el que se otorga la última palabra en materia de derechos fundamentales a un órgano de naturaleza jurisdiccional. Por otro lado, y aunque el modelo se haya alejado bastante de las prescripciones de su creador (Kelsen), no es menos cierto que retiene en buena medida muchos de los geniales dispositivos del jurista vienés, que contribuyen en buena medida a mitigar las objeciones democráticas que puedan hacerse, sobre todo cuando se lo confronta con el modelo norteamericano<sup>81</sup>. En efecto, un autor ha podido afirmar que

---

<sup>81</sup> Como señala M. Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Civitas, Navarra, 2005, p. 257, figuras como Lambert y Kelsen, teniendo como “antimodelo” al sistema norteamericano, intentaron dotar al control judicial en Europa de una fundamentación más democrática.

bajo el modelo europeo, “las tensiones entre democracia y legalidad que Waldron señala en su obra no están dibujadas de manera tan clara”<sup>82</sup>, y otro tanto han hecho otros críticos de la institución en el ámbito norteamericano<sup>83</sup>. Sin embargo, y a pesar de esto, a mi criterio quienes se dedican al estudio del derecho constitucional bajo este modelo quizás deban prestar una mayor atención e incluir en su agenda teórica la tarea de afrontar más abiertamente el problema de cómo justificar adecuadamente el hecho de que se haya producido un alejamiento de la prescripción original de Kelsen. Me refiero específicamente a la prescripción de no emplear como parámetro de enjuiciamiento las disposiciones como las que consagran derechos fundamentales, lo cual otorgaría a los órganos de la justicia constitucional un poder “simplemente insoportable”<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> J. Ferejohn, “Constitutional Review in the Global Context”, 6 *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 49 (2002), pp. 58-9. Ya hemos visto que Waldron tiene muy poco que decir al respecto.

<sup>83</sup> L. D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford, 2004, pp. 250-1, evalúa favorablemente el modelo europeo por su capacidad de reducir las “presiones” que produce un sistema de supremacía judicial, y hasta llega a sugerir una enmienda a la Constitución de los EE.UU. que incorpore algunas de las mejoras del modelo europeo de justicia constitucional.

<sup>84</sup> H. Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en del mismo autor, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 143. Como es sabido, la concepción de Kelsen del control constitucional dependía de un concepto de constitución predominantemente orgánica, reguladora de la vida interna del Estado, y no tenía una intención de ser aplicado al ámbito de los derechos fundamentales. (Para una excelente exposición, véase, Prieto, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit.) Sin embargo, el paradigma ha evolucionado, pues si bien en sus inicios el tema de la protección de los derechos fundamentales contra la ley por parte de la justicia constitucional no pasó de ser considerado en Europa como una “especialidad americana”, dicha protección hoy día “se ha convertido en uno de los componentes del Derecho público común europeo”. (J. Rivero, “A modo de síntesis”, en AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 664 y 667, respectivamente.) Independientemente a esto, lo cierto es que en España algunos constitucionalistas ya habrían comenzado a llamar la atención sobre el problema. A parte de la bibliografía ya citada a lo largo de este trabajo, J. L. Cascajo, “Constitución e interpretación constitucional”, 138 *Claves de razón práctica* 18 (2003), p. 18, ha expresado recientemente una postura escéptica con elocuencia: “Lamento enfriar los ánimos y las expectativas de otros tiempos si me inclino a pensar que la justicia constitucional no debe ser considerada como el paradigma último del saber jurídico, ni como el punto alfa y omega de todo el ordenamiento. No pretendo con ello restar méritos al carácter innovador, a veces realmente brillante, de la jurisprudencia constitucional en materia de ordenación del sistema de fuentes o de distribución de competencias entre diversos entes públicos territoriales o de garantía de derechos y libertades. Pero tampoco es de recibo contribuir a la euforia judicialista de tanto jurista oblató que sólo entiende la naturaleza y el carácter de la Constitución reducido al enfoque meramente procesalista y forense de la misma...Quizá no haya que olvidar, como se ha dicho con acierto, que a los juristas nos gusta pensar en los tribunales con cierto romanticismo e imaginarlos inmunes a cualquier influencia, aunque lo cierto es que no dejan de estar sometidos a limitaciones de tipo político...Sería una banalidad insistir, a fecha de hoy, en la mutilación que supone la consideración de un derecho constitucional indiferente a su alto voltaje

---

político. Pero quizá falte hacer un alto en el camino, sobre todo después de esta deslumbrante marcha triunfal de la jurisdicción constitucional, que ha representado un capítulo brillante y denso de la teoría y práctica constitucional”.





## CONCLUSIÓN

Las conclusiones que se desprenden de esta investigación pueden sintetizarse de la siguiente manera. Una vez que constatamos que el control judicial no posee ninguna cualidad intrínseca que lo predisponga hacia la causa de los derechos, podemos intentar evaluar la institución desde una perspectiva más objetiva (capítulo introductorio). Este análisis debe partir de la constatación de las condiciones de pluralismo razonable en las que se desenvuelven las sociedades bien ordenadas contemporáneas, el cual es extensivo al modo en el que los ciudadanos de estas sociedades conciben la existencia, el contenido concreto, el alcance, y la manera en la que los derechos fundamentales habrán de aplicarse a circunstancias concretas. Este rasgo que caracteriza a dichas sociedades y en función al cual prevalece el desacuerdo, hace surgir la pregunta acerca de qué procedimientos deberían ser empleados para la adopción definitiva de estas decisiones (capítulo 1).

El procedimiento de toma de decisiones por medio de una asamblea legislativa refleja mejor los ideales de la participación en igualdad de condiciones (capítulo 2). Sin embargo, a la hora de evaluar un determinado diseño institucional, debemos tomar en cuenta además la capacidad instrumental que revisten las instituciones para proteger los derechos de manera más o menos adecuada. En este sentido, el control judicial adolece de algunas limitaciones institucionales importantes, en tanto que el procedimiento legislativo tendría algunas virtudes de las que carece aquel. De todas maneras, lo cierto es que, en definitiva, no parece que pueda demostrarse de manera inequívoca la superioridad de un procedimiento sobre el otro (capítulo 3). En consecuencia, si realizamos un balance entre ambos tipos de consideraciones, el procedimiento de toma de decisiones por medio de una asamblea legislativa resultaría superior en términos globales.

## CONCLUSIÓN

Éste es el núcleo de la crítica al control judicial de la ley que se ha planteado en este trabajo.

El dejar la decisión final sobre los derechos en mano de una asamblea legislativa no entraña ninguna contradicción lógica o pragmática ni tampoco implica poner en entredicho el rol y la función que los derechos están llamados a desempeñar en el discurso político y moral. Tampoco debería suponer una situación de menoscabo para la defensa y protección adecuada de los derechos y libertades fundamentales, lo cual al parecer resulta corroborado por la experiencia de algunos sistemas políticos, como el estadounidense. Por lo demás, en las situaciones patológicas que afectan a determinados sistemas políticos, no parece que el control judicial pueda en efecto realizar alguna contribución significativa para mejorar dichas disfunciones (capítulo 4).

Ni siquiera el valor que se asigna a la participación en esta investigación parece aconsejar que los derechos asociados a la participación deban ser removidos del proceso político ordinario para ser asignado a un órgano jurisdiccional, pues en este ámbito también están presentes, y no en menor medida, las circunstancias del desacuerdo. Además, los ciudadanos deberían poder ejercer el derecho a participar para decidir sobre las condiciones mismas de la participación y, en general, sobre el modo de articular su propio sistema de gobierno democrático. Por último, tampoco parece que pueda establecerse en este ámbito una nítida superioridad instrumental con relación a ninguno de los procedimientos en juego (capítulo 5).

Al no otorgar la última palabra a los órganos jurisdiccionales, los sistemas débiles de control judicial parecen sustraerse a la crítica genérica en contra del empleo de esta institución como procedimiento para la adopción final de decisiones en materia de derechos. Sin embargo, en la medida en que dichos sistemas puedan desembocar, de hecho, en formas cercanas a un modelo de supremacía judicial, entonces la objeción democrática podría llegar a persistir incluso en estos casos (capítulo 6).

En conclusión, en el contexto de las sociedades bien ordenadas, las asambleas legislativas deberían tener la última palabra en las decisiones sobre el reconocimiento, el contenido, o el alcance que habrán de tener los derechos fundamentales, en razón de que reflejan de manera más adecuada valores participativos, y en atención a que poseen algunos rasgos institucionales que los hacen, cuando menos, no inferiores que los órganos jurisdiccionales en términos comparativos. En el ámbito de los derechos fundamentales,

## CONCLUSIÓN

y sin necesariamente poner en entredicho la existencia de alguna forma débil de control judicial que permita el reenvío al legislativo, la doctrina de la supremacía judicial resulta aquejada de serios defectos de legitimidad.



## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “Statement of Law Professors for the Rule of Law”, *New York Times*, 13 January, 2001.
- AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Ackerman, B. A., “¿Un neofederalismo?”, en Elster, J. y Slagstad R. (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Ackerman, B. A., “Beyond *Carolene Products*”, 98 *Harvard Law Review* 713 (1984).
- Ackerman, B. A., “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, 93 *Yale Law Journal* 1013 (1984).
- Ackerman, B., *We the People: Foundations*, Harvard, Cambridge, 1991.
- Ackerman, B. y Rosenkrantz, C. F., “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Ahumada Ruiz, M. A., “La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional”, 58 *Revista Española de Derecho Constitucional* 155 (2000).
- Ahumada, M., *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Civitas, Navarra, 2005.
- Aja, E. (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aja, E., "Prólogo", en la edición del mismo autor, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.
- Aleinikoff, T. A., "Constitutional Law in the Age of Balancing", 96 *Yale Law Journal* 943 (1987).
- Alexander, L. y Schauer, F., "Defending Judicial Supremacy: A Reply", 17 *Constitutional Commentary* 455 (2000).
- Alexander, L. y Schauer, F., "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", 110 *Harvard Law Review* 1359 (1997).
- Alexander, L. y Solum, L. B., "Popular? Constitutionalism?", 118 *Harvard Law Review* 1594 (2005)
- Alexander, L., "Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights", 17 *Law and Philosophy* 19 (1998).
- Alexander, L., "Constitutionalism", en Golding, M. P., y Edmundson, W. A., (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005.
- Alexander, L., "Is Judicial Review Democratic? A Comment on Harel", 22 *Law and Philosophy* 277 (2003).
- Alexander, L., "What is the Problem of Judicial Review?" (manuscrito en poder del autor).
- Alexy, R., "Balancing, Constitutional Review, and Representation", 3 *I. Con.* 572 (2005).
- Alexy, R., "Derechos individuales y bienes colectivos", en del mismo autor, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 1997.
- Alexy, R., "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", 66 *Revista Española de Derecho Constitucional* 13 (2002).
- Alexy, R., "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 1997.
- Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

## BIBLIOGRAFÍA

- Allan, J., "A Defense of the *Status Quo*", en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford, 2003.
- Allan, J., "Bills of Rights and Judicial Power – A Liberal's Quandary", 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 337 (1996).
- Allan, J., "The Effect of a Statutory Bill of Rights Act Where Parliament is Sovereign: The Lesson from New Zealand", en Campbell, T., Ewing, K. D. y Tomkins, A. (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001.
- Allan, J., "Take a Heed Australia – A Statutory Bill of Rights and Its Inflationary Effect", disponible en:  
<http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2001/7.html#fnB35>.
- Allan, J., "Turning Clark Kent into Superman: The New Zealand *Bill of Rights Act 1990*" 9 *Otago Law Review* 613 (2000).
- Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Amar, A. R., "Rethinking Originalism. Original Intent for Liberals (and for Conservatives and Moderates too)" (2005), disponible en <http://www.slate.com/id/2126680/>.
- Aragón Reyes, M., "Constitución y derechos fundamentales", en su compilación *Estudios de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Aragón Reyes, M., *Estudios de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Arneson, R., "Democracy is not Intrinsically Just", en Dowding, K., Goodin, R. E. y Pateman, C. (eds.), *Justice and Democracy*, Cambridge, Cambridge, 2004.
- Arthur, J., "Judicial Review, democracy and the special competency of judges", en Bellamy, R. (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Ashgate, Aldershot/Brookfield, 1996.
- Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Atiyah, P. S. y Summers, R. S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon, Oxford, 1987.
- Atria, F., "El derecho y la contingencia de lo político", 26 *Doxa* 319 (2003).

## BIBLIOGRAFÍA

- Bailyn, B., *The Ideological Origins of the American Revolution*, Belknap, Cambridge, 1967.
- Balkin, J. M. y Levinson, S., "Understanding the Constitutional Revolution", 87 *Virginia Law Review* 1045 (2001).
- Barber, B., "Democracia fuerte", en R. del Águila *et al.*, *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998. (Barber, B., *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, University of California, Berkeley, 1984.)
- Barber, B., "Have Rights Gone Wrong? The Reconstruction of Rights", en su compilación *A Passion for Democracy*, Princeton, Princeton, 1998.
- Barber, B., "The Rights of We the People are All the Rights There Are", en la compilación del mismo autor, *A Passion for Democracy*, Princeton, Princeton, 1998.
- Barber, B., *A Passion for Democracy*, Princeton, Princeton, 1998.
- Barendt, E., *An Introduction to Constitutional Law*, Clarendon, Oxford, 1998.
- Barry, B., "Is Democracy Special?", en Christiano, T., *Democracy and Philosophy. An Anthology*, Oxford, Oxford, 2003.
- Barry, N., *An Introduction to Modern Political Theory*, 4a edic., MacMillan, London, 2000.
- Bauman, R.W. y Kahana, T. (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006.
- Bayón, J. C., "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Betegón, J., *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Bayón, J. C., "Derechos, democracia y Constitución", en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Bayón, J. C., "El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, 1er cuatrimestre (1985).
- Beitz, C., *Political Equality. An Essay in Democratic Theory*, Princeton, Princeton, 1989.
- Bellamy, R. (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Ashgate, Aldershot/Brookfield, 1996.
- Bellamy, R. (ed.), *Theories and concepts of politics. An introduction*, Manchester, Manchester/New York, 1993.



## BIBLIOGRAFÍA

- Bellamy, R., "Citizenship and Rights", en Bellamy, R. (ed.), *Theories and concepts of politics. An introduction*, Manchester, Manchester/New York, 1993.
- Bellamy, R., "Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights: Republican Reflections on the EU Charter and the Human Rights Act", en Campbell, T., Ewing, K. D., y Tomkins, A., (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001.
- Bellamy, R., "Introduction: Constitutionalism and Democracy" (versión en manuscrito en poder del autor). (Véase Bellamy, R. (ed.), *Constitutionalism and Democracy*, Ashgate, 2006.)
- Bellamy, R., "The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy", *Political Studies* (1996), XLIV, 436-456.
- Bellamy, R. y Castiglione, D., "Constitutionalism and Democracy: Political Theory and the American Constitution", *27 British Journal of Political Science* (1997).
- Belsky, M. H. (ed.), *The Rehnquist Court. A Retrospective*, Oxford, Oxford, 2002.
- Beltrán de Felipe, M., *Originalismo e interpretación: Dworkin v. Bork, una polémica constitucional*, Civitas, Madrid, 1989.
- Benda, E., et al., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001.
- Bentham, J., "Anarchical Fallacies", en Waldron, J. (ed.), '*Nonsense Upon Stilts*': *Bentham, Burke, and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London, 1987.
- Bernal, C., "Estructura y límites de la ponderación", *26 Doxa* 225 (2003).
- Besson, S. y Martí, J. L., *Deliberative Democracy and Its Discontents, National and Post-national Challenges*, Ashgate, Burlington/Hampshire, 2006.
- Betegón, J., et al., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., 1986. (Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962.)
- Bix, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, Clarendon, Oxford, 2003.
- Bobbio, N., "Democracia representativa y democracia directa", en la compilación del mismo autor, *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985.
- Bobbio, N., *Crisis de la democracia*, Ariel, Barcelona, 1985.
- Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, N., *El Tiempo de los Derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- Bobbio, N., *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003.
- Bobbit, P., “Constitutional Law and Interpretation”, en Patterson, D. (ed.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996.
- Böckenförde, E. W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993.
- Bork, R. H., *Slouching Towards Gommorah. Modern Liberalism and American Decline*, Regan, New York, 1996.
- Bork, R. H., *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, New York, 1990.
- Brest, P., “The Substance of Process”, 42 *Ohio State Law Journal* 131 (1981).
- Brettschneider, C., “Balancing Procedures and Outcomes Within Democratic Theory: Core Values and Judicial Review”, 53 *Political Studies* 423 (2005).
- Brison, S. J. y Sinnott-Armstrong, W. (eds.), *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview, Boulder/San Francisco/Oxford, 1993.
- Calabresi, S. G., “Textualism and the Countermajoritarian Difficulty”, 66 *George Washington Law Review* 1373 (1998).
- Calabresi, S. G., “Thayer’s Clear Mistake”, 88 *Northwestern University Law Review* 269 (1993).
- Calsamiglia, A., “Constitucionalismo y democracia”, en Hongju Koh, H. y Slye, R. C. (eds.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Campbell, T., “Human Rights: A Culture of Controversy”, en su compilación *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Cavendish, London/Portland, 2004.
- Campbell, T., “Judicial Activism: Justice or Treason”, en la compilación del mismo autor, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Cavendish, London/Portland, 2004.
- Campbell, T., *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Cavendish, London/Portland, 2004.
- Campbell, T., Ewing, K. D., y Tomkins, A., (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001.
- Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford, 2003.

## BIBLIOGRAFÍA

- Campbell, T., Goldsworthy, J., y Stone, A., "Introduction", en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford, 2003.
- Cappelletti M. y Cohen, W. *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, The Bobbs-Merrill Co., Indianapolis, 1979.
- Cappelletti, M., "El 'formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 13 (1980).
- Cappelletti, M., "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", en AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Carbonell, M. (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa, UNAM, México, 2000.
- Carrió, G. R., "Una defensa condicionada de la *judicial review*", en AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973.
- Casanovas, P. y Moreso, J. J. (eds.) *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994.
- Cascajo Castro, J. L. y García Álvarez, "Estudio introductorio", en la compilación de los mismos, *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- Cascajo Castro, J. L., "Constitución e interpretación constitucional", 138 *Claves de Razón Práctica* 18 (2003).
- Cascajo Castro, J. L., "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199 (1975).
- Cerezo Galán, P. (ed.), *Democracia y virtudes cívicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- Chemerinsky, E., "In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer", 92 *California Law Review* 1013 (2004).
- Chemerinsky, E., "The Supreme Court 1988 Term Foreword: The Vanishing Constitution", 103 *Harvard Law Review* 43 (1989).
- Christiano, T., "Waldron on Law and Disagreement", *Law and Philosophy* 19: 513-543 (2000).

## BIBLIOGRAFÍA

- Christiano, T., *Philosophy and Democracy. An Antology*, Oxford, Oxford, 2003.
- Collin, R. K. L., & Skover, D. M., "The Future of Liberal Legal Scholarship", 87 *Michigan Law Review* 189 (1988).
- Commanducci, P., "Modelos e interpretación de la Constitución", en Carbonell, M. (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa, UNAM, México, 2000.
- Cross, F. B. y Nelson, B. J., "Strategic Institutional Effects on Supreme Court Decision-Making" 95 *Northwestern University Law Review* 1437 (2001).
- Cruz Villalón, P., "Derechos fundamentales y legislación", en la compilación del mismo autor, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Cruz Villalón, P., "Justicia constitucional y jurisdicción constitucional", en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Cruz Villalón, P., "Nota: Legitimidad de la justicia constitucional y principio de mayoría", en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Cruz Villalón, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- Cunningham, F., *Theories of Democracy: A Critical Introduction*, Routledge, London, 2002.
- Dahl, R. A., "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", 6 *Journal of Public Law* 279 (1957).
- Dahl, R. A., "Procedural Democracy", en Goodin, R. E., y Pettit, P. (eds.), *Contemporary Political Philosophy. An Anthology*, Blackwell, Oxford, 1997.
- Dahl, R. A., "Thinking About Democratic Constitutions: Conclusions from Democratic Experience", en Shapiro I. y Hardin, R. (eds.), *Political Order*, New York, New York/London, 1996.
- Dahl, R. A., *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago, Chicago, 1956.
- Dahl, R. A., *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992.
- Dahl, R., Shapiro, I., y Cheibub, J. A. (eds.), *The Democracy Sourcebook*, MIT, Cambridge/London, 2003.

## BIBLIOGRAFÍA

- De Lora Deltoro, P., *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- De Lora, P., “Justicia constitucional y deferencia al legislador”, en Laporta, F. J., *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003. (De Lora, P., “La posibilidad del constitucional Thayeriano”, 23 *Doxa* 49 (2000)).
- De Lora, P., “Tras el rastro de la ponderación”, 60 *Revista Española de Derecho Constitucional* 359 (2000).
- De Lora, P., “Two Dogmas of Constitutionalism: Constitutional Rights and Judicial Review”, 33 *Rechtstheorie* 381 (2002).
- De Lora, P., *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*, Alianza, Madrid, 2006, pp. 221-2.)
- De Vega García, P., “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100 (1998).
- De Vega García, P., “Prólogo” a Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- Del Águila, R., et al., *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998.
- Dershowitz, A. M., *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, New Haven, 2002.
- Devins, N. y Fisher, L., “Judicial Exclusivity and Political Instability”, 84 *Virginia Law Review* 83 (1998).
- Devins, N. y Fisher, L., *The Democratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2005
- Dorado Porras, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997.
- Dorsen, N., “A Change in Judicial Philosophy?”, *National Law Journal* (1985).
- Dowding, K., Goodin, R. E. y Pateman, C. (eds.), *Justice and Democracy*, Cambridge, Cambridge, 2004.
- Dowding, K., Goodin, R. E., y Pateman, C., “Introduction: Between Justice and Democracy”, en Dowding, K., Goodin, R. E. y Pateman, C. (eds.), *Justice and Democracy*, Cambridge, Cambridge, 2004.
- Duxbury, N., *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford, 1997.

## BIBLIOGRAFÍA

- Dworkin, R. M., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978.
- Dworkin, R., "Equality, Democracy, and Constitution: We The People in Court"; 29 *Alberta Law Review* 324 (1990).
- Dworkin, R., "Rawls and the Law", *Fordham Law Review* 1387 (2004). (Incluido además en R. Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard, Cambridge/London, 2006.)
- Dworkin, R., "Rights as Trumps", en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford, 1984.
- Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Harvard, Cambridge, 1985.
- Dworkin, R., *et al.*, "Philosopher's Brief", disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/bridge/Philosophy/philbrf.txt.htm>.
- Dworkin, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Cambridge, 1996.
- Dworkin, R., *Law's Empire*, Harvard, Cambridge, 1986.
- Dworkin, R., *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Eutanasia and Individual Freedom*, Knopf, New York, 1993.
- Easterbrook, F. H., "What's So Special About Judges?", 61 *University of Colorado Law Review* 773 (1990).
- Edwin R. A. S. y Johnson, A. (eds.), *Encyclopaedia of the Social Sciences*, New York: Macmillan, 1933.
- Eisenberg, M. A., *The Nature of the Common Law*, Harvard, Cambridge, 1988.
- Eisgruber, C. L., "Is the Supreme Court an Educative Institution?", 67 *New York University Law Review* 962 (1992).
- Eisgruber, C. L., *Constitutional Self-Government*, Harvard, Cambridge, London, 2001.
- Ekins, R., "Judicial Supremacy and the Rule of Law" (manuscrito en poder del autor). (Véase Ekins, R., "Judicial Supremacy and the Rule of Law", 119 *The Law Quarterly Review* 127 (2003)).
- Elhauge, E. R., "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?", 101 *Yale Law Journal* 31 (1991).
- Elster, J. (ed.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001. (Elster, J. (ed.), *Deliberative Democracy*, University Press, Cambridge/New York, 1998.)
- Elster, J. y Slagstad, R. (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.

## BIBLIOGRAFÍA

- Elster, J., “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, en la compilación del mismo autor, *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- Elster, J., “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en Shute, S. y Hurley, S. (eds.), *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Trotta, Madrid, 1998.
- Elster, J., “The market and the forum: three varieties of political theory”, en J. Elster y A. Hylland (eds.), *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge, Cambridge, 1986.
- Elster, J., *Solomonic Judgments. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- Elster, J., *Ulises Desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- Elster, J., *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 1979.
- Ely, J. H., “The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*”, 82 *Yale Law Journal* 920 (1973).
- Ely, J. H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo de Hombre/Los Andes, Bogotá, 1997.
- Endicott, T. A. O., *Vagueness in Law and Language*, Oxford, Oxford, 2000.
- Epstein, L. y Knight, J., *The Choices Justices Make*, CQ Press, Washington, 1998.
- Eskridge Jr., W. N., “The Circumstances of Politics and the Application of Statutes”, 100 *Columbia Law Review* 558 (2000).
- Estlund, D., “Jeremy Waldron on *Law and Disagreement*”, 99 *Philosophical Studies* 111 (2000).
- Fabre, C., “The Dignity of Rights”, 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 271 (2000).
- Fabre, C., *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life*, Clarendon, Oxford, 2000.
- Faigman, D. L., “‘Normative Constitutional Fact-Finding’: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation”, 139 *University of Pennsylvania Law Review* 541 (1991).
- Farber, D. A., “Legislative Constitutionalism in a System of Judicial Review”, en Barman, R.W. y Kahana, T. (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006.

## BIBLIOGRAFÍA

- Farber, D. A. y Frickey, P. P., *Law and Public Choice. A Critical Introduction*, University of Chicago, Chicago/London, 1991.
- Ferejohn, J. y Pasquino, P., “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, 82 *Texas Law Review* 1671 (2004).
- Ferejohn, J., “Constitutional Review in the Global Context”, 6 *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 49 (2002).
- Ferrajoli, L., “Derechos fundamentales”, en L. Ferrajoli (A. de Cabo y G. Pisarello, eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2ª edic., Trotta, Madrid, 2005.
- Ferrajoli, L., “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Ferrajoli, L., “Sobre la ‘definición’ de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, 19 *Isonomía* 227 (2003).
- Ferreres Comella, V., “Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional”, 65 (II) *Revista Vasca de Administración Pública* 73 (2003).
- Ferreres Comella, V., “The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism”, 82 *Texas Law Review* 1705 (2004).
- Ferreres Comella, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- Ferreres, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980.
- Fioravanti, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.
- Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, Carlos III-Trotta*, Madrid, 1996.
- Fisher, L., “The Canons of Constitutional Law: Teaching with a Historical-Political Framework”, 17 *Constitutional Commentary* 275 (2000).
- Fishkin, J. S., *Tyranny and Legitimacy: A Critique of Political Theories*, Johns Hopkins, Baltimore/London, 1979.
- Fiss, O., “Between Supremacy and Exclusivity”, en Bauman, R.W. y Kahana, T. (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006



## BIBLIOGRAFÍA

- Fiss, O. M., "The Forms of Justice", 93 *Harvard Law Review* 1 (1979).
- Frankel Paul, E., Miller, Jr., F. D., y Paul, J., *Contemporary Political and Social Philosophy*, Cambridge, Cambridge, 1995.
- Freeman, S., "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", 9 *Law and Philosophy* (1990).
- Friedman, B., "Dialogue and Judicial Review", 91 *Michigan Law Review* 577 (1993).
- Friedman, B., "The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five", 112 *Yale Law Journal* 153 (2002).
- Friedman, B., "The Countermajoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship", 95 *Northwestern University Law Review* 933 (2001).
- Friedman, B., "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction's Political Court" *Georgetown Law Journal* (2002).
- Friedman, B., "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner", *New York University Law Review* 1383 (2001).
- Friedman, B., "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics", *University of Pennsylvania Law Review* 971 (2000).
- Friedman, B., "The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part One: The Road to Judicial Supremacy", 73 *New York University Law Review* 333 (1998).
- Friedman, B., "The Politics of Judicial Review", 84 *Texas Law Review* 287 (2006).
- Fuller, L. L., "The Form and Limits of Adjudication", 92 *Harvard Law Review* 353 (1978).
- García de Enterría, E., *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 1983.
- Gardbaum, S., "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", 49 *American Journal of Comparative Law* 707 (2001).
- Gargarella, R., "Full Representation, Deliberation, and Impartiality", en Elster, J. (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 1998.
- Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Gargarella, R. y Martí, J. L., "La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos", estudio preliminar de J. Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.

## BIBLIOGRAFÍA

- Garzón Valdés, E., "Representación y democracia", 6 *Doxa* 143 (1989).
- George, R. P. (ed.), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton, Princeton, 2000.
- George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon, Oxford, 1996.
- George, R. P., "Individual Rights, Collective Interests, Public Law, and American Politics", 8 *Law and Philosophy* 245 (1989).
- George, R. P., "Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review", en la compilación del mismo autor, *The Clash of Orthodoxies. Law, Religion, and Morality in Crisis*, ISI, Delaware, 2001.
- George, R. P., *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon, Oxford, 1994.
- George, R. P., *The Clash of Orthodoxies. Law, Religion, and Morality in Crisis*, ISI, Delaware, 2001.
- Ginsburg, T., *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, Cambridge, 2003.
- Glendon, M. A., "Abortion and Divorce Law in Western Law", en Tushnet, M. y Jackson, V. C., *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999.
- Glendon, M. A., *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, New York, 1993.
- Golding, M. P., y Edmundson, W. A., (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005.
- Goldsworthy, J., "Judicial Review, Legislative Override, and Democracy", 38 *Wake Forest Law Review* 451 (2003).
- Goldsworthy, J., "Legislation, Interpretation, and Judicial Review", 51 *University of Toronto Law Journal* 75 (2001).
- Goldsworthy, J., "Legislative Sovereignty and the Rule of Law", en Campbell, T., Ewing, K. D., y Tomkins, A., (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001.
- Goldsworthy, J., y Campbell, T., *Legal Interpretation in Democratic States*, Ashgate, Dartmouth, 2002.
- Graber, M. A., "The Law Professor as Populist", 34 *University of Richmond Law Review* 373 (2001).
- Gray, J., "In Theory", *The Nation*, junio (2006), disponible en <http://www.thenation.com/doc/20060605/gray>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Gray, J., *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Paidós, Barcelona, 2001.
- Griffin, S. M., “Has the Hour of Democracy come Round at Last? The New Critique of Judicial Review”, 17 *Constitutional Commentary* 683 (2000).
- Griffin, S. M., “What is Constitutional Theory? The Newer Theory and the Decline of the Learned Tradition”, 62 *Southern California Law Review* 493 (1989).
- Griffin, S. M., *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, Princeton, 1996.
- Griffith, J. A. G., “The Brave New World of Sir John Laws”, 63 *The Modern Law Review* 159 (2000).
- Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa/UNAM, México, 2003.
- Guastini, R., “La constitución como límite a la legislación”, en Carbonell, M. (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa, UNAM, México, 2000.
- Gunther, G. y Sullivan, K. M., *Constitutional Law*, Foundation Press.
- Gutmann, A. y Thompson, D., “Moral Disagreement in a Democracy”, en Frankel Paul, E., Miller, Jr., F. D., y Paul, J., *Contemporary Political and Social Philosophy*, Cambridge, Cambridge, 1995.
- Gutmann, A. y Thompson, D., *Democracy and Disagreement. Why Moral Conflict Cannot Be Avoided in Politics, and What Should Be Done About It*, Harvard, Cambridge, 1996.
- Gutmann, A., “Democracia deliberativa y regla de la mayoría: una réplica a Waldron”, en Hongju Koh, H. y Slye, R. C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Habermas, J., “Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, 29 *Political Theory* 766 (2001).
- Habermas, J., “On Law and Disagreement. Some Comments on ‘Interpretative Pluralism’”, *Ratio Juris* Vol. 16 No. 2 (2003).
- Habermas, J., “Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa”, 43 *Episteme* (1994).
- Habermas, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998/3ª edic., 2001.

## BIBLIOGRAFÍA

- Hand, L., *The Bill of Rights*, Harvard, Cambridge, 1958.
- Hand, L., *The Spirit of Liberty*, Knopf, New York, 1952.
- Hardin, R., *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford, Oxford, 1999.
- Harel, A., "Theories of Rights", en Golding, M. P., y Edmundson, W. A., (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005.
- Hart, H. L. A., "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", en Casanovas, P. y Moreso, J. J. (eds.) *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon, Oxford, 1994.
- Hart, H. M., y Sacks, A. M., *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury, New York, 1994.
- Heise, M., "The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism", *University of Illinois Law Review* 819 (2002).
- Held, D., *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1991.
- Hiebert, J. L., "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", 82 *Texas Law Review* 1963 (2004).
- Hiebert, J. L., "Parliament and Rights", en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford, 2003.
- Hiebert, J. L., "Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?", 4 *I. CON.* 1 (2006).
- Hirschl, R., *Towards Juristocracy. The Origin and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Cambridge, 2004.
- Hogg, P. W. y Bushell, A. A., "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)", 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75 (1997).
- Hogg, P. W., *Constitutional Law of Canada*, 4a ed., Carswell, Toronto, 1997.
- Holmes Jr., O. W., "Law and the Court", en su *Collected legal Papers*, 1920.
- Holmes Jr., O. W., *Collected legal Papers*, 1920.

## BIBLIOGRAFÍA

- Holmes, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, J. y Slagstad, R. (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Holmes, S., *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, Chicago/London, 1995.
- Hongju Koh, H. y Slye, R. C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Horowitz, D. L., *The Courts and Social Policy*, Brookings, Washington, 1977.
- Horwitz, M. J., “The Warren Court and the Pursuit of Justice”, 50 *Washington and Lee Law Review* 5 (1993).
- Horwitz, M., “The Supreme Court 1992 Term Foreword: The Constitution of Change. Legal Fundamentality without Fundamentalism”, 107 *Harvard Law Review* 30 (1993).
- Huscroft, G. y Rishworth, P., *Litigating Rights. Perspectives from Domestic and International Law*, Hart, Oxford/Portland, 2002.
- Hutchinson, A., “Indiana Dworkin and *Law’s Empire*”, 96 *Yale Law Journal* (1987).
- Iglesias Vila, M., “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa* 23 (2000).
- Jennings Peretti, T., *In Defense of a Political Court*, Princeton, Princeton, 1999.
- Jiménez de Asensio, R., *El constitucionalismo*, IVAP, Oñati, 2001.
- Jones, P., “Political Equality and Majority Rule”, en Millar, D. y Siedentop, L. (eds.), *The Nature of Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1983.
- Kahana, T., “Understanding the Notwithstanding Mechanism”, 52 *University of Toronto Law Journal* 221 (2002).
- Kalman, L., *The Strange Career of Legal Liberalism*, Yale, New Haven/London (1997).
- Kavanagh, A., “Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron”, 22 *Law and Philosophy* 451 (2003).
- Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.
- Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en del mismo autor, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.

## BIBLIOGRAFÍA

- Kelsen, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.
- Kelsen, H., *Pure Theory of Law*, University of California, Berkeley, 1967.
- Kendall, W., “Prolegomena to any Future Work on Majority Rule”, 12 *The Journal of Politics* 694 (1950).
- Kennedy, D., *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard, Cambridge, 1997.
- Ketcham, R. (ed.), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*, Mentor, New York, 1986.
- Klarman, M. J., *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*, Oxford, Oxford, 2007.
- Klarman, M. J., “The Puzzling Resistance to Political Process Theory”, 77 *Virginia Law Review* 747 (1991).
- Klarman, M. J., “What’s So Great About Constitutionalism”, 93 *Northwestern University Law Review* 145 (1998).
- Klarman, M., “How *Brown* Changed Race Relations: The Backlash Thesis”, 1 *Journal of American History* 81 (1994).
- Komesar, N. K., *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, University of Chicago Press, Chicago, 1997.
- Kramer, L. D., “Popular Constitutionalism, circa 2004”, 92 *California Law Review* 959 (2004).
- Kramer, L. D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford, 2004.
- Kramer, L., “The Supreme Court 2000 Term Foreword: We the Court”, 115 *Harvard Law Review* 5 (2001).
- Kriele, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- Kymlicka, W., *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996.
- Lafont, C., “Is the Ideal of a Deliberative Democracy Coherent?”, en Besson, S. y Martí, J. L., *Deliberative Democracy and Its Discontents, National and Post-national Challenges*, Ashgate, Burlington/Hampshire, 2006.
- Landfried, C. (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Nomos, Baden-Baden, 1988.

## BIBLIOGRAFÍA

- Landfried, C., "Introduction", en Landfried, C. (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Nomos, Baden-Baden, 1988.
- Laporta, F. J., "El ámbito de la constitución", 24 *Doxa* (2001).
- Laporta, F. J., "El ornitorrinco y el Consejo de Estado", *El País*, 01-02-2005.
- Laporta, F. J., "Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema", en Betegón, J., *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Laporta, F. J., "Norma básica, constitución y decisión por mayorías", en Laporta, F. J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- Laporta, F. J., "Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para el debate", 6 *Doxa* 121 (1989).
- Laporta, F. J., *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- Lazarus, E., *Closed Chambers. The Rise, Fall, and Future of the Modern Supreme Court*, Penguin, New York, 1999.
- Leigh, I., "The UK's Human Rights Act 1998: An Early Assessment", en Huscroft, G. y Rishworth, P., *Litigating Rights. Perspectives from Domestic and International Law*, Hart, Oxford/Portland, 2002.
- Levinson, S., *Our Undemocratic Constitution*, Oxford, Oxford, 2006
- Levinson, S. (ed.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton, 1995.
- Lijphart, A., *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1991.
- List, C., y Goodin, R. E., "Epistemic Democracy: Assaying the Options", Technical Report Working Paper No. 9, SPT, RSSS, ANU, disponible en <http://eprints.anu.edu.au/archive/00000929/>.
- López Garrido, D. *et al.* (dirs.), *Nuevo derecho constitucional comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Loughlin, M., "Rights, Democracy, and Law", en Campbell, T., Ewing, K. D., y Tomkins, A., (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001.
- MacCormick, N., "Constitutionalism and democracy", en Bellamy, R., (ed.), *Theories and concepts of politics. An introduction*, Manchester, Manchester/New York, 1993.

## BIBLIOGRAFÍA

- MacIntyre, A., *After Virtue*, Duckworth, London, 1981.
- Mackie, G., "Saving Democracy from Political Science", en Dahl, R., Shapiro, I. y Cheibub, J. A. (eds.), *The Democracy Sourcebook*, MIT, Cambridge/London, 2003.
- Mackie, G., *Democracy Defended*, Cambridge, Cambridge, 2003.
- Manfredi, C. y Nelly, J., "Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell", 37 *Osgoode Hall Law Journal* 513 (1999).
- Manin, B., *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge, 1997.
- Marmor, A., "Authority, Equality, and Democracy", 18 *Ratio Juris* 315 (2005).
- Marmor, A., "Book review: *Law and Disagreement* and *The Dignity of Legislation*, by Jeremy Waldron", 112 *Ethics* 410 (2002).
- Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, 2ª ed., Hart, Oxford/Portland, 2005.
- Martí, J. L., "The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended: Reasons, Rightness and Equal Political Autonomy", en Besson, S. y Martí, J. L. (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents, National and Post-national Challenges*, Ashgate, Burlington/Hampshire, 2006.
- Martín de la Vega, A., *Trabajo para la habilitación del puesto de Profesor Titular*.
- Martin, R. y Griffin, S. M., "Constitutional Rights and Democracy in the U.S.A.: The Issue of Judicial Review", 8 *Ratio Juris* 180 (1995).
- Marx, K., "On the Jewish Question", en Waldron, J. (ed.), *'Nonsense Upon Stilts': Bentham, Burke, and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London, 1987.
- May, K. O., "A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision", *Econometrica* 20:4 (1952).
- McClosky, H., "The Fallacy of Absolute Majority Rule", 11 *The Journal of Politics* 637 (1949).
- McConnell, M. W., "Toward a More Balanced History of the Supreme Court", en Wolfe, C. (ed.), *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton, Princeton/Oxford, 2004.
- Merrill, T. W., "Does Public Choice Theory Justify Judicial Activism After All?", 21 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 219 (1997).
- Meyer, S. L. Paulson y Pogge, T. W. (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford, 2003.



## BIBLIOGRAFÍA

- Michelman, F. I., "Human Rights and the Limits of Constitutional Theory", *Ratio Juris* Vol. 13 No. 1 (2000).
- Michelman, F. I., "Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life", en Sarat, A. y Kearns, T. R., *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, University of Michigan, Ann Arbor, 1996.
- Michelman, F. I., "Morality, Identity and 'Constitutional Patriotism'", *Ratio Juris* Vol. 14 No. (2001).
- Michelman, F. I., "Traces of Self-Government", 100 *Harvard Law Review* 4 (1986).
- Michelman, F., "Law's Republic", 97 *Yale Law Journal* 1493 (1988).
- Michelman, F., *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton, 1999.
- Mill, J. S., "Representative Government", en Dahl, R., Shapiro, I., y Cheibub, J. A. (eds.), *The Democracy Sourcebook*, MIT, Cambridge/London, 2003.
- Mill, J. S., *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1997.
- Miller, D. y Siedentrop, L. (eds.), *The Nature of Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1983.
- Miller, M. R., "Majority and Minority Interests", en Shapiro, I. y Hardin, R. (eds.), *Political Order*, New York University Press, New York/London, 1996.
- Moore, M. S., "Natural Rights, Judicial Review, and Constitutional Interpretation", en Goldsworthy, J., y Campbell, T., *Legal Interpretation in Democratic States*, Ashgate, Dartmouth, 2002.
- Moore, M., "Law as a Functional Kind", en George, R. P., *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon, Oxford, 1994.
- Moreno, D., "Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia", 16 *Teoría y Realidad Constitucional* 313 (2005).
- Moreso, J. J., "Derechos y justicia procesal imperfecta", en Laporta, F. J., *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- Moreso, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- Moreso, J. J., y Martí, J. L., "La constitucionalización del principio de la diferencia", 47 *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso* 545 (2002).
- Muñoz Machado, S., *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004.

## BIBLIOGRAFÍA

- Murphy, W. F., *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago, Chicago, 1964.
- Nagel, R. F., “Judicial Supremacy and the Settlement Function”, 39 *William and Mary Law Review* 849 (1998).
- Nagel, R. F., “The Formulaic Constitution”, 84 *Michigan Law Review* 165 (1985).
- Nagel, T., “The Supreme Court and Political Philosophy”, 56 *New York University Law Review* 519 (1981).
- Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- Nelson, W. N., *On Justifying Democracy*, Routledge y Kegan Paul, London, 1980.
- Nino, C. S., “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, 4 *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 79 (1989).
- Nino, C. S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politicológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Nino, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- Ovejero, F., Martí, J. L. y Gargarella, R., “Introducción”, en la compilación de los mismos autores, *Nuevas Ideas Republicanas. Autogobierno y libertad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/Mexico, 2004.
- Ovejero, F., Martí, J. L., y Gargarella, R. (comps.), *Nuevas Ideas Republicanas. Autogobierno y libertad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/Mexico, 2004.
- Parker, R. D., *Here The People Rule. A Constitutional Populist Manifesto*, Harvard, Harvard, 1994.
- Pasquino, P., “Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy”, 11 *Ratio Juris* 38 (1998).
- Pateman, C., *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge, 1970.
- Patterson, D. (ed.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996.
- Paulson, S. L., “Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings”, *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 2, junio (2003).

## BIBLIOGRAFÍA

- Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- Pérez Bermejo, J. M., *Contrato social y obediencia al derecho en el pensamiento de John Rawls*, Comares, Granada, 1997.
- Pérez Royo, J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988.
- Perry, M. J., "Protecting Human Rights in a Democracy. What Role for the Courts?", 38 *Wake Forest Law Review* 635 (2003).
- Perry, M. J., *The Constitution in the Courts. Law or Politics?*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1994.
- Pildes, R. H., "Democracia y representación de intereses minoritarios", 3 *Fundamentos* (2004), en <http://web.uniovi.es/constitucional/fundamentos/tercero/index.html>.
- Pildes, R. H., "The Supreme Court 2003 Term Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics", 118 *Harvard Law Review* 28 (2004).
- Pildes, R. H., "Why Rights are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism", 27 *Journal of Legal Studies* 725 (1998).
- Pintore, A., "Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático", *Doxa* 23 (2000).
- Pitkin, H. F., *The Concept of Representation*, University of California, Berkeley/Los Angeles/London, 1967.
- Posner, R. A., "Review of Jeremy Waldron, Law and Disagreement", 100 *Columbia Law Review* 582 (2000).
- Posner, R. A., "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", 3 *Supreme Court Economic Review* 1 (2003).
- Posner, R. A., *Frontiers of Legal Theory*, Harvard, Cambridge, 2001.
- Posner, R., "Against Constitutional Theory", 73 *New York University Law Review* 1 (1998).
- Posner, R., "Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation", 101 *Michigan Law Review* 952 (2003).
- Post, R. C., "The Supreme Court Term 2002 Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law", 17 *Harvard Law Review* 4 (2003).
- Prieto Sanchís, L., "Constitución y democracia", en la compilación del mismo autor, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

## BIBLIOGRAFÍA

- Prieto Sanchís, L., “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-ago (2004).
- Prieto Sanchís, L., “El principio de legalidad y los derechos fundamentales”, en del mismo autor, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- Prieto Sanchís, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- Rawls, J., “Classical Utilitarianism”, en Scheffler, S. (ed.), *Consequentialism and its Critics*, Oxford, Oxford, 1988.
- Rawls, J., “The Idea of Public Reason Revisited”, en Rawls, J., *The Law of Peoples*, Harvard, Cambridge, 1999.
- Rawls, J., *A Theory of Justice*, Harvard, Cambridge, 1971.
- Rawls, J., *La justicia como equidad: Una reformulación*, Paidós, Barcelona, 2002.
- Rawls, J., *Political Liberalism*, Columbia, New York, 1996.
- Rawls, J., *The Law of Peoples*, Harvard, Cambridge, 1999.
- Raz, J., “Disagreement in Politics”, 43 *The American Journal of Jurisprudence* 25 (1998).
- Raz, J., “Liberalism, Skepticism, and Democracy”, 74 *Iowa Law Review* 761 (1989).
- Raz, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1986.
- Reiman, J., “The Constitution, Rights, and the Conditions of Legitimacy”, en Rosenbaum, A. S. (ed.), *Constitutionalism. The Philosophical Dimension*, Greenwood, New York/Connecticut/London, 1988.
- Riker, W. H. y Weingast, B. R., “Constitutional Regulation of Legislative Choice: The Political Consequences of Judicial Deference to Legislators”, 74 *Virginia Law Review* 373 (1988).
- Rivero, J., “A modo de síntesis”, en AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Roach, K., “American Constitutional Theory for Canadians (And the Rest of the World)”, 52 *University of Toronto Law Journal* 503 (2002).

## BIBLIOGRAFÍA

- Roach, K., "American Constitutional Theory for Canadians (And the Rest of the World)", *52 University of Toronto Law Journal* 503 (2002).
- Romano, C., "The Last Judicial Idealist?", *52 The Chronicle Review* B13 (2006), disponible en:  
<http://chronicle.com/temp/reprint.php?id=fszrkmqbp4gzsvbry8yyr0rlzdctycrc>.
- Rosenbaum, A. S. (ed.), *Constitutionalism. The Philosophical Dimension*, Greenwood, New York/Connecticut/London, 1988.
- Rosenberg, G. N., "Incentives, Reputation, and the Glorious Determinants of Judicial Behavior", *67 University of Cincinnati Law Review* 647 (2000).
- Rosenberg, G. N., *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, University of Chicago, Chicago/London, 1991.
- Rosenfeld, M., "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts", *2 International Journal of Constitutional Law* 633 (2004).
- Rostow, E. V., "The Democratic Character of Judicial Review", *66 Harvard Law Review* 193 (1952).
- Rowland, C. K. y Carp, R. A., *Politics and Judgment in Federal District Courts*, University Press of Kansas, Kansas, 1996.
- Rubinfeld, J., *Revolution by Judiciary. The Structure of American Constitutional Law*, Harvard, Cambridge, 2005.
- Rubio Llorente, F., "El guardián de la Constitución", en *Claves de Razón Práctica*, núm. 142 (2004).
- Rubio Llorente, F., "La interpretación de la constitución", en su compilación *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Rubio Llorente, F., "La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho", en del mismo autor, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª edic., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Rubio Llorente, F., "La ley como garantía de los derechos del ciudadano", en del mismo autor, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª edic., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Rubio Llorente, F., "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", en del mismo autor, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª edic., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Rubio Llorente, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª edic., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ruiz Miguel, A., “Constitucionalismo y democracia”, 21 *Isonomía* (2004).
- Ruiz Miguel, A., “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, en 23 *Doxa* (2000).
- Sandusky, W., “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, 22 *Oxford Journal of Legal Studies* 275 (2002).
- Sager, L. G., “Constitutional Justice”, 6 *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 11 (2003).
- Sager, L. G., *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice*, Yale, New Haven/London, 2004
- Sager, L. G., “The Incurable Constitution”, 65 *New York University Law Review* 893 (1990).
- Sánchez González, S., “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, 12-13 *Teoría y Realidad Constitucional* 351 (2004).
- Sánchez-Cuenca, I. y Lledó, P. (comps.), *Artículos Federalistas y antifederalistas*, Alianza, Madrid, 2002.
- Sandel, M., “La república procedimental y el yo desvinculado”, en Ovejero, F., Martí, J. L., y Gargarella, R. (comps.), *Nuevas Ideas Republicanas. Autogobierno y libertad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/Mexico, 2004.
- Sarat, A. y Kearns, T. R., *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, University of Michigan, Ann Arbor, 1996.
- Sartori, G., *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Madrid, 2003.
- Sartori, G., “Democracia”, en la compilación del mismo autor *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.
- Sartori, G., “Representación”, en *Elementos de Teoría Política*, Alianza, Madrid, 1992.
- Sartori, G., *Elementos de teoría política*, Alianza, Madrid, 1992.
- Sartori, G., *Teoría de la democracia*, Alianza, Madrid, 1988.
- Scalia, A., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton, 1997.
- Schauer, F., “Easy cases”, 58 *Southern California Law Review* 399 (1985).
- Schauer, F., “Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior”, 68 *University of Cincinnati Law Review* 615 (2000).

## BIBLIOGRAFÍA

- Schauer, F., “Judicial Review of the Devices of Democracy”, 94 *Columbia Law Review* 1326 (1994).
- Schauer, F., “Legislatures as Rule-Followers”, en Bauman, R.W. y Kahana, T. (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006.
- Schauer, F., “Opinions as Rules”, 62 *University of Chicago Law Review* 1455 (1995).
- Schauer, F., “The Dilemma of Ignorance: *PGA Tour, Inc., v. Casey Martin*”, *Supreme Court Review* 267 (2001).
- Scheffler, S. (ed.), *Consequentialism and its Critics*, Oxford, Oxford, 1988.
- Schmitt, A., “¿Necesita la democracia una Constitución protegida?”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- Schmitt, C., *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.
- Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982.
- Schultz, D. A. y Gottlieb, S. E., “Legal Functionalism and Social Change: A Reassessment of Rosenberg’s *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*”, 12 *Journal of Law and Politics* 63 (1996).
- Schumpeter, J. A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper, New York, 1976.
- Schwartz, B., *A History of the Supreme Court*, Oxford, New York/Oxford, 1993.
- Segal, J. A. y Spaeth, H. J., *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge, 2002.
- Sen, A., *Elección colectiva y bienestar social*, Alianza, Madrid, 1976.
- Shapiro I., y Hardin, R. (eds.), *Political Order*, New York, New York/London, 1996.
- Shapiro, I., *The State of Democratic Theory*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2003.
- Shute, S. y Hurley, S. (eds.), *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Trotta, Madrid, 1998.
- Simmonds, N. E., *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, Sweet & Maxwell, 2002.
- Simon, H., “La jurisdicción constitucional”, en Benda, E., et al., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2001.

## BIBLIOGRAFÍA

- Sinnot-Armstrong, W. y Brison, S. J., "A Philosophical Introduction to Constitutional Interpretation", en Sinnot-Armstrong, W. y Brison, S. J. (eds.), *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview, Boulder/San Francisco/Oxford, 1993.
- Sinnot-Armstrong, W., "Weak and Strong Judicial Review", 22 *Law and Philosophy* 381 (2003).
- Smith, D., "Disagreeing with Waldron: Waldron on Law and Disagreement", *Res Publica* 7: 57-84 (2001).
- Solum, L. B., "Indeterminacy", en Patterson, D. (ed.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996.
- Somin, I., "Political Ignorance and the Countermajoritarian Difficulty: A New Perspective on the Central Obsession of Constitutional Theory", 89 *Iowa Law Review* 1287 (2004).
- Spann, G., "Pure Politics", 88 *Michigan Law Review* 1971 (1990).
- Spitz, E., *Majority Rule*, Chatham, New Jersey, 1984.
- Stone, G. R. et al., *Constitutional Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1996
- Stone Sweet, A., "Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter", 101 *Michigan Law Review* 2744 (2003).
- Stone Sweet, A., *Governing with Judges. Constitutional Politics in Western Europe*, Oxford, Oxford, 2000.
- Sunstein, C. R., et al., *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Brookings, Washington, DC, 2006.
- Sunstein, C. R. y Holmes, S., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York, 1999.
- Sunstein, C. R. y Vermeule, A., "Interpretation and Institutions", 101 *Michigan Law Review* 885 (2003).
- Sunstein, C. R. y Vermeule, A., "Interpretive Theory in its Infancy: A Reply to Posner", 101 *Michigan Law Review* 972 (2003).
- Sunstein, C. R., "Beyond the Republican Revival", 97 *Yale Law Journal* 1539 (1988).
- Sunstein, C. R., "Constituciones y democracias: epílogo", en Elster, J. y Slagstad, R. (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Sunstein, C. R., "Constitutional Agreements Without Constitutional Theories", 13 *Ratio Juris* 117 (2000).



## BIBLIOGRAFÍA

- Sunstein, C. R., "Constitutionalism and Secession", 68 *University of Chicago Law Review* (1990).
- Sunstein, C. R., "Interest Groups in American Public Law", 38 *Stanford Law Review* 29 (1985).
- Sunstein, C. R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, New York/Oxford, 1996.
- Sunstein, C. R., *Radicals in Robes. Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, Basic Books, New York, 2005
- Sunstein, C. R., *The Partial Constitution*, Harvard, Cambridge/London, 1993.
- Sunstein, C. R., *Why Societies Need Dissent*, Harvard, Cambridge, 2003.
- Sunstein, C., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard, Cambridge, 1999.
- Thayer, J. B., "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review* (1893).
- Thayer, J. B., *John Marshall* (1901).
- Tompkins, A., "Introduction: On Being Sceptical about Human Rights", en Campbell, T., Ewing, K. D., y Tomkins, A., (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001.
- Tremblay, L. B., "The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures", 3 *I.CON* 617 (2005).
- Tribe, L. H., "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories", 89 *Yale Law Journal* 1063 (1980).
- Tribe, L. H., *American Constitutional Law*, vol. I., 3ª ed., Foundation Press, New York, 2000
- Tribe, L. H., Waldron, J., Tushnet M., (debate), "On Judicial Review", *Dissent*, summer (2005).
- Tribe, L., *American Constitutional Law*, 2ª ed., Foundation, New York, 1988.
- Troper, M., "The logic of justification of judicial review", 1 *I. Con* 99 (2003).
- Tucker, D., "Representation-Reinforcing Review: Comparing Experiences in the United States and Australia", en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford, 2003.
- Tucker, D.F.B., *The Rehnquist Court and Civil Rights*, Dartmouth, Aldershot, 1995

## BIBLIOGRAFÍA

- Tushnet, M. y Jackson, V. C., *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999.
- Tushnet, M. y Chemerinsky, E., debate, "Should We Get Rid of Judicial Review", *Legal Affairs* (2005), disponible en [http://www.legalaffairs.org/webexclusive/debateclub\\_jr0605.msp](http://www.legalaffairs.org/webexclusive/debateclub_jr0605.msp).
- Tushnet, M., "A Goldilocks Account of Judicial Review?", 37 *University of San Francisco Law Review* 63 (2002).
- Tushnet, M., "Alternative Forms of Judicial Review", 101 *Michigan Law Review* 2781 (2003).
- Tushnet, M., "Constitutional Scholarship: What Next?", 5 *Constitutional Commentary* 28 (1988).
- Tushnet, M., "Constitutionalism and Critical Legal Studies", Rosenbaum, A. S. (ed.), *Constitutionalism. The Philosophical Dimension*, Greenwood, New York/Connecticut/London, 1988.
- Tushnet, M., "Darkness on the Edge of Town: The Contribution of John Hart Ely to Constitutional Theory", 89 *Yale Law Journal* 1037 (1980)
- Tushnet, M., "Democracy versus Judicial Review. Is it Time to Amend the Constitution?", *Dissent*, Spring (2005).
- Tushnet, M., "Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism", 22 *Law and Philosophy* 353 (2003).
- Tushnet, M., "Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design", en Bauman, R. W. y Kahana, T. (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006.
- Tushnet, M., "Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World", 52 *University of Toronto Law Journal* 89 (2002).
- Tushnet, M., "Marbury v. Madison Around the World", 71 *Tennessee Law Review Association* 251 (2004), p. 268.
- Tushnet, M., "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy- Based Worries", 38 *Wake Forest Law Review* 813 (2003).
- Tushnet, M., "Non-judicial Review", en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford, 2003.
- Tushnet, M., "Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty", 94 *Michigan Law Review* 245 (1995).

## BIBLIOGRAFÍA

- Tushnet, M., "Scepticism about Judicial Review: A Perspective from the United States", en Campbell, T., Ewing, K. D., y Tomkins, A., (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001.
- Tushnet, M., *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, Norton, New York, 2005.
- Tushnet, M., *Red, White, and Blue*, Harvard, Cambridge, 1988.
- Tushnet, M., *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, Princeton, 1999.
- Tushnet, M., *The New Constitutional Order*, Princeton, Princeton, 2003.
- Vermeule, A., *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard, Cambridge/London, 2006.
- Vermeule, A., "Judicial Review and Institutional Choice", 43 *William and Mary Law Review* 1557 (2002).
- Wade Nowlin, J., "Judicial Moral Expertise and Real-World Constraints on Judicial Moral Reasoning", en Wolfe, C. (ed.), *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton, Princeton/Oxford, 2004.
- Waldron, "Rights and Majorities: Rousseau Revisited", en la compilación del mismo autor, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge, 1993.
- Waldron, J. (ed.), *'Nonsense Upon Stilts': Bentham, Burke, and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London, 1987.
- Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford, 1984.
- Waldron, J., "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", 13 *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1993).
- Waldron, J., "Banking Constitutional Rights: Who Controls Withdrawals?", 52 *Arkansas Law Review* 533 (1999).
- Waldron, J., "Compared with What?" Judicial Activism and the New Zealand Parliament", (manuscrito en poder del autor).
- Waldron, J., "Deliberación, desacuerdo y votación", en Hongju Koh, H. y Slye, R. C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Waldron, J., "Despotism in Some Form: *Marbury v. Madison*", en George, R. P. (ed.), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton, Princeton, 2000.
- Waldron, J., "Eisgruber's House of Lords", 37 *University of San Francisco School of Law* 89 (2002).

## BIBLIOGRAFÍA

- Waldron, J., "Freeman's Defense of Judicial Review", 13 *Law and Philosophy* 27 (1994).
- Waldron, J., "Legislating with Integrity", 72 *Fordham Law Review* 373 (2003).
- Waldron, J., "Legislation", en Golding, M. P., y Edmundson, W. A., (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005.
- Waldron, J., "Liberal rights: Two sides of the coin", en la compilación del mismo autor, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge, 1993.
- Waldron, J., "Moral Truth and Judicial Review", 43 *American Journal of Jurisprudence* 75 (1998).
- Waldron, J., "Normative Positivism", en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon, Oxford, 1996.
- Waldron, J., "Principles of Legislation", en Bauman, R.W. y Kahana, T. (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge, 2006.
- Waldron, J., "Rights in conflict", en la compilación del mismo autor, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge, 1993.
- Waldron, J., "Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators", 23 *Supreme Court Law Review (2d)* 7 (2004).
- Waldron, J., "The Core of the Case Against Judicial Review", 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006).
- Waldron, J., "The Irrelevance of Moral Objectivity", en George, R. P., *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon, Oxford, 1994.
- Waldron, J., "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", 82 *California Law Review* 509 (1994).
- Waldron, J., *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999. (Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.)
- Waldron, J., *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge, 1993.
- Waldron, J., *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge, 1999.
- Walzer, M., "Philosophy and Democracy", 9 *Political Theory* 379 (1981).
- Ward, K., "The Politics of Disagreement: Recent Work in Constitutional Theory", 65 *The Review of Politics* 425 (2003).

## BIBLIOGRAFÍA

- Ward, K. D., "Bickel and the New Proceduralists", en Ward, K. D. y C. R. Castillo, *The Judiciary and American Democracy. Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory*, SUNY, Albany, 2005.
- Ward, K. D. y C. R. Castillo, *The Judiciary and American Democracy. Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory*, SUNY, Albany, 2005.
- Warner, R., "Adjudication and Legal Reasoning", en Golding, M. P. y Edmundson, W. A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005.
- Wechsler, H., "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 *Harvard Law Review* 1 (1959).
- Weiler, P. C., "Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version", 18 *University of Michigan Journal of Law Reform* 51 (1984).
- West, R. L., "Constitutional Scepticism", en S. J. Brison y W. Sinnott-Armstrong (eds.), *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview, Boulder/San Francisco/Oxford, 1993.
- West, R., "The Aspirational Constitution", 88 *Northwestern University Law Review* 241 (1993).
- White, G. E., "The Arrival of History in Constitutional Scholarship", 88 *Virginia Law Review* 485 (2002)
- Whittington, K. E., "An 'Indispensable Feature'? Constitutionalism and Judicial Review", 6 *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 21 (2002).
- Whittington, K. E., "Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses", 80 *North Carolina Law Review* 773 (2002).
- Whittington, K. E., *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton, Princeton/Oxford, 2006.
- Wittgenstein, L., *Philosophical Investigations*, Blackwell, London, 1953/2001.
- Whyte, J. D., "On Not Standing for Notwithstanding", 28 *Alberta Law Review* (1990).
- Wolfe, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.
- Wolfe, C. (ed.), *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton, Princeton/Oxford, 2004.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Wolfe, C., “The Rehnquist Court and ‘Conservative Judicial Activism’”, en la compilación del mismo autor, *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton, Princeton/Oxford, 2004.
- Wood, G. S., “Comment”, en A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton, 1997.
- Wood, G. S., *The American Revolution*, Weidenfeld & Nicolson, London, 2003.
- Wróblewski, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.
- Yingling, K. L., “Justifying the Judiciary: A Majoritarian Response to the Counter-majoritarian Problem”, 15 *Journal of Law and Politics* 81 (1999).
- Yowell, P., *Judicial Review of Legislation and Selected Issues of Institutional Competence*, tesis sometida para la obtención del grado de MPhil. en la Universidad de Oxford, 2004.
- Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid.
- Zietlow, R. E., *Enforcing Equality. Congress, the Constitution, and the Protection of Individual Rights*, NYU, New York/London, 2006.
- Zurn, C. F., “Deliberative Democracy and Judicial Review”, 21 *Law and Philosophy* 467 (2002).
- Zurn, C., *Deliberative Democracy and the Institutions of Constitutional Review* (versión en manuscrito en poder del autor. Véase Zurn, C. F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Constitutional Review*, Cambridge University Press, New York, 2007.)