

LEOPOLDO GAMA

**DERECHOS, DEMOCRACIA
Y JUECES**

Modelos de filosofía constitucional

Prólogo de
Manuel Atienza

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO , por Manuel Atienza.....	13
PREFACIO	21
CAPÍTULO I. EL CONSTITUCIONALISMO SUSTANTIVISTA	35
1. INTRODUCCIÓN	35
2. CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA.....	37
3. EL PRINCIPIO DE IGUAL CONSIDERACIÓN Y RESPETO	40
4. LOS DERECHOS COMO TRIUNFOS.....	45
5. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA	49
5.1. Cuestiones preliminares	49
5.2. Los contenidos sustantivos de la democracia.....	50
5.3. La democracia como asociación	53
6. JUECES: GUARDIANES DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....	59
6.1. J. H. Ely frente a Dworkin (y otros).....	59
6.2. Más allá de <i>Democracy and Distrust</i>	64
6.3. Poder político y justicia constitucional	68
6.3.1. Consideraciones preliminares.....	68
6.3.2. Formas de entender el poder político	69
6.3.3. Conclusiones preliminares.....	74
6.4. ¿Qué decidir? ¿Quién decide (mejor) y por qué?.....	76

	Pág.
6.4.1. Cuestiones sensibles e insensibles a las preferencias	76
6.4.2. Tribunales, custodios de las cuestiones de principio	78
6.5. El foro de los principios y el foro de la política	80
6.5.1. ¿Superioridad del razonamiento judicial?.....	80
6.5.2. Un erizo sensible al contexto.....	83
7. ¿CÓMO INTERPRETAN LOS CONSTITUCIONALISTAS?	84
7.1. El proyecto interpretativo de Dworkin	84
7.1.1. El derecho enlazado con la moral.....	84
7.1.2. La práctica jurídica como ejercicio de interpretación ...	87
7.1.3. Una novela en cadena	89
7.2. La integridad constitucional	90
7.2.1. El principio de integridad	90
7.2.2. Una lectura moral de la Constitución	92
7.3. Lectura moral y <i>praxis</i> constitucional	95
8. CONSTITUCIONALISMO SUSTANTIVISTA EN POCAS PALABRAS	100
CAPÍTULO II. EL CONSTITUCIONALISMO PROCEDIMENTA-	
LISTA	103
1. INTRODUCCIÓN	103
2. DESACUERDOS SUSTANTIVOS	106
2.1. Las circunstancias de la política.....	106
2.2. ¿Desacuerdos razonables sobre la justicia?.....	109
2.3. La metaética waldroniana y algo más	115
2.3.1. El emotivismo de Waldron	115
2.3.2. Positivismo jurídico normativo.....	118
3. DEFENSA DE LOS PARLAMENTOS Y LA LEGISLACIÓN MA-	
YORITARIA	120
3.1. Imágenes desfavorables de los parlamentos.....	120
3.2. La representación política de los desacuerdos	122
3.2.1. Los parlamentos como asambleas numerosas	123
3.2.2. La diversidad en los parlamentos	124
3.2.3. La necesidad de establecer reglas de procedimiento	125
3.2.4. Carácter deliberativo del parlamento.....	125
3.2.5. Waldron y la democracia deliberativa	126
3.3. Autoridad de la legislación democrática	128

	Pág.
4. LOS DERECHOS EN EL CONSTITUCIONALISMO PROCEDIMENTALISTA	133
4.1. Los alcances de una teoría moral fundada en derechos	133
4.1.1. ¿Reconocimiento de derechos sin mecanismos del constitucionalismo?	133
4.1.2. La estructura de las teorías basadas en los derechos	134
4.2. De los derechos morales a los derechos constitucionales	136
4.2.1. <i>Non sequitur</i>	136
4.2.2. Desconfianza hacia los ciudadanos y hacia la democracia	139
4.3. El valor del derecho de participación política	141
4.3.1. ¿Qué es participar en política?	141
4.3.2. ¿Entra en conflicto el derecho de participación con otros derechos?	146
4.4. Incompletitud de las teorías sobre los derechos	147
4.5. ¿Democracia constitucional sin cartas de derechos?	151
4.5.1. Cuando el pueblo se fija límites	151
4.5.2. Derechos y precompromisos	152
4.6. La relación entre los derechos y la democracia	154
5. DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL	157
5.1. Deliberación democrática (no judicial) sobre derechos	158
5.2. ¿Contribuye la justicia constitucional a mejorar la democracia?	161
5.3. ¿El control judicial mejora el debate público?	163
5.4. Respuestas correctas y control judicial: entre la sustancia y el procedimiento	165
5.5. Precondiciones de la democracia y <i>judicial review</i>	167
5.6. ¿Existen límites a la decisión por mayoría?	170
6. CONSTITUCIONALISMO PROCEDIMENTALISTA EN POCAS PALABRAS	172
CAPÍTULO III. EL CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO	177
1. INTRODUCCIÓN	177
2. PRESUPUESTOS TEÓRICOS DEL MODELO	179
2.1. Conexión entre el derecho, la moral y la política	179
2.2. El constructivismo moral	180
2.2.1. ¿Qué es el constructivismo moral?	180
2.2.2. Constructivismo entre Rawls y Habermas	182

	Pág.
2.2.3. La versión constructivista de Nino	184
2.2.4. Presupuestos de la argumentación moral.....	186
3. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MODELO DELIBERATIVO	188
3.1. Los derechos humanos como derechos morales	188
3.2. Los principios que fundamentan los derechos humanos.....	192
3.2.1. El principio de autonomía	193
3.2.2. El principio de inviolabilidad	195
3.2.3. El principio de dignidad	196
3.3. Fuerza de los derechos y paradoja de la irrelevancia moral del gobierno	197
4. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	200
4.1. Concepciones opuestas de la democracia.....	201
4.1.1. Concepciones que rechazan una relación entre la moral y la política	202
4.1.2. Concepciones que admiten una relación entre la moral y la política	204
4.1.3. Concepciones «mixtas»	206
4.2. La democracia como sucedáneo del discurso moral	207
4.2.1. Del discurso moral a la deliberación política	208
4.2.2. El valor epistemológico del procedimiento democrático	209
5. LA CONSTITUCIÓN COMO PRÁCTICA SOCIAL.....	213
5.1. Relevancia de la Constitución histórica	213
5.1.1. La indeterminación radical de la Constitución	214
5.1.2. La paradoja de la superfluidad en el contexto de la Constitución.....	215
5.2. Relevancia de la Constitución: la conexión entre derecho y política.....	217
6. ALCANCES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	221
6.1. Argumentos tradicionales a favor del control judicial	222
6.1.1. <i>Marbury v. Madison</i> y la «lógica de Marshall»	222
6.1.2. El control judicial para proteger derechos fundamentales.....	224
6.2. Valor epistémico y dificultad contramayoritaria	226
6.3. El control judicial del proceso democrático.....	228
6.3.1. Las precondiciones de la democracia	228
6.3.2. Fuerza y alcance del proceso democrático	230

	Pág.
6.4. La protección judicial de la autonomía personal.....	233
6.5. La preservación de la práctica constitucional	237
7. CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO EN POCAS PALABRAS.....	239
CAPÍTULO IV. HACIA UN MODELO DELIBERATIVO EQUILIBRADO DE FILOSOFÍA CONSTITUCIONAL.....	243
1. INTRODUCCIÓN	243
2. FILOSOFÍA CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA PROCESAL	245
2.1. La tensión entre la forma y la sustancia	246
2.2. Justicia procesal pura, perfecta, imperfecta y... ..	249
2.2.1. Justicia procesal pura.....	249
2.2.2. Justicia procesal perfecta.....	250
2.2.3. Justicia procesal imperfecta.....	250
2.2.4. Justicia procesal cuasi pura	251
2.2.5. Ventajas de distinguir un cuarto tipo de justicia procesal	253
2.3. Constitucionalismo sustantivista y justicia procesal imperfecta.....	254
2.4. Constitucionalismo procedimentalista y justicia procesal pura...	256
2.5. Constitucionalismo deliberativo y justicia procesal cuasi pura...	258
3. EL MODELO DELIBERATIVO EQUILIBRADO DE FILOSOFÍA CONSTITUCIONAL	263
3.1. La paradoja de las precondiciones de la democracia	263
3.1.1. Equilibrio entre el valor intrínseco e instrumental	263
3.1.2. Sortear la paradoja.....	265
3.2. Un modelo fundado en los derechos	269
3.2.1. Anclaje en una <i>moral-rights-based-theory</i>	269
3.2.2. Tres sentidos de la expresión «derechos».....	270
3.2.3. ¿Cuál es el vínculo entre los derechos y la forma constitucional?	275
3.3. El peso de la deliberación democrática	277
3.3.1. Constitucionalistas de poca fe	277
3.3.2. Cuando las mayorías se equivocan	280
3.3.3. ¿Por qué son necesarias las razones sustantivas?	283
3.3.4. (Des)acuerdos constitucionales y deliberación	286
3.3.5. Los límites del procedimiento mayoritario.....	290
3.4. La filosofía judicial del deliberativismo	292

	Pág.
3.4.1. Adiós a la <i>judicial review</i> del constitucionalismo sustantivista	293
3.4.2. Judicatura: ¿el foro de los principios?	295
3.4.3. Diálogo institucional y constitucionalismo débil	302
3.4.4. Presunción de (in)constitucionalidad de la ley	309
4. CONCLUSIÓN	316
BIBLIOGRAFÍA	319

PRÓLOGO

Manuel ATIENZA

Vivimos dentro del paradigma constitucionalista y un ingrediente fundamental del mismo es el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Como es bien sabido, ese control puede entenderse de diversas maneras (lo más decisivo es que tenga un carácter concentrado o difuso), pero en sí mismo resulta una idea (y una realidad) problemática puesto que, al menos aparentemente, parece contradecir el núcleo del Estado de derecho, del *rule of law*: el principio de legalidad y de soberanía popular, el gobierno de las leyes (frente al de los hombres —los jueces—).

Si una ley votada en el parlamento, por los representantes de la soberanía popular, puede ser anulada (o no aplicada) por quienes no han sido elegidos democráticamente, entonces lo que parece ponerse en cuestión es que nuestros sistemas sean realmente sistemas democráticos. O, al menos, habría que aclarar en qué sentido lo son, dada la existencia de esos órganos que están por encima de los parlamentos y que gozan, como suele decirse, de un «poder contramayoritario».

Naturalmente, poder contramayoritario no quiere decir poder ilimitado. La justificación —diríamos, a bote pronto— que puede darse a favor de que exista ese poder (de que existan tribunales constitucionales) es que solo de esa manera puede garantizarse la primacía de la Constitución. Pero esto, claro está, plantea un nuevo problema: ¿existen criterios objetivos que permitan determinar qué es lo que realmente establece la Constitución, cuando resulta que para colegir ese significado no hay más remedio que interpretar normas (prin-

cipios) de textura extraordinariamente abierta? Y si existieran esos criterios, ¿cómo podemos estar seguros de que los jueces los aplicarán y no se dejarán llevar por sus propias opiniones morales y políticas?

El libro escrito por Leopoldo GAMA (cuyo origen es la tesis de doctorado que leyó en la Universidad de Alicante en 2009, con el título de «La justificación del control judicial de constitucionalidad en la teoría del derecho contemporánea») está fundamentalmente dirigido a dar respuesta a esos interrogantes, pero lo hace, cabría decir, indirectamente, a través de la obra de tres importantes teóricos del derecho de las últimas décadas: Ronald DWORKIN, Jeremy WALDRON y Carlos S. NINO. Cada uno de ellos representa una postura que tiene un cierto valor paradigmático (aunque no sean las únicas existentes) y Leopoldo GAMA las expone y critica con claridad y con rigor.

DWORKIN defiende un constitucionalismo fuerte, basado en una noción no meramente procedimental de democracia, puesto que hay ciertos «derechos sustantivos» que son constitutivos de la democracia constitucional; defiende por ello un criterio amplio de control judicial que, en la medida en que se ciña a los derechos (y no entre en cuestiones que tengan que ver simplemente con preferencias), no solo es que esté justificado, sino que tiene que ser considerado como una exigencia de la democracia: el foro judicial facilita en mayor medida que el de la política democrática la obtención de resultados justos. La crítica de GAMA apunta precisamente a esto último, a que es difícil aceptar que «la deliberación judicial aventaje desde el punto de vista epistémico a una deliberación amplia y participativa propia del gobierno democrático». Además, la postura de DWORKIN sería dudosamente compatible con el principio fundamental por él defendido de que se debe tratar a todos con la misma consideración y respeto, pues ese principio «exige también considerarlos [a todos los individuos] como agentes autónomos para gobernarse tanto en la esfera pública como en la privada». En fin, el «error fundamental» de DWORKIN, de acuerdo con GAMA, radicaría en «no reconocer que el procedimiento democrático goza de cierto valor intrínseco del que carece el control judicial de constitucionalidad».

La postura de Jeremy WALDRON es, en cierto modo, la contrafigura de la de DWORKIN. Según WALDRON, dadas las «circunstancias de la política», esto es, la existencia de desacuerdos y la necesidad de tomar decisiones que vinculen a todos los individuos, esas decisiones tienen que ser confiadas a los parlamentos que, precisamente por la forma como están estructurados (tamaño, diversidad de sus miembros, sometimiento a cierto procedimiento, carácter deliberativo), constituyen el mejor foro para hacer frente a esas circunstancias. WALDRON defiende una concepción puramente procedimental de la democracia que excluye todo límite al poder de la mayoría y, en consecuencia, no deja ningún espacio para el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Las críticas que le dirige Leopoldo GAMA se refieren a varios de esos aspectos: a

la exagerada confianza que WALDRON parece poner en el razonamiento moral de los individuos, lo que le lleva a excluir «la posibilidad de que tomen decisiones incorrectas»; a la idealización de los procedimientos democráticos existentes en las democracias modernas; a las dudas que suscita el que los «desacuerdos profundos» nos fuercen a desentendernos de las razones sustantivas y confiar exclusivamente en el procedimiento mayoritario; y, en fin, a la necesidad de poner un límite a la ley de la mayoría, precisamente para proteger a la democracia (los jueces deberían poder controlar, al menos, las cuestiones relacionadas con las condiciones de la democracia, según la conocida posición de J. H. ELY).

Finalmente, el planteamiento de Carlos NINO viene a ocupar un lugar intermedio entre los otros dos. Frente a DWORKIN, NINO dota a las leyes de un valor epistémico, esto es, el proceso democrático les confiere un valor intrínseco, en el sentido de que proporciona razones para creer en su corrección moral. Sin embargo, y ahora a diferencia de WALDRON, la concepción de la democracia de NINO no es puramente procedimental, sino que, según él, es necesario que el procedimiento democrático se ajuste a ciertos contenidos sustantivos delineados por los derechos fundamentales. En consecuencia, la intervención de los tribunales constitucionales solo estaría justificada en tres casos: para garantizar las condiciones del procedimiento democrático, para la defensa de la autonomía personal y para la preservación de la práctica constitucional. A GAMA le parece que esa postura de NINO representa un «modelo equilibrado» de constitucionalismo (lo que equilibra son las exigencias de la democracia y las del constitucionalismo —la protección de los derechos—) y que puede hacer frente a las críticas dirigidas a los otros dos modelos. La clave para ello estaría en que la teoría deliberativa de la democracia de NINO otorga valor tanto a los «derechos de tipo procedimental», como a «algunos derechos sustantivos que están estrechamente conectados con el ideal democrático». Y aquí surge una cuestión que en el libro de Leopoldo GAMA no está muy desarrollada: ¿qué pasa con los derechos sustantivos no relacionados con el procedimiento democrático, como es el caso de los derechos sociales?

GAMA parece decantarse por entender que la postura de NINO sería que respecto de estos últimos derechos no cabe un control judicial y que precisamente sería aquí donde radicaría la diferencia práctica entre NINO y DWORKIN, pues este último sí que aceptaría ese control. Pero, claro, esa postura más restrictiva no resulta tan fácil de aceptar, entre otras cosas porque parece estar en contradicción con lo que es la práctica de los sistemas constitucionales contemporáneos, que no trazan de esa manera el límite al control judicial de constitucionalidad. De manera que, al final, yo diría que nos vemos abocados a una especie de dilema: si esa interpretación de la obra de NINO fuera la adecuada, entonces parecería que hay algunas razones de peso como para dudar de que, efectivamente, el modelo de NINO pueda servir para guiar la práctica

de nuestros tribunales constitucionales; y si no fuera adecuada, esto es, si pudiera interpretarse a NINO de manera que sí permitiera ese control, entonces ¿cuál sería la diferencia con la postura de DWORKIN?, ¿seguiría habiendo alguna razón para tomar partido por el iusfilósofo argentino?

Los párrafos anteriores constituían básicamente el prólogo que escribí hace ya unos cuantos años a lo que iba a ser el libro que reproduciría la tesis de doctorado a la que me referí al comienzo y que habíamos dirigido Josep AGUILÓ y yo mismo. Precisamente, recordando los años de estancia de Leopoldo GAMA en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, durante los cuales, quienes fuimos sus compañeros pudimos conocer a fondo las grandes capacidades intelectuales de POLO, así como su aplomo a la hora de enfrentar cualquier tipo de problema, acababa ese prólogo planteándole algo así como un desafío intelectual, consistente en resolver el anterior «dilema».

Pues bien, diversos avatares de la vida (personal y profesional) de Leopoldo GAMA han hecho que la publicación de su libro se haya atrasado todos estos años. Pero eso constituye, yo diría, una verdadera suerte para el lector que, además de con un trabajo en el que se desarrollan por extenso las tesis de los tres autores mencionados, cuenta ahora con un espléndido capítulo cuarto (en realidad una ampliación de lo que ya existía en el original) en el que el autor nos ofrece su propia concepción de filosofía constitucional: lo que llama «un modelo equilibrado», y que vendría a ser algo así como una variante en relación con el modelo de NINO.

Lo que le sirve de guía para presentar su propuesta es la conocida distinción de RAWLS de tres tipos de justicia procesal: pura (cuando seguir el procedimiento es condición necesaria y suficiente para que la decisión sea justa, como ocurre con los juegos de azar); perfecta (hay criterios independientes del procedimiento para evaluar la corrección de una decisión, pero además hay un procedimiento que asegura la obtención de un resultado justo, como cuando se trata de dividir un pastel en partes iguales, y para ello se establece la regla de que la persona que divida será la última en elegir); imperfecta (existen criterios independientes para evaluar la corrección, pero el seguimiento de las reglas hace únicamente probable, no segura, la obtención de resultados correctos, como ocurre con el procedimiento penal: no todos los culpables son condenados, ni todos los inocentes, absueltos). Pues bien, lo que plantea GAMA (siguiendo a una serie de autores que ya habían hecho esa sugerencia) es que la anterior clasificación no es exhaustiva, porque cabe un cuarto tipo de justicia procesal, la cuasi pura o cuasi perfecta, que daría cuenta de situaciones «en las que existirían criterios independientes para evaluar los resultados de un procedimiento y, al mismo tiempo, habría estándares procedimentales para evaluar la calidad del procedimiento mismo». Aplicado a la democracia constitucional, eso significaría que, por un lado, es un procedimiento «cuasi

perfecto en cuanto a la corrección sustantiva de los resultados que produce», pero además es cuasi puro, «pues el seguimiento de sus reglas constitutivas [de la democracia] le asegura (cierto) valor». Lo que ofrece ese modelo es, por ello, un equilibrio entre el sustantivismo de un DWORKIN y el procedimentalismo¹ de un WALDRON. O sea, el modelo de DWORKIN tendría su paralelo en la justicia procesal imperfecta; el de WALDRON, en la justicia procesal pura; y el constitucionalismo deliberativo de NINO, así como el deliberativismo equilibrado de GAMA, se correspondería con la justicia procesal cuasi pura; mientras que no habría —por razones obvias— ningún modelo de legitimidad política que se ajuste a la justicia procesal perfecta.

Ahora bien, ¿qué diferencia habría entonces entre el planteamiento de NINO y el de Leopoldo GAMA? Lo que este último nos dice, por un lado, es que en su modelo habría menos espacio para el control jurisdiccional, y más para la deliberación democrática, que en el de NINO, porque él (GAMA) considera que «las precondiciones [de la democracia] no imponen un “límite” al procedimiento sino que establecen pautas para la toma de decisiones». O, dicho de otra manera, los derechos no pueden entenderse como «triumfos» contra la mayoría, sino más bien como «resultados de un acuerdo colectivo», de manera que, según él, no cabría propiamente hablar de «esfera de lo indecible» o de «atrincherar derechos». Todo lo cual parece ir, en definitiva, en el sentido de aproximar su postura (la de GAMA) al procedimentalismo de WALDRON y alejarla en consecuencia (hablo siempre en términos relativos) de la sostenida por NINO o por DWORKIN.

Pero, por otro lado, al plantearse la cuestión de sobre qué tipos de derechos cabría ejercer un control judicial (podría actuar la justicia constitucional), la postura de GAMA se aparta de manera bastante radical de la de WALDRON y es del todo coincidente con la de DWORKIN; estaría incluso aquí más próximo a DWORKIN que a NINO. O sea, al discutir los límites sustantivos que cabe imponer al procedimiento democrático, y utilizando la distinción que efectuó DAHL de tres tipos de derechos (simplificando: derechos políticos; derechos sustantivos —en esta categoría se incluirían los derechos sociales—; y derechos procesales —no vinculados al procedimiento democrático, sino a la noción de debido proceso judicial—), GAMA llega al resultado de que WALDRON rechaza que pueda limitarse cualquiera de esos tres tipos de derechos, mientras que DWORKIN y él mismo admitirían límites a todos ellos, y NINO parecería ocupar una posición intermedia: aceptaría el control en relación con la primera cate-

¹ En el texto, Leopoldo GAMA habla en ocasiones de «instrumentalismo» para referirse a la posición de autores como DWORKIN (que atribuyen a la democracia un valor puramente instrumental, no sustantivo o final), de manera que, en ese sentido, el «instrumentalismo» se opondría al «procedimentalismo» de WALDRON y de quienes otorgan un valor intrínseco al procedimiento democrático. Para evitar malos entendidos (dada la proximidad semántica que en general parece existir entre «procedimentalismo» e «instrumentalismo»), no voy a seguirle en ese uso.

goría de derechos, no lo aceptaría en relación con la tercera, y no estaría clara su postura a propósito de los de la segunda.

A primera vista, las afirmaciones anteriores pueden parecer sorprendentes o incluso incoherentes (con respecto a las primeras), pero en realidad no lo son, por lo siguiente. El núcleo del problema, para Leopoldo GAMA, no reside en si cabe o no establecer límites sustantivos a la democracia, sino en determinar quién ha de tener la última palabra al respecto. Y aquí, a diferencia de NINO y de DWORKIN, GAMA considera que no deben ser los jueces; o, más exactamente: «El modelo deliberativo equilibrado» propone en principio que todas las decisiones sobre el contenido y alcance de los derechos están sujetas a deliberación y decisión mayoritaria, pero abre la puerta también a que sean discutidas «a través de un mecanismo judicial de control constitucional siempre y cuando no posea siempre la última palabra». De manera que, cabría decir, la solución que GAMA propone para lo que antes denominaba yo «dilema» consistiría en algo así como en negar los términos del problema. O sea, no es tan importante para él optar por el modelo de NINO o por el de DWORKIN; la clave del asunto, en su opinión, no tendría que ver con aceptar o no un control judicial (de la justicia constitucional) de los derechos sociales.

Y, planteadas así las cosas, lo que a Leopoldo GAMA le parece preferible es un modelo de justicia constitucional débil, como el existente en Canadá, en el que se establece una especie de «constitucionalismo dialógico» en el que «ninguna institución posee el monopolio en la definición de los valores que deben guiar a una comunidad», y en donde «la idea del diálogo institucional es que el cuerpo legislativo y los tribunales colaboren en la definición del sentido y alcance de los derechos». GAMA parece mostrarse incluso partidario de una concepción «dialógica» como la sostenida por GARGARELLA, y según la cual cabría aceptar «respuestas judiciales conversacionales que difieren de las clásicas alternativas “ley válida” o “ley inválida”, “ley constitucional” o “ley inconstitucional”».

Bueno, yo no pretendo plantearle a Leopoldo GAMA un nuevo dilema. Creo que su libro tiene un gran valor —lo repito— porque afronta con claridad un problema fundamental (si no el problema fundamental) del constitucionalismo contemporáneo, y porque sugiere además una respuesta al mismo de indudable interés. Pero sí quisiera formularle una serie de preguntas que a mí me ha suscitado la lectura de su libro (con los nuevos añadidos) y que quizá pudieran compartir otros lectores de la obra. Serían de este tenor: ¿Es realista esa concepción dialógica del derecho a la que parece adherirse GAMA? ¿Puede pensarse, sin incurrir en deformación ideológica, que el derecho (o la justicia constitucional) consiste esencialmente en una gran empresa dialógica? ¿Dónde quedarían en ese esquema los elementos de poder y de conflicto? ¿Y sería esa la mejor forma de garantizar los derechos sociales y el resto de los derechos fundamentales de los individuos? Si una democracia no puede funcionar

—no puede haber auténtica democracia— sin un mínimo de homogeneidad social (de efectividad de los derechos sociales), ¿es una buena estrategia para lograr ese fin volver a situar a esos derechos en el campo de lo decidible mayoritariamente?; ¿no parecería preferible algún tipo de blindaje constitucional si verdaderamente se piensa que sin un mínimo de igualdad la democracia no puede funcionar? Y aunque ese modelo de «constitucionalismo débil» quizá pudiera resultar funcional en un país como Canadá, ¿no es imprudente trasladarlo a países de características muy distintas (en los que, precisamente, no existe la homogeneidad a la que antes me refería), como ocurre con los latinoamericanos y, en particular, con México? Si de lo que se trata es de asegurar cierto equilibrio entre —cabría decir— las razones autoritativas incorporadas en los textos normativos aprobados por los órganos que son expresión de la voluntad popular, y las razones sustantivas que podrían elaborar los tribunales constitucionales, ¿no podría lograrse eso simplemente dando fuerza al principio interpretativo de deferencia al legislador o estableciendo una mayoría cualificada para que un tribunal constitucional pueda declarar inválida una ley (tal y como ocurre, por ejemplo, en México), en lugar de pretender que un tribunal actúe como si no fuera un tribunal (prescindiendo del principio de bivalencia)? Y en fin, ese constitucionalismo dialógico al que GAMA ve con tanta simpatía, ¿no tendría algo que ver con una teoría política tan poco recomendable como el populismo? ¿Sería esa la mejor manera de concebir —o de fundamentar— la legitimidad política?

Desde luego, yo no tengo una respuesta clara a las anteriores preguntas. Las entiendo, para utilizar la expresión que tanto le gusta a Josep AGUILÓ, como «preguntas genuinas», como dudas que este interesante y desafiante libro de Leopoldo GAMA le plantea al lector. Y constituyen también, creo yo, el argumento más fuerte que pueda darse para recomendar la lectura de una obra de teoría del derecho.

PREFACIO

En las páginas que siguen se abordan algunos problemas que preocupan a los teóricos del derecho y de la política, como el fundamento de los derechos, el valor de la democracia, la legitimidad de la justicia constitucional, etc. Pero también se tratan interrogantes que inquietan a los juristas «prácticos», como la interpretación de los derechos, los límites al poder democrático, el papel de los jueces constitucionales en una democracia, entre otros. Algunas de las respuestas que pueden ofrecerse a los retos que presentan los derechos, la democracia y los tribunales constitucionales se abordan en este libro desde la perspectiva de tres modelos de filosofía constitucional, cuya misión es ofrecer una propuesta teórica plausible y convincente, capaz de articular de manera coherente sus elementos integrantes y ofrecer a su vez una propuesta de diseño institucional. Así pues, un modelo de filosofía constitucional tendría que ser capaz de articular congruentemente una teoría de los derechos, de la democracia y del control judicial. Su éxito radicaría en su capacidad para ajustar sus componentes de modo tal que le sea posible diluir, en alguna medida, las tensiones internas de la democracia constitucional. De tal suerte, se ofrecen en este libro algunos argumentos para defender un modelo de *constitucionalismo deliberativo* (denominado «equilibrado») que es compatible con la institucionalización de esquemas de jurisdicción constitucional de carácter débil. Se observará que la filosofía constitucional deliberativa se opone frontalmente al constitucionalismo sustantivista (concurrente con esquemas institucionales de jurisdicción constitucional fuerte) y al constitucionalismo procedimentalista (coherente con sistemas de carácter parlamentario).

Vale decir que esta obra tuvo como origen la tesis doctoral sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad que defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, España, ante un tribunal integrado por

Juan Carlos BAYÓN, Pablo LARRAÑAGA, José Juan MORESO, Ángeles RÓDENAS y Juan RUIZ MANERO. Como se mostrará a lo largo de este trabajo, abordar de modo satisfactorio la cuestión sobre la legitimidad de la justicia constitucional exige dar solución a algunas interrogantes previas —quizá más generales— que ameritaban en cierto sentido una reformulación de aquella investigación: el problema relativo a la objeción contramayoritaria a la *judicial review* es parte de una controversia más amplia que tiene sus raíces en el conflicto entre dos tradiciones o ideales políticos de la modernidad. El ideal del liberalismo —consistente en la limitación al poder en beneficio de los derechos— y el ideal de la soberanía popular —propio de la tradición republicana—, los dos ingredientes en tensión recogidos por un sistema de gobierno conocido como democracia constitucional.

La democracia constitucional está comprometida, por un lado, con los valores democráticos —entre los que destaca fundamentalmente la soberanía popular—, y con el ideal del liberalismo político, que prescribe la limitación del poder para evitar la arbitrariedad. Esta unión entre la democracia y los mecanismos del constitucionalismo no es del todo pacífica, pues cuando estos se robustecen traen consigo un debilitamiento del autogobierno y, viceversa, fortalecer el ideal popular conduce a un ablandamiento del sistema de pesos y contrapesos.

El constitucionalismo, entendido en un sentido muy restringido¹, representa el ideal del poder limitado a través de ciertos contenidos normativos específicos, como el establecimiento de derechos fundamentales en una constitución rígida y custodiada por la jurisdicción constitucional. Esta forma de comprender el papel de una Constitución vendría a exigir que todas las pautas de comportamiento, legales, jurisprudenciales y administrativas sean creadas de conformidad con un derecho que está «por encima de las leyes»². Para L. FERRAJOLI (2001: 53), el constitucionalismo se identificaría con el principio de estricta legalidad, es decir, con el «sometimiento también de la ley a vínculos ya no solo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones». Nadie mejor que A. HAMILTON (2000: 332) para expresar la idea del poder limitado a través de la Constitución que está en las raíces del constitucionalismo americano:

todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo.

¹ Sobre los diversos sentidos de la expresión «constitucionalismo» véase COMANDUCCI (2002a).

² Tomo la expresión de RADBRUCH (1971: 12).

El control de los actos del poder legislativo se encomienda al poder judicial: el menos peligroso (*the least dangerous*) de los tres poderes según HAMILTON para los derechos. De todos los poderes del Estado, es el judicial el más confiable ya que «no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento [...] es el más débil de los tres departamentos del poder» y tiene la facultad de «declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución».

La democracia constitucional, también hace suyo el ideal del gobierno democrático según el cual, el poder es legítimo cuando descansa en el consenso de sus destinatarios (BOBBIO, 1996: 230). El poder debe ejercerse de conformidad con la voluntad de los gobernados³, estos tienen el derecho a participar en pie de igualdad en la toma de todas las decisiones que les afecten. Desde el punto de vista democrático, la «libertad positiva» entendida como autodeterminación (también llamada «libertad de los antiguos»), posee un lugar central, por no decir que es el criterio decisivo conforme al cual debe organizarse toda sociedad. El ideal del autogobierno vendría a comprometernos con la idea de que los ciudadanos poseen el derecho de darse a sí mismos las leyes que consideren justificadas para regular la vida en sociedad. Desde este punto de vista, todas las normas deben reflejar directa o indirectamente la voluntad popular y deben ser el producto de un procedimiento en el que todos hayan podido participar en condiciones igualitarias. En el fondo, el principio del autogobierno vendría a exigir que toda controversia que medie en la sociedad sea decidida democráticamente. Esto es de suma importancia para el tema que estamos tratando ya que, si nos atenemos fielmente al principio democrático este exigiría que, cuando los derechos y libertades básicas que gozan los individuos entren en conflicto, las disputas acerca de su interpretación y alcances puedan ser resueltas a través de métodos democráticos. En definitiva, el ideal de gobierno popular vendría a exigir, para decirlo en términos rousseauianos, que los propios ciudadanos sean autores de las normas y principios que los gobiernen.

Debe tenerse en cuenta, además, que la expresión «constitucionalismo» puede cobrar diversos significados más o menos robustos dependiendo de la incorporación de ciertos elementos dentro del arreglo democrático constitucional. Tendremos, por tanto, formas de constitucionalismo más o menos exigentes o intensas. Un primer nivel vendría a darse mediante la incorporación de las fórmulas: gobierno *per leges* y gobierno *sub lege*, que implican el ejercicio del poder mediante la ley, así como la sujeción de los órganos del Estado al derecho. Un segundo nivel de intensidad conceptual vendría dado por la idea de un gobierno limitado a través de una Constitución. Otro nivel, aún más amplio, exigiría la inclusión de normas generales, públicas, no retroac-

³ A lo largo del texto usaré en la medida de lo posible las formas masculina y femenina de los pronombres para evitar la llamada «falsa neutralidad de género».

tivas y estables. Asimismo, el concepto se fortalece al incluir el principio de separación de poderes, pasando por la inclusión de una Constitución escrita. Otro nivel conceptual más robusto se presenta mediante la incorporación de arreglos institucionales más complejos y exigentes que incluyen, además de restricciones formales al ejercicio del poder, límites materiales impuestos por una carta de derechos. Finalmente, el concepto de constitucionalismo más fuerte incluiría, además, mecanismos rígidos para la reforma de la Constitución y un control judicial de constitucionalidad⁴.

Uno de los mecanismos más importantes del constitucionalismo que pone en tensión el ideal popular, es el control judicial de constitucionalidad, que encuentra sus antecedentes históricos en dos modelos de justicia constitucional: el norteamericano defendido por el juez John MARSHALL en el famoso fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos al caso *Marbury v. Madison* (1803); y el continental-europeo, institucionalizado a partir de la Primera Guerra Mundial en las cortes constitucionales, las cuales cobrarían forma decisiva gracias a la instauración de un Tribunal Constitucional ideado por H. KELSEN con el objetivo de establecer un control abstracto de la constitucionalidad de la legislación, adoptado inicialmente por Checoslovaquia (1920), luego Austria (1920), Italia (1947) y Alemania (1947).

Ambos modelos toman como punto de partida el principio de supremacía constitucional según el cual, por encima de las leyes ordinarias se encuentran un conjunto de normas fundamentales superiores que deben custodiarse por la judicatura. Desde este punto de vista, toda norma sancionada por el legislador ordinario que sea contraria a la Constitución debe ser declarada inconstitucional por un tribunal. Ello significa que el poder legislativo (congreso o parlamento) está limitado por la Constitución. Paulatinamente, este modelo ha sido recogido —aunque con algunas diferencias notables en cada caso—, por la mayoría de las Constituciones modernas: Grecia (1975), Portugal (1976), España (1978), Perú (1979), Chile (1980), Polonia (1982), Hungría (1984), Guatemala (1985), Brasil (1988), Costa Rica (1989), Colombia (1991), El Salvador (1991), Paraguay (1992), Bolivia (1994), México (1994), Nicaragua (1995), Ecuador (1996), Venezuela (1999), etcétera⁵.

A pesar de aquella feliz recepción en las Constituciones de muchos países desarrollados (o en vías de desarrollo), el poder revisor de los jueces ha sido atacado por algunos modelos teóricos que otorgan mayor valor a la democracia. En particular, se ha argumentado que la revisión judicial (conocida en el ámbito anglosajón como *judicial review*), presenta graves dificultades para su justificación debido a su alto déficit democrático. La justicia constitucional posee, como diría A. BICKEL en *The Least Dangerous Branch*, un «carácter

⁴ NINO (1997: 15-17) expone de ese modo la graduación del concepto de «constitucionalismo».

⁵ Para una reconstrucción histórica del constitucionalismo véase RUIZ MIGUEL (2004).

contramayoritario». Al declarar la inconstitucionalidad de una ley sancionada democráticamente, los jueces constitucionales interfieren con la voluntad mayoritaria tal y como ha sido expresada a través de las instituciones representativas⁶. En efecto, BICKEL (1962: 16-18) observa lo siguiente:

La dificultad fundamental es que la revisión judicial es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto del poder legislativo o la de un ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes de las personas reales de aquí y ahora; ejerce ese control, no en nombre de la mayoría prevaleciente, sino en contra de ella. Eso es lo que realmente sucede [...] la realidad esencial es que la revisión judicial es una institución anormal en la democracia norteamericana.

La objeción contramayoritaria a la *judicial review* descansa en la idea de que la legitimidad del Estado y de los actos de autoridad en general proviene del respeto a la voluntad popular. Entonces, si aceptamos un compromiso con el valor de la democracia y admitimos que la toma de decisiones a través de la regla de la mayoría constituye un criterio fundamental para la acción política, entonces el control judicial de constitucionalidad posee un problema grave de justificación ya que terminaría frustrando la voluntad popular expresada en las leyes. Como puede verse, el consenso de todos los destinatarios —o de la mayoría de ellos—, constituye, conforme a este punto de vista, el ingrediente decisivo del gobierno democrático. L. TRIBE (1978: 48) resume claramente el problema en las siguientes líneas:

en una sociedad política que aspira a una democracia representativa o al menos a tener un sistema de representación popular, los ejercicios del poder que no pueden encontrar una justificación última en el consenso de los gobernados resultan muy difíciles, sino imposibles de justificar.

El carácter contramayoritario de la justicia constitucional se intensifica al considerar una serie de factores clave⁷: *a*) que los miembros del tribunal constitucional poseen menor legitimidad democrática de origen que los legisladores ya que no son elegidos mediante el voto de los ciudadanos⁸; *b*) el carácter altamente controvertible de la interpretación de las cláusulas constitucionales que consagran derechos fundamentales, y *c*) el grado de rigidez constitucional

⁶ Una excelente monografía dedicada al análisis de *The Least Dangerous Branch* con trabajos de T. NAGEL, M. TUSHNET, entre otros, se encuentra en K. WARD y C. CASTILLO (2005).

⁷ Sobre los rasgos que contribuyen a afianzar el carácter contramayoritario del control judicial véanse BAYÓN (2004: 69-73); FERRERES (1997: 42-46); GARGARELLA (1996: 55-57) y A. MARMOR (2006: 92-94).

⁸ Naturalmente, si los jueces constitucionales son designados por los miembros del parlamento entonces mayor será su legitimidad democrática de origen; lo mismo podrá decirse si, en lugar de ocupar cargos vitalicios, ocupan cargos temporalmente limitados (aunque hay una discusión sobre las bondades de la duración prolongada en el encargo). No obstante, como señala FERRERES (1997: 43): «La distancia que existe [...] entre el grado de democraticidad de los procesos de elección de la asamblea legislativa y el de los procesos de selección de los jueces constitucionales es suficiente para justificar que [la objeción contramayoritaria] se tenga en cuenta».