

# DERECHOS, DEMOCRACIA Y CONSTITUCION

Juan Carlos Bayón  
(Universidad Autónoma de Madrid)

## I. Coto vedado y constitucionalismo

En la filosofía moral y política contemporánea la idea de derechos básicos o fundamentales suele definirse a partir de la concurrencia de dos rasgos. Se entiende, en primer lugar, que los derechos básicos son límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio, lo que es tanto como decir que esos derechos atrincheran ciertos bienes que se considera que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo, poniéndolos a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones agregativas. En segundo lugar, suele entenderse que los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el perímetro de lo que las mayorías no deben decidir, sirviendo por tanto frente a éstas –utilizando la ya célebre expresión de Dworkin– como vetos o cartas de triunfo<sup>1</sup>. Ciertamente las concepciones de la justicia que asignan un papel central a la idea de derechos básicos pueden invocar fundamentos muy diversos y postular contenidos dispares; pero todas ellas tendrían en común la específica configuración estructural resultante de los rasgos mencionados, que suele resumirse diciendo que los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en esa esfera intangible a la que Ernesto Garzón ha llamado «el coto vedado»<sup>2</sup>.

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

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

Normalmente se da por sentado que quien haga suya la tesis del coto vedado queda comprometido con esa específica estructura institucional que es el constitucionalismo. Hay, por supuesto, muchas formas diferentes de «constitucionalismo», dependiendo de como queden configuradas ciertas variables fundamentales. Pero por lo general suele pensarse que el diseño institucional requerido por la tesis del coto vedado es el que resulta de la combinación de dos piezas maestras: la primacía de una constitución que incluya un catálogo de derechos básicos y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria. En cuanto a la primera, la idea aparentemente obvia consiste en que la traducción en términos de técnica jurídica del ideal del coto vedado no podría ser sino el emplazamiento de los derechos básicos en una constitución rígida, ya que es la previsión de un procedimiento de reforma de la constitución más exigente que el procedimiento legislativo ordinario la que determina su superioridad jerárquica respecto a la ley y por tanto la indisponibilidad de los derechos básicos para el legislador. En cuanto al segundo de los ingredientes mencionados, aunque la primacía de la constitución es conceptualmente independiente de la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria<sup>3</sup>, suele darse por sentado que éste es, en la práctica, el instrumento necesario sin el cual aquélla carecería de garantías efectivas.

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

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

Por ello puede decirse que existen constitucionalismos más o menos fuertes. Y aquí surge ya, por lo pronto, un primer problema en torno a la cuestión de qué diseño institucional requeriría el ideal moral sustantivo del coto vedado. Si se toma en sentido estricto la idea de que el contenido del coto vedado ha de ser intangible, ¿no requeriría esto el constitucionalismo más fuerte posible, es decir, el que –al estilo del art. 79.3 de la Ley Fundamental alemana de 1949– dispusiera la pura y simple inmodificabilidad del catálogo de derechos básicos? Y si no es así, ¿por qué razones no requiere tanto? Y en definitiva, ¿cómo habría de ser de fuerte el constitucionalismo requerido por el ideal del coto vedado? Todo ello nos sugiere que la afirmación usual de que el ideal moral del coto vedado exigiría el constitucionalismo como diseño institucional específico resulta, como mínimo, incompleta. Pero eso no es todo. Aunque se conceda que queda por determinar cuál habría de ser el grado de rigidez de la constitución, lo que sí suele darse por supuesto es que existe una conexión enormemente sólida entre el ideal del coto vedado y el diseño institucional resultante de combinar primacía constitucional y control jurisdiccional de constitucionalidad, hasta el punto de presuponer que la impugnación de ese diseño sólo podría ser debida al rechazo previo de la tesis de los derechos como ideal moral sustantivo<sup>4</sup>. Pero incluso esto, sin embargo, dista a mi juicio de ser obvio.

Creo que para ir asentando esa duda basta con recordar que el constitucionalismo tiene una espinosa cuenta pendiente en relación con lo que, por lo menos desde Bickel<sup>5</sup>, es usual denominar «objeción contramayoritaria». Es sabido que esa objeción adopta dos formas fundamentales. La primera apunta a la idea misma de primacía constitucional, ya que si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir. Y la segunda, que afecta al control jurisdiccional de constitucionalidad, consiste en preguntar qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para

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

En las últimas décadas, la historia de la teoría constitucional es en buena medida la de la reiteración de estas objeciones y la de las muchas formas en que se ha intentado contestarlas. Con todo, las réplicas más usuales vendrían a coincidir en que la tensión entre democracia y constitucionalismo es sólo aparente. En cuanto a la primera vertiente de la objeción contramayoritaria, suele replicarse que todo depende de lo que entendamos por «democracia». Si se entiende meramente regla de decisión por mayoría, entonces es trivialmente cierto que hay un conflicto entre ella y la primacía de la constitución. Pero lo que se alega es que ese conflicto no debe preocuparnos particularmente, por cuanto no habría nada especialmente valioso en el mero mayoritarismo *irrestricto*: esto es, lo que se nos dice es que una comunidad política *haría mal* en adoptar una regla de decisión colectiva tan simple como «lo que decida la mayoría», en vez de otras más complejas, del tipo «lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere derechos básicos» (o quizá, para ciertas cuestiones esenciales, «lo que decida, no la mayoría simple, sino una cualificada o reforzada»). Alternativamente, si se maneja un concepto más rico y matizado de democracia –de manera que ésta incluya o presuponga ya derechos básicos–, no sólo no habría un conflicto esencial entre ella y el constitucionalismo, sino que éste sería la forma institucional de la genuina democracia<sup>6</sup>. Y por lo que se refiere, en segundo lugar, a la justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad, una respuesta verdaderamente clásica –tanto, que se remonta a lo escrito por Hamilton en *El Federalista* y por el juez Marshall en *Marbury v. Madison*– es la que alega que cuando los jueces constitucionales invalidan decisiones de un legislador democrático no ponen de ninguna manera su propio criterio por encima del de éste, sino que se limitan a hacer valer frente a aquellas decisiones la más fundamental voluntad democrática del constituyente.

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

segunda, me parece claro que se basa en una concepción objetivista de la interpretación constitucional difícilmente sostenible. La idea de que los jueces constitucionales tan sólo hacen valer frente al legislador límites claramente preestablecidos pasa por alto la «brecha interpretativa»<sup>7</sup> que existe entre el texto constitucional y las decisiones que lo aplican. No pretendo decir que *todos* los casos constitucionales concebibles sean casos difíciles: pero sí me parece sustancialmente correcto asumir –como hace Dworkin<sup>8</sup>– dado que los preceptos constitucionales que declaran derechos básicos están ordinariamente formulados en términos considerablemente vagos y abstractos, su aplicación hace estrictamente *inevitable* una «lectura moral» de los mismos. Y si esto se admite, creo que hay razones para tomar en serio las dudas sobre la justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad planteadas por la objeción contramayoritaria. Y más aún cuanto mayor sea la rigidez de la constitución: porque si el procedimiento de reforma constitucional es tan exigente que, en la práctica, su puesta en marcha es inviable, entonces los jueces constitucionales tienen *de facto* la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos básicos.

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

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

puede parecer contraintuitivo, pero en torno a esta idea se han articulado algunas de las críticas recientes al constitucionalismo que me parecen más interesantes. Entre ellas, creo que la de Jeremy Waldron es la más lúcida y potente<sup>9</sup>. Y también, ciertamente, la de consecuencias más radicales. En este trabajo centraré mi atención en esa crítica y en sus consecuencias. Y en relación con ellas intentaré argumentar en favor de dos conclusiones. En primer lugar, que un enfoque como el de Waldron saca a la luz las debilidades más serias en los modos usuales de justificar el constitucionalismo; y que con ello ha aportado argumentos muy sólidos en contra de lo que propondré denominar «constitucionalismo fuerte» (que justamente resulta ser el tipo de constitucionalismo existente hoy en países como España, Alemania, Estados Unidos o -en menor medida, puesto que su constitución es comparativamente menos rígida- Italia). En segundo lugar, no obstante, que en una argumentación como la de Waldron -que conduce en realidad al rechazo de cualquier forma de constitucionalismo- hay también algunas fisuras significativas, a través de las cuales puede introducirse la idea de que quien haga suyo el ideal moral del coto vedado debería propugnar un tipo peculiar de constitucionalismo, diferente del fuerte en aspectos sustanciales, al que llamaré «constitucionalismo débil».

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

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

Pero lo que sostiene Waldron es que esa intuición, por arraigada que pueda estar, es engañosa. O dicho de otro modo, que afirmar que el constitucionalismo establece que hay cosas que las mayorías no pueden decidir es contar una historia incompleta: porque *antes*, en ausencia más que previsible de unanimidad al respecto, ha habido que tomar de algún modo la decisión sobre qué es lo que las mayorías no podrán decidir<sup>10</sup>; y *después*, por cierto, habrá que seguir tomando decisiones sobre la delimitación exacta de los confines sólo genéricamente establecidos a lo que pueden decidir. En suma, la idea de Waldron es que cuando se trata de organizar la vida política de una comunidad en la que reina el desacuerdo acerca de qué es lo justo, antes de la sustancia y después de ella son ineludibles los procedimientos.

Vistas las cosas desde esa perspectiva, el constitucionalismo no consistiría –como suele decirse– en un procedimiento de decisión con restricciones sustantivas, sino en una *combinación de procedimientos*, ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros. En los momentos de política constituyente –ya sean originarios o de reforma constitucional– la pregunta acerca de qué es lo que no se permitirá en el futuro decidir a la mayoría no la responde un listado de criterios sustantivos, sino el resultado –*cualquiera* que sea– que arroje un procedimiento (el de aprobación –o revisión– de la constitución). Y en los momentos de política constituida, el límite real al funcionamiento del procedimiento mayoritario no viene dado tampoco por un conjunto de criterios sustantivos, sino por los resultados que arroje otro procedimiento más, el de control jurisdiccional de constitucionalidad, *cualesquiera* que éstos sean. El límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad –o incluso meramente *la mayoría* de sus miembros– establezca que es el contenido de esos derechos: porque, por discutibles o infundadas que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material<sup>11</sup>.

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

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

Según Waldron, por tanto, no se trata de elegir entre un procedimiento sin restricciones sustantivas y otro que sí las tiene, sino entre *dos reglas de decisión colectiva* que –aun con diferentes grados de complejidad– son por igual estrictamente procedimentales y, como tales, falibles. Ahora la pregunta decisiva es cuál de las dos debería preferir quien acepte el ideal moral del coto vedado. Y su respuesta es tajante: debe preferir la mera regla de la mayoría. Porque el ideal profundo de los derechos es el de una comunidad de individuos que se reconocen entre sí como agentes morales de *igual* dignidad: y la regla de la mayoría –nos dice Waldron– es la única que reconoce y toma en serio la *igual* capacidad de autogobierno de las personas, el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente, y cuente *en pie de igualdad* con la de cualquier otro, en el proceso público de toma de decisiones<sup>14</sup>. Y esto conferiría a la regla de la mayoría un valor intrínseco, una *calidad moral*, de la que carecería –o al menos no poseería en el mismo grado– cualquier otro procedimiento de decisión colectiva.

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



la negación de ese valor esencial. Así, en primer lugar, no parece fácil justificar la primacía constitucional, al menos mientras se entienda que la genuina rigidez –y no hay primacía sin rigidez– implica exigencia de mayorías reforzadas para la reforma de la constitución. Porque, como se ha señalado con frecuencia<sup>15</sup>, existe una poderosa objeción de principio en contra de la exigencia de mayorías reforzadas: que cualquier regla de decisión de ese tipo está intrínsecamente sesgada en favor del *statu quo*, es decir, de lo que seguirá contando como decisión pública en vigor si la propuesta que se somete a votación no reúne la mayoría requerida. Vista en negativo, la exigencia de mayoría reforzada equivale al poder de veto de la minoría: atribuye *desigual valor* al voto de partidarios y oponentes de la propuesta que se vota, lo que es tanto como decir que constituye un procedimiento que *no les trata como iguales*. Y ni siquiera es cierto que –como pensaba Kelsen<sup>16</sup>– la exigencia de mayorías reforzadas se justifique como «medio eficaz de protección de la minoría contra los abusos de la mayoría», en la medida en que implicaría «que algunas cuestiones fundamentales no pueden resolverse más que de acuerdo con la minoría». En primer lugar, porque es obvio que cualquier regla de mayoría reforzada, mientras no llegue a la exigencia de unanimidad, extiende su virtualidad protectora sólo para las minorías lo bastante grandes como para poder bloquear con éxito las decisiones que promueve la mayoría. Y en segundo lugar porque, contra Kelsen, no siempre es bueno que algunas cuestiones fundamentales no puedan resolverse más que de acuerdo con *ciertas* minorías: porque el poder de veto del que goza entonces la minoría puede ser empleado no sólo para bloquear amenazas de la mayoría a los derechos de la minoría, sino también en contra de los derechos de la mayoría o de alguna otra minoría<sup>17</sup>. En suma: la regla de decisión por mayoría reforzada es tan falible como cualquier otra regla de decisión colectiva y carece además de la calidad moral como procedimiento justo que posee la regla de decisión por mayoría no cualificada. Así que no parece fácil justificar por qué el funcionamiento de ésta debería estar sujeto a límites sólo modificables –y quizá también originalmente fijados– a través de aquélla.

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

constitucionalidad, como mecanismo estrictamente procedimental –y, como tal, falible– destinado a precisar el contenido de los límites a la regla de la mayoría sólo genéricamente fijados mediante los procedimientos de aprobación y reforma de la constitución, se aparta también –como éstos– del ideal de la *participación en términos de igualdad* en la elaboración de las decisiones públicas. Se aparta ya, en primer lugar, si el procedimiento de reforma constitucional no es tan exigente como para que su puesta en marcha resulte inviable (de manera que, frente a una decisión de los jueces constitucionales que la mayoría considere inapropiada, quepa reaccionar enmendando la constitución): porque en ese caso, y supuesto siempre que la reforma de la constitución exija una mayoría reforzada, a la desigualdad ya inherente a esta exigencia habría que añadir que sería en realidad la decisión de los jueces constitucionales, y no una decisión democrática previa abierta a todos, la que vendría a determinar sobre qué ciudadanos recae la desigual carga de tener que reunir una mayoría cualificada para conseguir que prevalezca su posición<sup>18</sup>. Y más se apartará aún de aquel ideal si los jueces constitucionales tienen *de facto* la última palabra sobre el contenido preciso de los límites al funcionamiento de la regla de la mayoría. Porque ello implica, como dice Waldron<sup>19</sup>, advertir a los ciudadanos ordinarios que en cuestiones relativas a derechos, y por serio que haya sido su esfuerzo para formar un juicio meditado e imparcial, en caso de discrepancia entre la opinión al respecto de la mayoría de ellos y la de la mayoría de los jueces constitucionales, será la de éstos la que prevalezca; algo –añade– que difícilmente concuerda «with the respect and honour normally accorded to ordinary men and women in the context of a theory of rights»<sup>20</sup>.

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

enumeración de Lincoln<sup>21</sup> :

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

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

### III. Las réplicas del constitucionalismo

Una argumentación como la de Waldron conduce desde el punto de vista institucional a la adopción de lo que, desde Lijphart<sup>22</sup>, es usual denominar “modelo de Westminster”, es decir, de supremacía parlamentaria. Ese es un diseño institucional que a muchos les parece sencillamente peligroso. Frente a ello podría alegarse que la variable decisiva que determina el nivel de respeto efectivo del que gozan en una comunidad los derechos individuales no es tanto su sistema institucional cuanto su *cultura política*<sup>23</sup>, de manera que, como alternativa al modelo de Westminster, el constitucionalismo –además, si Waldron tiene razón, de injustificable *como procedimiento*– sería en algunas sociedades *innecesario* y clamorosamente *insuficiente* en otras. Creo que hay mucho de cierto en esa observación: pero, aunque sólo sea porque entre cultura política y sistema institucional hay relaciones de influencia *recíproca*, antes de dar la cuestión por zanjada es necesario considerar de qué estrategias de réplica dispondría el constitucionalismo frente a una argumentación como la de Waldron. Hay tres, en primer lugar, que creo que merecen ser examinadas con algún detenimiento.

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

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

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

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

regla de mayoría no es sino propugnar la idea de supremacía parlamentaria expresada en el viejo principio de Blackstone<sup>26</sup>, que implica que no puede haber en ningún momento materias acerca de las cuales el parlamento sea incompetente para decidir por mayoría, con la única excepción de la sustitución de ese procedimiento de decisión por otro; y ello cancela el intento de justificación del constitucionalismo basado simplemente en que su instauración se haya producido en virtud de una decisión democrática originaria.

### **III.2. Dualismo democrático y precompromiso**

Hay no obstante una línea argumental que pretende convencernos de que es posible sortear el principio de Blackstone sin que para ello sea imprescindible rechazar las premisas que nos han conducido hasta él (que la regla de la mayoría posee una calidad moral de la que carecen otros procedimientos de decisión y que las razones que la justifican avalan su versión continua o cerrada al cambio). La idea consiste en que el principio de Blackstone sólo se seguiría de esas premisas si se cierra los ojos al *diferente valor de las circunstancias* en que se adopta cada decisión. Cuando, por el contrario, éste se toma en cuenta, lo que nos sugiere esta forma de argumentación es que es racional que una comunidad, en los momentos en que reflexiona colectivamente con mayor seriedad y altura de miras, decida incapacitarse para tomar ciertas decisiones que sabe que pueden tentarla en sus momentos menos brillantes y que, a la larga, lamentaría haber tomado. En suma, ver la vida política de una comunidad como una sucesión de decisiones de calidades diferentes nos proporcionaría una razón para sostener que las de calidad superior (constituyentes) sí pueden trazar límites no removibles por decisiones posteriores de calidad inferior (de política ordinaria); y ese dualismo bastaría –se supone– para reconciliar la primacía constitucional con el ideal democrático<sup>27</sup>.

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

llamadas “estrategias Ulises”<sup>28</sup>. Ulises se hizo atar al mástil de su barco, porque sabía de la irresistible atracción del canto de las sirenas y quería cerrarse de antemano la posibilidad de llegar a tomar bajo su influencia decisiones que le acarrearían fatales consecuencias. Las estrategias Ulises son por tanto formas de asegurar la racionalidad de manera *indirecta*: mecanismos de “precompromiso” [*precommitment*] o auto-incapacitación preventiva que adopta un individuo en un momento lúcido, consistentes en cerrarse de antemano ciertas opciones para protegerse de su tendencia previsible a adoptar, en momentos de debilidad de la voluntad o racionalidad distorsionada, decisiones “miopes” que sabe que frustrarían sus verdaderos intereses básicos duraderos. Y lo que se nos sugiere es que la comunidad necesitaría una constitución por las mismas razones que Ulises necesitaba sus ligaduras<sup>29</sup>.

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

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

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

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

### **III.3. Procedimentalismo: la constitucionalización de la democracia**

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

satisfactoria del constitucionalismo (aunque de un constitucionalismo, eso sí, de alcance y pretensiones diferentes de las de aquél al que estamos acostumbrados). Lo que se alega es que si la democracia es valiosa, es valioso protegerla de sí misma; y que el ideal que hace valioso el procedimiento democrático -la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones- quedaría desfigurado sin la satisfacción previa de ciertas condiciones (un proceso de deliberación y conformación de las voluntades auténticamente abierto a todos sobre bases equitativas). Y de ello se seguiría que el valor de la democracia justifica su constitucionalización, lo que implicaría el atrincheramiento constitucional no sólo de un mecanismo procedimental, sino también de aquellos derechos que cabe considerar como *presupuestos* de una *genuina* decisión democrática<sup>30</sup>.

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

Pero incluso en esa defensa condicionada no ha dejado de señalarse un problema de fondo<sup>31</sup>. La toma de decisiones por mayoría en una democracia representativa exige, como condición de posibilidad, un conjunto de reglas que establezcan quiénes pueden ser electores y



elegibles, con qué periodicidad y en qué circunscripciones se vota, qué mecanismos de agregación traducirán votos individuales a resultados electorales, etc. Todas esas reglas son, como dice Hart<sup>32</sup>, «constitutivas del soberano»: son el trasfondo de decisiones ya tomadas sin el que no es posible la toma de decisiones por mayoría. Ahora bien, hay no una, sino muchas concepciones diferentes acerca de cómo deberían quedar articuladas cada una de estas «reglas constitutivas» del procedimiento democrático. Lo mismo sucede con el contenido y límites precisos de los derechos que constituyen sus presupuestos, que obviamente son objeto de controversia. En realidad, todos esos desacuerdos tienen su raíz en diferentes concepciones del ideal de la igualdad política. En ese caso, ¿no habrían de valer respecto a las decisiones relativas a la configuración del procedimiento democrático exactamente los mismos argumentos que presidían la elección de un procedimiento para la toma de todas las demás?; ¿no debería ser la comunidad la que democráticamente tome y revise sus decisiones acerca de cómo quiere configurar su democracia?<sup>33</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

Pero Waldron no tiene razón. La adición de restricciones sustantivas a una regla de decisión no hace inevitable *ninguno* de esos tres procedimientos suplementarios. Para entender, en primer lugar, por qué no lo es el «procedimiento de incorporación originaria», basta con reparar en que en una comunidad política real no sólo no hay acuerdo respecto a qué restricciones sustantivas –si es que alguna– habría que incorporar al procedimiento-base, sino que tampoco lo hay respecto a *cuál debería ser éste*. A pesar de ello, algún procedimiento-base *rige* o *está en vigor* (si no, la comunidad política simplemente no existe); pero, so pena de regreso al infinito, no siempre puede ser el caso que esté en vigor porque su adopción haya sido decidida en virtud de un procedimiento anteriormente en vigor. No es cierto, por tanto, que *antes* de la sustancia sea ineludible el procedimiento. La adopción *originaria* de una regla de decisión –incluso si es estrictamente procedimental– sólo puede hacerse por y desde razones sustantivas<sup>34</sup>, y en ausencia de acuerdo al respecto, la implantación de una de ellas obedecerá a una compleja mezcla de motivos morales y prudenciales entre los miembros de la comunidad. Nada impide entonces la adopción originaria de una regla de decisión ya con restricciones sustantivas. Por descontado, no habrá acuerdo acerca de ella: pero si el desacuerdo abarca incluso a las reglas estrictamente procedimentales y ello no impide la implantación de alguna, no veo por qué habría de impedir fatalmente la de una que incorpore restricciones sustantivas.

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

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

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

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

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

Ese constitucionalismo, sin embargo, es muy débil: es sólo una pequeña parte del contenido del coto vedado la que consigue primacía sobre la legislación ordinaria –aunque, eso sí, resulte inmodificable– y en él no hay lugar para el control jurisdiccional de constitucionalidad<sup>35</sup>. Respecto al resto del contenido del coto vedado –la que no se deja formular sino a través de principios– Waldron tiene razón en que se trata de elegir entre una regla estrictamente procedimental simple (la de la mayoría) y otra más compleja que resulta de constreñir el funcionamiento de ésta con límites determinables a través de otras reglas estrictamente procedimentales suplementarias. Falta por ver si son convincentes las razones que ofrece para considerar preferible la primera.

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

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

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

A partir de aquí, se abren dos posibles líneas de impugnación del argumento que lleva a Waldron a considerar preferible la regla de la mayoría. La primera –más radical– niega que ésta posea el valor intrínseco que Waldron le atribuye, afirmando entonces que para la elección sólo es relevante la comparación de los valores instrumentales<sup>36</sup>. La segunda no niega el valor intrínseco de la regla de la mayoría, pero sostiene que la elección de un procedimiento debe resultar de un balance entre valores intrínsecos e instrumentales<sup>37</sup>.

**IV.2.1** La pretensión de Waldron es que cuando las decisiones se toman de cualquier modo que no sea por mayoría (no reforzada) se violenta el derecho de los ciudadanos a la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones. Desde luego, como demostró hace tiempo Kenneth May<sup>38</sup>, la regla de decisión por mayoría posee un atractivo moral difícil de discutir cuando opera *bajo ciertas condiciones*: cuando se vota de manera directa acerca de una única cuestión respecto de la cual no hay más que dos opciones. Es obvio, sin embargo, que el funcionamiento real de una democracia representativa no encaja en ese molde tan simplificado. Los cultivadores de la teoría de la elección social han analizado con detalle qué es lo que ocurre cuando se trata de decidir por mayoría acerca de cuestiones que pueden estar conectadas entre sí (en el sentido de que nuestra preferencia respecto a una está condicionada a la decisión que se adopte respecto a otra) y cada una de las cuales tiene más de dos opciones<sup>39</sup>: puede no resultar vencedora la opción que, comparadas de una en una, derrotaría a cualquier otra (es decir, la llamada «ganadora de Condorcet»); o incluso puede no haber «ganadora de Condorcet», que es lo que ocurre cuando de la agregación de preferencias resultan mayorías cíclicas. Y en tales casos la decisión colectiva es «caótica», en el sentido de que lo que la determina no es el conjunto de preferencias de los votantes, la regla de decisión colectiva que las procesa y *nada más que eso*, sino la formación de coaliciones y el control de la agenda (i.e., el orden y el modo en que se someten los temas a votación).

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

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

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

Los defensores del constitucionalismo fuerte tienden a dar por

sentados ambos extremos. Para ello, suelen considerar suficiente la mención de algunas ideas muy comunes: que los legisladores están sometidos a importantes presiones –entre las cuales la búsqueda de la reelección no es la menor– que les hacen poco proclives a la defensa de los derechos de minorías impopulares; y que en cambio los jueces constitucionales ocupan una posición institucional que en buena medida les hace inmunes ante esa clase de presiones. Pero una ojeada a la historia del constitucionalismo comparado muestra, según creo, que las cosas no son tan simples: en ella es fácil encontrar abundantes ejemplos no sólo de encomiables frenos a leyes encaminadas a erosionar los derechos básicos, sino también de intentos de legisladores de promoverlos que resultaron abortados por decisiones retrógradas de jueces constitucionales. Ello confirma, por otra parte, lo que desde hace tiempo han advertido los politólogos: que la clase de resultados que cabe esperar que arroje una determinada regla de decisión colectiva depende de *factores contextuales*; y que por lo tanto, si se toma en cuenta sólo su valor instrumental, para diferentes condiciones sociales resultan apropiadas diferentes reglas de decisión<sup>41</sup>. Me parece, en suma, que poco puede decirse *en general* respecto al mayor o menor valor instrumental del constitucionalismo fuerte en relación con un modelo de constitución flexible: lo único que es *seguro* es su menor valor intrínseco.

## V. Hacia un constitucionalismo débil

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



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

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

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

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

## Notas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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