

ALON HAREL

**POR QUÉ EL DERECHO  
IMPORTA**

Traducción de  
Mariano Vitetta

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	15
<b>CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN</b> .....	17
<b>PRIMERA PARTE</b>	
<b>POR QUÉ LOS DERECHOS IMPORTAN</b>	
<b>CAPÍTULO II. POR QUÉ LOS DERECHOS IMPORTAN: LA INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS DERECHOS Y LOS VALORES</b> .....	27
1. INTRODUCCIÓN .....	27
2. LOS DERECHOS COMO EXIGENCIAS DEPENDIENTES DE RAZONES .....	32
3. EL FRACASO DE LA HIPÓTESIS DE LA PRIMACÍA DE LOS VALORES: LOS VALORES DEPENDEN DE LOS DERECHOS .....	39
3.1. Introducción .....	39
3.2. La hipótesis de la primacía de los valores sobre los derechos .....	39
3.3. Los valores dependen de los derechos: defensa de la hipótesis de la reciprocidad .....	50
4. RESUMEN .....	60

## SEGUNDA PARTE

**POR QUÉ EL ESTADO IMPORTA:  
DIGNIDAD, AGENCIA Y EL ESTADO**

<b>INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE .....</b>	<b>63</b>
<b>CAPÍTULO III. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PRIVATIZACIÓN .....</b>	<b>75</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	75
2. POR QUÉ NOS IMPORTA QUIÉNES SON LOS AGENTES: TAREAS DEPENDIENTES DEL AGENTE Y LA RELEVANCIA DE LOS AGENTES PÚBLICOS .....	78
3. DOS CONCEPCIONES DE LA DELIBERACIÓN PÚBLICA: DELIBERACIÓN BASADA EN LA RAZÓN Y DELIBERACIÓN DEFERENCIAL .....	90
4. FUNCIONARIOS PÚBLICOS, COMUNIDAD DE PRÁCTICA Y FIDELIDAD A LA DEFERENCIA.....	94
5. POR QUÉ ALGUNOS BIENES DEBEN SUMINISTRARSE PÚBLICAMENTE: BIENES INTRÍNSECAMENTE PÚBLICOS .....	102
5.1. La pena como bien intrínsecamente público .....	103
5.2. La guerra como bien intrínsecamente público .....	105
6. LOS LÍMITES DE LA DEFERENCIA JUSTIFICABLE .....	109
7. CONCLUSIÓN .....	111
<b>CAPÍTULO IV. LA NECESIDAD NO CONOCE LEY .....</b>	<b>113</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	113
2. DEONTOLOGISMO: IMPERMISSIBILIDAD CATEGÓRICA Y ABSOLUTA .....	117
3. LA NECESIDAD NO CONOCE LEY .....	120
4. POR FUERZA DE LAS CIRCUNSTANCIAS .....	125
5. ¿QUIÉN DEBERÍA DERRIBAR UN AVIÓN? .....	130
6. MÁS ACERCA DE LO DEFINITORIO DE LO EXCEPCIONAL.....	132

TERCERA PARTE

**POR QUÉ LAS CONSTITUCIONES IMPORTAN:  
LOS ARGUMENTOS A FAVOR  
DEL CONSTITUCIONALISMO FUERTE**

<b>INTRODUCCIÓN A LA TERCERA PARTE .....</b>	<b>137</b>
1. LAS FALACIAS DEL INSTRUMENTALISMO CONSTITUCIONAL.....	140
2. LA DEMOCRACIA FRENTE A LA LEGITIMIDAD.....	143
3. RESUMEN .....	148
<b>CAPÍTULO V. POR QUÉ LOS DERECHOS <i>CONSTITUCIONALES</i> IMPORTAN: ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONSTITUCIONA- LISMO VINCULANTE .....</b>	<b>151</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	151
2. CONSTITUCIONALISMO VINCULANTE INEXIGIBLE O SUBEXIGIBLE .....	156
2.1. Introducción .....	156
2.2. Directivas constitucionales vinculantes basadas en derechos .....	156
2.3. El constitucionalismo en la práctica: la preponderancia de las di- rectivas constitucionales vinculantes inexigibles y subexigibles ...	161
3. LA JUSTIFICACIÓN NO INSTRUMENTALISTA A FAVOR DE LA CONSAGRACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES: LOS ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONSTITUCIONALISMO VINCU- LANTE .....	170
3.1. Introducción .....	170
3.2. La hipótesis de las limitaciones .....	171
3.3. Los argumentos a favor de la consagración de los derechos po- líticos.....	172
3.4. Los argumentos a favor de la consagración global de los dere- chos: el surgimiento del constitucionalismo global .....	185
4. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DEMOCRACIA.....	189
<b>CAPÍTULO VI. LOS VERDADEROS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA REVISIÓN JUDICIAL .....</b>	<b>191</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	191
2. LAS JUSTIFICACIONES INSTRUMENTALISTAS DE LA REVI- SIÓN JUDICIAL .....	194

	Pág.
3. REVISIÓN JUDICIAL Y EL DERECHO A SER OÍDO .....	201
3.1. Introducción .....	201
3.2. El derecho a ser oído.....	201
3.3. El derecho a ser oído y el proceso judicial .....	209
4. LA REVISIÓN JUDICIAL RESTRINGIDA .....	214
4.1. Introducción .....	214
4.2. Las teorías de la revisión judicial restringida .....	215
4.3. La oportunidad de ser oído fuera de los tribunales .....	218
5. CONCLUSIÓN.....	221
<b>CAPÍTULO VII. CONCLUSIÓN .....</b>	<b>223</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>229</b>

# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN

Afortunadamente, este libro quedó terminado mucho después de lo que había previsto (aunque quizá aún sea muy pronto para terminarlo, incluso en esta etapa). Si se hubiera escrito cuando lo planifiqué por primera vez, habría sido un libro muy diferente. Comencé a escribir este libro (o tal vez otro libro) creyendo que el derecho solo importa porque, en ciertas circunstancias, es probable que (de manera contingente) proteja derechos y haga justicia. Para ser más específico, cuando me dispuse a escribir un libro pensaba lo siguiente: 1) los derechos subjetivos son instrumentos para materializar valores que existen con independencia de estos derechos, y 2) las instituciones públicas, como el Estado y los tribunales, son meros instrumentos contingentes para facilitar la toma de decisiones y la implementación de medidas cuya conveniencia, corrección o pertinencia es independiente de la identidad del agente que las lleva a cabo. No hay nada particularmente valioso en las instituciones públicas más allá de su mayor grado de capacidad (contingente) de lograr fines valiosos. También comencé el proyecto convencido de que 3) los modos y formas de deliberación están determinados exclusivamente por la preocupación de obtener la respuesta correcta, de actuar de acuerdo con la razón, etcétera; 4) la conveniencia de que existan directivas constitucionales depende de si estas guiarán al Estado o a los agentes individuales a actuar como deberían hacerlo, y 5) la conveniencia de la revisión judicial (y su alcance óptimo) depende exclusivamente de si es conducente para llegar a la decisión correcta o para actuar conforme a la razón. Si este libro se hubiera escrito cuando lo pensé por primera vez, confiando en escribirlo, habría defendido todos estos postulados con la misma

pasión con que aquí defiendo ahora su negación. Me siento afortunado de no haber escrito esta obra la primera vez que concebí su elaboración.

En este trabajo analizo diversos procesos e instituciones políticos y jurídicos y sostengo que su conveniencia no es contingente ni depende de la posibilidad de que estas instituciones sean conducentes para la materialización de fines valiosos. En verdad, existen diversos procesos e instituciones jurídicos que suelen ser percibidos como medios contingentes para facilitar la materialización de fines valiosos pero que tienen importancia en sí mismos.

Está de moda, entre los filósofos del derecho, sostener que lo que da valor a una institución jurídica o política es su capacidad de decidir correctamente o de manera justa, y que lo que da valor a un proceso es su propensión a generar decisiones justas. Para justificar una institución o un procedimiento, se necesita detectar cuál es la decisión correcta o adecuada y, después, definir la institución o proceso que tienen más posibilidades de hacer las cosas bien. En cambio, este libro está del lado de quienes piensan que a veces la justicia o la corrección de una decisión dependen de la institución que toma la decisión o del proceso por el que se llegó a esa decisión, o de ambas. La justicia no siempre es independiente de las instituciones y los procesos que la producen. A veces, esas instituciones no son meros medios contingentes para la realización de objetivos valiosos, sino que son requisitos necesarios para la materialización de ciertos valores. Veamos un ejemplo para explicar esta posición.

En algunos supuestos, como en el de la revisión judicial (que se aborda en el capítulo VI), la institución (o el proceso) es deseable porque protege un derecho (el derecho a ser oído). La justificación de la revisión judicial se basa, entonces, no en la calidad superior de las decisiones resultantes de ese proceso, sino en la voluntad de oír determinadas quejas, considerar su solidez, abordarlas de buena fe y actuar de acuerdo con los resultados de la deliberación. Además, sostengo (en el capítulo III) que algunos bienes —los bienes intrínsecamente públicos— solo pueden ser provistos por instituciones públicas. El valor de estos bienes depende del agente que los suministra. Así, la conveniencia de la provisión pública de ciertos bienes no depende meramente de las características contingentes de las instituciones públicas, como su obligación de rendir cuentas. En realidad, el valor (e incluso la naturaleza) del bien provisto depende de su provisión pública. Por ejemplo, afirmo que el castigo penal es una práctica comunicativa que implica un juicio de valor sobre la ilicitud de un acto y, en consecuencia, no puede sino ser provisto por agentes que sean capaces de hacer juicios de valor con relevancia jurídica respecto de la ilicitud, agentes que puedan hablar en nombre del Estado. La provisión pública del castigo no es una característica contingente del castigo, sino que es, precisamente, lo que lo constituye en una práctica valiosa, la de condenar acciones ilícitas. Estos son solo ejemplos del abordaje de la tesis que defiendo en esta obra: que las insti-

tuciones y los procesos jurídicos generalmente no son meros instrumentos *contingentes* para materializar objetivos valiosos; suelen ser componentes necesarios de una sociedad justa.

Como estos temas se abordarán en profundidad en los capítulos que siguen, permítanme analizar algunas de las dificultades que presenta la que, en mi opinión, es la posición alternativa en la teoría política: la visión de que los procesos e instituciones jurídicos son meros medios contingentes diseñados para descubrir lo que exige la justicia y actuar en consecuencia.

Sobre la base de estas consideraciones, las instituciones políticas y jurídicas se justifican con el argumento de que generan *contingentemente* resultados deseables. Por ejemplo, suele sostenerse que los derechos jurídicos o políticos están diseñados para materializar valores preexistentes que subyacen en esos derechos, que el Estado está diseñado para ofrecer de la manera más eficiente bienes públicos tales como la seguridad, que las disposiciones constitucionales tienen por fin servir de guía a los funcionarios estatales para actuar de acuerdo con la razón, y que la revisión judicial solo está justificada en la medida en que tutele derechos, amplifique las voces de las minorías o proteja los principios y valores establecidos por los padres fundadores. La justificabilidad de un proceso o institución políticos se equipara a su utilidad y a su capacidad de lograr la materialización de decisiones o acciones deseables o justas. Además, la conveniencia o justificabilidad de la decisión se considera independiente de la institución que la toma o del proceso mediante el que se gestó<sup>1</sup>. Sin negar que esas explicaciones muchas veces tienen solidez argumental, quiero repasar aquí las razones por las cuales a veces pierden consistencia y por qué las explicaciones del tipo de las que sostengo en este libro a veces son superiores (aunque no siempre, por supuesto).

En primer lugar, la tarea de demostrar que una institución o un proceso conduce a un objetivo valioso suele exigir conocimientos de ciencias sociales. ¿Pueden demostrar las ciencias sociales que los tribunales suelen prestar más atención a las preocupaciones de las minorías que los órganos legislativos? ¿Tienen más responsabilidad frente al público las prisiones públicas que las privadas? ¿Un soldado está más dispuesto a cumplir con el derecho humanitario que un mercenario? ¿Las normas constitucionales que obligan al poder legislativo son más o menos conducentes a la justicia que la supremacía legislativa? ¿Es la supremacía judicial más o menos conducente a la justicia que la supremacía legislativa? Dada la amplitud y la generalidad de estas preguntas, incluso la ciencia social a veces exhibe su im-

---

<sup>1</sup> Hay una excepción fundamental a esta generalización: las instituciones democráticas o mayoritarias que suelen considerarse convenientes con prescindencia del resultado. Es sabido que varios teóricos políticos reconocidos han sostenido que el proceso democrático es conveniente por «razones relacionadas con los procesos». Véase WALDRON, 2006: 1346. Sin embargo, la democracia no está entre las instituciones o procesos que trato en esta obra.



potencia para fundamentar esas posiciones. La respuesta a la pregunta de si la revisión judicial conduce o no a la justicia o a la protección de los derechos depende de la calidad de los jueces, los métodos para su designación y otros parámetros contextuales. La solidez de estos argumentos difiere según las sociedades y las generaciones; en cambio, las posiciones de los politólogos suelen trascender tanto el plano espacial como el plano temporal. Si el politólogo se propone ofrecer un argumento que se aplique más allá de un lugar y un momento específicos, debe ofrecer también una fundamentación más sólida para sus conclusiones.

En segundo lugar, la estructura tradicional de las justificaciones a veces adolece de falta de sinceridad o autenticidad; a veces no logra identificar (o capturar) los sentimientos reales que subyacen en la necesidad de sostener o diseñar instituciones o procesos políticos. Los sentimientos que subyacen en las pasiones de los legisladores, el público e incluso los propios teóricos se basan en consideraciones normativas diferentes de las utilizadas oficialmente para defender las instituciones o los procesos correspondientes. Hay una sensación de incongruencia entre las justificaciones oficiales (supuestamente racionales) de los procesos o instituciones políticas (en cuanto a la calidad de las decisiones resultantes) y los sentimientos subyacentes que generan interés y pasión entre quienes sostienen, establecen, diseñan o simplemente aprecian estas instituciones. Para usar una analogía, un teórico puede ofrecer una justificación utilitaria perfectamente sólida para sostener la prohibición categórica de la esclavitud o la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos inhumanos. Pero esas justificaciones parecen no dar en el blanco y no explican por qué es incorrecta la tortura, ya que la repugnancia generada por dichas prácticas no responde a consideraciones utilitarias. En la misma línea, considero que aun los argumentos contingentes perfectamente sólidos a favor o en contra de ciertos procesos o instituciones políticos afianzados pueden resquebrajarse cuando intentan racionalizar esos procesos e instituciones en términos que no capturan lo que hace de ellos instituciones y procesos más atractivos desde el punto de vista político y moral. Una parte importante de este libro tiene por objeto encontrar justificaciones que pasen la prueba de la sinceridad, que aborden los sentimientos genuinos que subyacen en el apoyo popular de las instituciones y los procesos políticos en vez de racionalizarlos en términos que son desconocidos para quienes crean y sostienen esas instituciones.

No obstante, hago la salvedad de que no pretendo sostener que las justificaciones instrumentales (del tipo de las que he criticado más arriba) necesariamente sean incorrectas ni que el tipo de justificación provista en este libro (aquella que rechaza la postura de que el derecho es un medio contingente para obtener fines valiosos) sea necesariamente superior. Menciono estos dos problemas solo para ilustrar que las justificaciones instrumentales que se basan exclusivamente en contingencias no están exentas de dificultades. Esta obra no ofrece una argumentación general contra

un cierto tipo de justificación en la teoría política o jurídica (por ejemplo, contra las justificaciones que se basan en conjeturas sociológicas o psicológicas contingentes). Tampoco ofrece una argumentación a favor de una metodología justificatoria alternativa (que no se base en dichas contingencias). En cambio, mi objetivo en este libro es proponer argumentos sólidos en favor o en contra del uso de ciertos procesos e instituciones políticos y jurídicos. En consecuencia, su valor no depende de poder demostrar que cierto tipo de justificación es superior a otro tipo de justificación, sino que radica, simplemente, en la solidez de los argumentos específicos que se ofrecen en los capítulos que siguen. Lo que demuestro en los distintos capítulos de esta obra es que existe una estrecha (o fuerte) afinidad entre los procesos e instituciones jurídicos y políticos y los valores u objetivos deseables, de manera tal que estos en principio pueden materializarse solo mediante la implementación de aquellos.

A continuación haré una breve exposición del contenido de los capítulos del libro.

En la primera parte (integrada por el capítulo II), abordo la naturaleza de (algunos) derechos de especial importancia y enumero las razones para protegerlos. Suele sostenerse que los derechos son valiosos debido a los valores que subyacen en ellos. Según esta visión, los derechos están diseñados para materializar o para facilitar la materialización de valores cuyo contenido es independiente de ellos. Por ejemplo, suele argüirse que el derecho a la libertad de expresión está previsto para promover la autonomía, que el derecho a la libertad religiosa facilita la autorrealización, etcétera, pero si fuera así —sostengo— los derechos serían, al menos en principio, superfluos; los valores pueden funcionar igual de bien que los derechos, al menos en principio. Por ejemplo, en vez de protegerse derechos diseñados de manera muy precisa para promover la autonomía, debería protegerse la autonomía en sí misma, con lo cual esta reemplazaría los derechos específicos diseñados para protegerla <sup>2</sup>.

En el capítulo II, cuestiono esta visión y sostengo que ciertos derechos no son meras normas diseñadas para promover la materialización de ciertos valores preexistentes que subyacen en ellos. Los valores que subyacen en (algunos) derechos están contruidos, en parte, mediante la consagración de los derechos diseñados para proteger estos mismos valores de manera tal que la relación entre estos derechos y los valores que subyacen en ellos sea recíproca: los derechos se fundamentan en los valores, como la autonomía y la dignidad, y encuentran justificación según los propios valores. Al

---

<sup>2</sup> Esta conclusión no es una mera fantasía hipotética. De hecho, quienes defienden el llamado «paradigma racionalista» quieren distanciar el discurso jurídico y constitucional de lo que consideran una obsesión rígida y fetichista con derechos diseñados con suma precisión y recurren, en cambio, a valores amplios y difusos. Véase el tratamiento de este tema en el capítulo II, apartado 3.2.

mismo tiempo, los valores que subyacen en los derechos consolidados (jurídica o políticamente) también están contruidos en parte por los derechos, de manera tal que la consagración (jurídica o política) de los derechos contribuye, en última instancia, a la construcción de los valores.

La segunda parte (que abarca los capítulos III y IV) está dedicada al análisis de la dignidad y, en particular, a sus ramificaciones para la teoría política. La dignidad, se demuestra allí, exige que nuestras decisiones se basen en una deliberación respetuosa. Más específicamente, la dignidad impone restricciones a la deliberación de los agentes: no indica (o no solo indica) qué tienen que decidir o cómo deben actuar, sino también cómo deben razonar o deliberar. Además, sostengo que la capacidad de deliberar de ciertas maneras suele depender del agente: solo ciertos agentes son capaces de realizar ciertos tipos de deliberaciones. La principal dicotomía que se exhibe en el capítulo III se manifiesta entre los agentes que operan sobre la base de la fidelidad a la razón (agentes privados) y agentes que operan sobre la base de la fidelidad a la deferencia (funcionarios públicos).

La diferencia entre la fidelidad a la razón y la fidelidad a la deferencia es crucial, ya que hay ciertos bienes que solo pueden ser provistos por agentes que operan sobre la base de la fidelidad a la razón y otros bienes que solo pueden ser provistos por agentes que operan sobre la base de la fidelidad a la deferencia. A veces, son solo los funcionarios públicos (agentes que responden al Estado) los que pueden ofrecer ciertos bienes; y, en otras oportunidades, solo los particulares pueden hacerlo (operando sobre la base de la fidelidad a la razón). En esos casos, no es que el agente (particular o funcionario público) sea elegido sobre la base del éxito (contingente) que de él se espera en la provisión del bien, sino que el valor del bien (o incluso la posibilidad misma de ofrecer el bien) depende de que sea provisto por el agente designado.

En la tercera parte defiendo el «constitucionalismo fuerte». El constitucionalismo fuerte tiene dos componentes: *a*) directivas constitucionales vinculantes (pero no necesariamente exigibles) (capítulo V) y *b*) la facultad de los jueces para hacer cumplir esas directivas (revisión judicial) (capítulo VI).

En el capítulo V sostengo que la consagración constitucional de derechos morales o políticos preexistentes es valiosa, independientemente de si ello lleva a la protección de esos derechos o no. Más específicamente, en el capítulo defiendo lo que denomino «constitucionalismo vinculante», es decir, un esquema de directivas que obligan al poder legislativo. El valor del constitucionalismo vinculante no radica en sus posibles efectos o consecuencias contingentes, como podría ser la mejor protección de los derechos. Sostengo, en cambio, que se basa en el hecho de que la consagración constitucional de derechos constituye el reconocimiento público de que la protección de los derechos es un *deber* del Estado, y no un mero gesto dis-

crecional de su parte. Las decisiones que se toman de acuerdo con deberes consagrados constitucionalmente no están «a merced» del poder legislativo, sino que este debe actuar de acuerdo con dichas decisiones. En ausencia de directivas constitucionales vinculantes, puede hacerse un parangón entre el caso de un Estado que protege un derecho con el del deudor que le da lo que debe a su prestamista pero insiste en que su acto constituye una donación de caridad en vez del pago de una deuda.

No consagrar derechos constitucionales no es meramente desconsiderado tal como lo es la actitud del deudor. La falta de consagración constitucional de los derechos afecta a la libertad, ya que esta exige no solo la protección de hecho de la expresión, la religión y otros derechos básicos, sino una protección que no dependa de la buena voluntad del poder legislativo. Los ciudadanos libres no deberían vivir a merced de sus órganos legislativos, aun si estos tuvieran buenas intenciones y se mostraran dispuestos a proteger sus derechos. La consagración constitucional de los derechos es, por ende, una condición previa necesaria para la libertad y no un mero instrumento contingente para su protección. Para ponerlo en términos claros, la deliberación democrática es, a veces, necesariamente perjudicial para la libertad. No solo es perjudicial para la libertad por razones contingentes (en particular, porque la deliberación democrática puede generar decisiones opresivas). Incluso cuando la deliberación democrática genera decisiones u opciones que protegen derechos, a veces no llega a reconocer el deber de proteger los derechos, que es independiente de las opiniones o las preferencias del poder legislativo o del pueblo.

En el capítulo VI se completa la defensa del constitucionalismo fuerte mediante la justificación de la revisión judicial sobre la base de fundamentos no opuestos al instrumentalismo. En este capítulo se sostiene que el Estado tiene el deber de oír a sus ciudadanos, y este deber exige al Estado *a*) ofrecer a los particulares la oportunidad de impugnar las decisiones que consideren (con razón o sin ella) que afectan sus derechos, *b*) que justifique sus decisiones frente a quienes se sientan agraviados y *c*) reconsiderar sus decisiones sobre la base de la deliberación. La revisión judicial no es valiosa por la probabilidad que alberga de arrojar «mejores» decisiones o promover mejor objetivos o valores deseables, sino porque constituye nada menos que el derecho de los particulares a ser oídos. También analizo la pertinencia de esta observación respecto de lo que denomino «revisión judicial restringida», en referencia a los sistemas que dan a los tribunales un papel privilegiado, pero no supremo, en el diseño de los derechos constitucionales. Tanto en el capítulo V (en defensa de las directivas constitucionales vinculantes) como en el capítulo VI (en defensa de la revisión judicial) cuestiono el marco justificatorio dominante que habitualmente se utiliza en la teoría constitucional: el instrumentalismo constitucional. Según esta visión, el valor de las constituciones o de la revisión judicial depende exclusivamente de contingencias tales como la probabilidad de que las consti-

tuciones o la revisión judicial contribuyan a la calidad o la justicia de las decisiones resultantes.

Descubrir el valor no contingente de las instituciones y los procesos jurídicos suele ayudar no solo a discernir por qué son convenientes, sino también a comprender mejor la naturaleza de estas instituciones de maneras que se apartan de los abordajes tradicionales. Por ejemplo, en el capítulo III se determina quiénes son los funcionarios públicos y en qué se diferencian de los particulares. Los funcionarios públicos son aquellos agentes que pueden hablar en nombre del Estado, y pueden hacerlo porque participan en «prácticas integrativas», caracterizadas por su transparencia, establecida como un principio en sí mismo, y su disposición para absorber la orientación e intervención política en curso. En el mismo orden de ideas, en el capítulo VI sostengo que la revisión judicial no es una práctica que necesariamente deba ser realizada por los tribunales o los jueces. La fundamentación que subyace en la revisión judicial implica que lo importante acerca de ella es el proceso decisorio, que se equipara a un proceso de audiencia individualizada. Es el proceso decisorio el que hace valiosa la práctica, y no el hecho de que sea realizada por tribunales o jueces.

Mi conclusión es que los procesos y las instituciones políticos y jurídicos importan no (solo) por las razones por las que muchos teóricos políticos y jurídicos creen que importan. Importan de por sí, y no como meros instrumentos contingentes para obtener determinados resultados. Con estos argumentos en diferentes áreas del derecho y la política, intento centrarme en los sentimientos de los políticos, los ciudadanos y los activistas y teorizar sobre sus preocupaciones de la manera más auténtica posible en que se pueden encarar académicamente estos sentimientos. Mi deseo de capturar lo mejor posible las preocupaciones que tienen estos grupos ha sido el disparador para la escritura del libro que el lector tiene en sus manos.

PRIMERA PARTE

**POR QUÉ LOS DERECHOS IMPORTAN**

## CAPÍTULO II

# **POR QUÉ LOS DERECHOS IMPORTAN: LA INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS DERECHOS Y LOS VALORES**

### 1. INTRODUCCIÓN

Suele sostenerse que los derechos son valiosos debido a las razones o los valores que subyacen en ellos. Así, es conocido el ejemplo de Joseph RAZ, que postuló: «Las afirmaciones de derechos generalmente son conclusiones intermedias en argumentos de valores finales a deberes»<sup>1</sup>. RAZ sostiene en esta cita lo que yo denomino *hipótesis de la primacía de los valores sobre los derechos*, es decir, el postulado de que los valores que subyacen en los derechos son normativamente anteriores a los derechos, y que los valores determinan —con sujeción a intereses institucionales y pragmáticos— el alcance y la fuerza de los derechos. Esta posición incluso ha llevado a algunos constitucionalistas contemporáneos —defensores de lo que se conoce como el «paradigma racionalista»— a poner en duda la necesidad de tener una lista de derechos diferentes estrechamente delimitados, como el derecho a la libertad de expresión, de culto o a la intimidad, y también los ha llevado a recomendar, en su lugar, la consagración de un derecho general a la libertad o la autonomía<sup>2</sup>. En este capítulo pongo en crisis esta postura y ofrezco una alternativa, que denomino *hipó-*

---

<sup>1</sup> RAZ, 1986: 181 (*N. del T.*: Salvo cuando se indique lo contrario, la traducción al español de citas originalmente en inglés corresponde al traductor de esta obra).

<sup>2</sup> Véase el tratamiento de este tema en el apartado 3.2.