

CAPÍTULO XIII

LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA

1. DERECHOS DEMOCRÁTICOS

La idea de democracia no es incompatible con la idea de derechos individuales. Por el contrario, no puede haber una democracia a menos que los individuos posean y ejerzan regularmente lo que en el capítulo XI hemos denominado «el derecho de los derechos» —el derecho de participación en la elaboración de las leyes—. Y no sólo esto, sino que, como sostuve al final del capítulo X, existe una congruencia natural entre los derechos y la democracia. Cuando identificamos a alguien como portador de derechos (*rights-bearer*) expresamos algún tipo de confianza en las capacidades morales de esa persona, en especial en su capacidad para pensar responsablemente sobre la relación moral entre sus intereses y los intereses de los demás. La posesión de esta capacidad —un sentido de la justicia, si se prefiere—¹ es la base principal para tener competencia democrática. Nuestra convicción de que los hombres y mujeres comunes poseen lo necesario para participar responsablemente en el gobierno de su sociedad es, de hecho, la misma convicción que aquella sobre la que se basa la atribución de derechos.

En los capítulos X y XI invoqué esta conexión a fin de poner en apuros a los teóricos de los derechos que se muestran recelosos indiferentes respecto del ideal de una toma de decisiones democrática. Pero la congruencia entre los derechos y la democracia es una calle

¹ Véase Rawls, 1993: 19.

de doble sentido. Un teórico de los derechos no debería embarcarse en la tarea de caracterizar a los miembros de una mayoría democrática como predadores egoístas e irresponsables. E igualmente un teórico de la democracia no debería presumir de la indiferencia propia del procedimentalista puro acerca del destino de los derechos individuales en un sistema de decisión mayoritaria, puesto que muchos de estos derechos (incluso aquellos no implicados directamente por el ideal democrático) se basan en el respeto por la agencia moral individual que la propia democracia conlleva.

Los teóricos constitucionales como Ronald DWORKIN, por lo tanto, tienen razón cuando afirman que no podemos apelar a ninguna oposición fundamental entre la idea de democracia y la idea de derechos individuales como base para criticar la práctica del control judicial de constitucionalidad de las leyes como la de los Estados Unidos. No existe tal oposición fundamental. Si hay una objeción democrática al control de constitucionalidad, debe estar también basada en derechos. Y no podremos sostener esta objeción a menos que estemos preparados para responder algunas cuestiones difíciles sobre cómo se supone que los derechos deben ser protegidos en un sistema de toma de decisiones democráticas.

Los derechos a los que quiero referirme en este capítulo pertenecen a dos categorías principales: *a*) derechos que de hecho son constitutivos del proceso democrático, y *b*) derechos que, aunque no sean formalmente constitutivos de la democracia, representan en todo caso condiciones necesarias para su legitimidad.

Analicemos primero los derechos requeridos para la constitución de la democracia, *a*). Los teóricos discrepan sobre si la democracia es algo más que un ideal procedimental², pero ciertamente entraña *al menos* la idea de un procedimiento político constituido en parte por determinados derechos. La democracia requiere que cuando hay desacuerdos en una sociedad en una materia sobre la que se necesita tomar una decisión común, todo hombre y mujer de la sociedad tiene el derecho de participar en términos de igualdad en la resolución de dichos desacuerdos. Los procesos que esto conlleva pueden ser complejos e indirectos; puede haber estructuras asociadas de elección y representación. Pero todas ellas están orientadas finalmente hacia el mismo ideal: la participación del pueblo —de algún modo, a través de algún mecanismo— básicamente en términos de igualdad. Esto significa que no puede haber democracia a menos que se erija el derecho de participación y a menos que las complejas reglas del proceso político de representación estén regidas fundamentalmente por este derecho. Si algunos quedan excluidos del proceso, o si el proceso mismo es

² Véase BEITZ, 1989: cap. 4. Véase también el apartado 14 del cap. V de este libro.

desigualitario o inadecuado, entonces tanto los derechos como la democracia se ven comprometidos.

Un segundo conjunto de derechos, *b*), nos lleva más allá de las cuestiones de procedimiento formal. Además de aquellos que constituyen el proceso democrático, hay muchos derechos que pueden ser representados plausiblemente como condiciones de la legitimidad o de la respetabilidad moral de la toma de decisiones democráticas. Nadie piensa que un puñado de personas esté autorizado para imponer una decisión a los demás, simplemente porque haya más individuos a favor de la decisión que en contra. La democracia y la decisión mayoritaria sólo tienen sentido moralmente bajo ciertas condiciones. Las más obvias son la libertad de expresión y la libertad de asociación, derechos que establecen un contexto deliberativo más amplio en la sociedad civil para la toma formal de decisiones políticas. Pero estoy pensando también en reclamos de derechos que tienen muy poco o ningún aspecto procedimental. En *Freedom's Law* DWORKIN sostiene que una persona no está vinculada por las decisiones de una democracia a menos que sea, en un sentido satisfactoriamente sustantivo, miembro de la comunidad de tal democracia. El ser miembro no es sólo una cuestión de participación formal, sino también de que se dedique una adecuada consideración a los intereses de la persona. Incluso si esta persona tiene un voto, difícilmente se esperará que acepte como legítimas las decisiones de la mayoría si sabe que otros miembros de la comunidad no toman en serio sus intereses o si las instituciones establecidas de la comunidad demuestran desdén o indiferencia hacia él o su clase (25)³. Y DWORKIN hace una defensa similar de la importancia de que la comunidad respete la independencia moral de sus miembros. Piensa que una persona no puede ser miembro de una comunidad, en el sentido adecuado y robusto que genera legitimidad y obligación política, a menos que pueda reconciliar su pertenencia a la comunidad con el autorrespeto; y sólo puede hacerlo si la comunidad no se propone dictarle sus convicciones éticas fundamentales (25-26).

No estoy seguro de que debamos aceptar este último argumento de DWORKIN. Pero no hay duda de que *algunos* argumentos van en esta línea. Seguro que hay algunos derechos a los que, en caso de no ser respetados en una comunidad, no podría atribuirse ninguna legitimidad política a ningún procedimiento de decisión mayoritaria. ¿No es apropiado, entonces, que la toma de decisiones mayoritaria esté limitada por los derechos que satisfacen esta fórmula? Difícilmente podríamos lamentarnos de dichos límites en nombre de la democracia, puesto que una democracia no limitada por tales derechos casi no merecería su nombre. Dicha objeción se dirigiría contra el estable-

³ En este capítulo, los números entre paréntesis se corresponden con las referencias de las páginas de DWORKIN, 1996a.

cimiento o la protección de las propias condiciones que hacen valioso apelar al ideal de democracia.

La relación entre la democracia y las condiciones de su legitimidad puede ser representada como una relación entre derechos: esto es, los derechos de la clase *a)* *presuponen* los derechos de la clase *b)*. Cuando en ocasiones decimos que un conjunto de derechos presupone a otro, es porque pensamos que los derechos del segundo conjunto son precondiciones para el ejercicio significativo o efectivo de los primeros. Así, Henry SHUE sostiene que el ejercicio significativo de cualquier derecho presupone que los portadores de derechos tienen el derecho a la subsistencia y la seguridad y que ha sido satisfecho⁴. No hay duda de que esto se aplica también a los derechos políticos: no se puede ejercitar significativamente el derecho al voto en condiciones de terror o inanición. Pero la relación que analicé en el último párrafo es ligeramente distinta a ésta. Aquella representa un conjunto de derechos como condiciones del ejercicio *legítimo* de otro conjunto. Es casi como decir que el derecho a vender un objeto presupone que el vendedor es propietario del objeto. La legitimidad merece nuestra atención porque el ejercicio de los derechos participativos no es sólo una cuestión de libertad. Cuando alguien vota, ejerce un poder hohfeldiano⁵ que (junto con el ejercicio de este poder por un número suficiente de otras personas) puede alterar la posición jurídica de determinados individuos, tal vez en contra de su voluntad, tal vez en su perjuicio. Que tenga este impacto sobre los demás es permisible sólo bajo ciertas condiciones, y tales condiciones pueden representarse como los derechos que tienen aquellos que estén obligados a ser objeto de dicho impacto.

Llamaré a los derechos de las clases *a)* y *b)* «derechos asociados a la democracia». En un sentido más amplio, todos los derechos están asociados a la democracia porque, como dije al inicio de este apartado, todos los derechos requieren el mismo tipo de respeto por los individuos que la democracia requiere. Muchos teóricos han tratado de limitar su argumento en favor de los derechos constitucionales a aquellos derechos que están relacionados directa o indirectamente con el proceso democrático⁶. Imaginan —equivocadamente, como veremos— que no se puede sostener ninguna objeción democrática contra los límites basados en derechos relativos a la integridad procedimental de la democracia. Y creen —de nuevo equivocadamente, en mi opinión— que lo que debe preocupar al demócrata acerca de los derechos no se encuentra en lo que ellos denominan «derechos sustantivos» desvinculados del proceso democrático. De hecho, no puede separarse

⁴ Véase SHUE, 1980: cap. 1.

⁵ Véase HOHFELD, 1923: 50 ss.

⁶ El ejemplo más conocido es el de ELY, 1980.

de esta forma el argumento basado en derechos en favor de la democracia de otros derechos. Estando este argumento basado en el respeto hacia las personas como agentes morales y dotados de razón, sus premisas generarán ciertamente conclusiones sustantivas sobre aquello a lo que la gente está autorizada cuando la libertad personal está en juego y puede también generar conclusiones sobre los derechos en sentido positivo en el reino del bienestar económico y social. Seguramente algunas de estas conclusiones se relacionan también con el proceso democrático como elementos constitutivos o como condiciones de su legitimidad. Pero las premisas de la defensa basada en derechos de la democracia pueden proporcionar un argumento directo en favor de los derechos sustantivos que se salte la defensa de la democracia. Estos derechos, entonces, están asociados a la democracia no en el sentido de ser constitutivos de ella o de estar presupuestos por ella, sino representando otras conclusiones extraídas de las mismas premisas que fundamentan la defensa basada en derechos de la democracia.

En la mayor parte de este capítulo, no obstante, limitaré mi atención a los derechos de las clases *a*) y *b*). Los derechos de la clase *a*) han sido el centro de atención de un argumento bien conocido de John Hart ELY, que afirma que no puede sostenerse ninguna objeción democrática en contra del control judicial de constitucionalidad para reivindicar derechos que son procedimentalmente constitutivos de la democracia⁷. DWORKIN piensa que ELY se equivoca al limitar su atención a la clase *a*), no obstante, y estoy de acuerdo con él en este punto⁸. El argumento que quiero examinar en este capítulo tiene que ver con las dos categorías. Entonces, hacia el final del mismo, en los apartados 11 y 12, volveré a la cuestión más amplia de la protección democrática de los derechos en general.

2. ¿EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD MEJORA LA DEMOCRACIA?

En los Estados Unidos y en el Reino Unido, Ronald DWORKIN ha sido un firme defensor de la compatibilidad entre la democracia, por una parte, y los derechos constitucionales y el control judicial de constitucionalidad, por la otra⁹. Su reciente libro *Freedom's Law* articula una nueva versión de esta defensa. DWORKIN cree que no es un accidente que las nuevas democracias —en Sudáfrica, por ejemplo, o en la Europa Central y del Este— se inclinen casi instintivamente hacia alguna forma de los arreglos constitucionales que estamos con-

⁷ ELY, 1980.

⁸ Véase DWORKIN, 1985: 59-69. Véase también WALDRON, 1993b: 39-41.

⁹ Véanse DWORKIN, 1985: 9-71; DWORKIN, 1986: cap. 10, y DWORKIN, 1990.

siderando. Y piensa que lo hacen no porque estén intranquilos o tengan sentimientos ambiguos sobre la democracia, sino porque un sistema que combina la legislación popular, las garantías constitucionales y el control judicial de constitucionalidad les parece la forma de democracia que, en sus circunstancias, ofrecerá la mejor garantía de que los derechos asociados a la democracia continuarán siendo respetados. Los Estados Unidos en su nacimiento eligieron una forma de democracia especialmente atractiva, según DWORKIN (70-71). Sus Padres Fundadores inventaron la idea de que la propia *Constitución* de un país —el documento que establece, otorga los poderes a, y conforma, las estructuras del gobierno— debería ser también el garante de los derechos humanos¹⁰. Esta idea de que el gobierno debería estar vinculado por los derechos asociados a la democracia por la propia autoridad que estructura y otorga el poder a sus procedimientos democráticos es en la concepción de DWORKIN «la contribución más importante que nuestra historia [*i. e.*, la de los Estados Unidos] ha hecho a la teoría política» (6). Sería una «vergüenza histórica», afirma, el que los estadounidenses perdieran su fe en esta práctica justo cuando está comenzando a inspirar al mundo (71).

En *Freedom's Law* DWORKIN no defiende solamente la tesis de que el control judicial de constitucionalidad sobre la base del principio constitucional hace más *justa* a una sociedad. No hay duda de que defiende esta conocida tesis (al menos por lo que respecta a los Estados Unidos) y la ha defendido en otros lugares¹¹. El nuevo desafío de la posición de *Freedom's Law* es que DWORKIN insiste de hecho, sin mayor especificación, en que «una constitución de principios, defendida por jueces independientes, no es antidemocrática» (123). Insiste en que no hay ningún *trade-off* entre los derechos y la democracia. Piensa, en cambio, que la práctica de permitir a un puñado de jueces no electos y no responsables (*unaccountable*) derogar leyes aprobadas por un Parlamento representativo ayuda a constituir un tipo excelente y distintivo de democracia en los Estados Unidos (15). Es más, su razón para creer en esta destacable tesis no es ya la razón que criticamos al inicio del capítulo XII —es decir, que en la práctica ha sido elegida por el pueblo de los Estados Unidos¹²—. Sostiene ahora que sea quien sea el que elige, elige una *opción favorable a la democracia*.

En uno o dos lugares DWORKIN va más allá y da la impresión de pensar que un sistema político que permite a las mayorías ordinarias tomar decisiones sobre los derechos no debería ser considerado como

¹⁰ Véase también BLACK, 1997: 5 y 89.

¹¹ DWORKIN, 1986: 356.

¹² Véase la nota 1 del cap. I y el texto que la acompaña. El profesor DWORKIN me ha señalado en una conversación privada que ahora no sostiene la concepción que se le atribuye en aquel pasaje.

genuinamente democrático. Afirma que cualquier versión de la democracia que requiera «deferencia hacia mayorías temporales sobre cuestiones de derechos individuales es [...] brutal y ajena, y muchas otras naciones con firmes tradiciones democráticas ahora rechazan esto como una farsa» (71). En la mayoría de las ocasiones, no obstante, su posición es menos estridente. El argumento que quiero criticar en este capítulo es el que pretende mostrar que el modelo estadounidense de arreglos constitucionales no es menos democrático por establecer el control judicial de constitucionalidad, y no el argumento de que dicho control de constitucionalidad sea realmente *necesario* para la democracia. En su formulación más cautelosa, DWORKIN afirma:

No quiero decir que no exista una democracia a menos que los jueces tengan el poder de desechar lo que una mayoría piensa que es correcto y justo. Muchos arreglos institucionales son compatibles con la lectura moral, incluyendo algunos que no otorgan a los jueces el poder que tienen en la estructura política de los Estados Unidos. Pero ninguno de estos diversos arreglos es en principio más democrático que los demás. La democracia no insta a que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco insta a que no la tengan (7).

Así, aunque Ronald DWORKIN se encuentra entre los que reclaman para el Reino Unido unos arreglos constitucionales al estilo estadounidense, no creo que quiera realmente afirmar que el modelo de Westminster, tal y como está establecido, sea brutalmente antidemocrático o menos democrático porque carece de un sistema de control judicial de constitucionalidad. En la mayoría de las ocasiones, lo que DWORKIN quiere decir es que si se instaurara el control de constitucionalidad, Gran Bretaña no será por esta razón *menos democrática*. Esto es lo que quiero analizar en este capítulo: quiero preguntarme una vez más, a la luz de los argumentos de DWORKIN, si se produce de hecho un menoscabo de la democracia cuando el Parlamento electo de una sociedad está sujeto al poder judicial. DWORKIN piensa que no. Yo intentaré mostrar que esto no se sigue de sus argumentos en *Freedom's Law*.

3. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y JUSTICIA

Quiero comenzar este punto con unas palabras acerca de la tesis más conocida antes mencionada, esto es, que el control judicial de constitucionalidad puede hacer que una sociedad sea más justa (sea o no compatible con la democracia). Como dije, DWORKIN también cree esto, al menos por lo que respecta a los Estados Unidos. «Los Estados Unidos», según DWORKIN, «son una sociedad más justa de lo

que sería si los derechos constitucionales se hubieran dejado a la conciencia de las instituciones mayoritarias»¹³.

¿Deberíamos aceptar esto como punto de partida? Tengo mis dudas. Como cualquier otra tesis que implique un contrafáctico («más justo de lo que hubiera sido si...»), es una posición extremadamente difícil de valorar. Cuando la consideramos, pensamos de forma natural en destacadas sentencias judiciales como “Brown v. Board of Education”¹⁴, y el impacto de dichas decisiones en la lucha contra la segregación y en la promoción de la igualdad racial. Pero no es suficiente con celebrar la sentencia del caso “Brown”. Verificar el contrafáctico implicaría no sólo una valoración del impacto de esta y otras decisiones similares, sino también una consideración de la forma en que la lucha contra la segregación y otras injusticias parecidas podría haber tenido lugar en los Estados Unidos si no hubiera habido una carta de derechos o una práctica del control judicial de constitucionalidad¹⁵. La única prueba que tenemos a este respecto es la lucha contra la injusticia en otras sociedades que carecen de dichas instituciones. Muchas de estas sociedades parecen ser al menos tan libres y justas como los Estados Unidos¹⁶, aunque por supuesto se puede sostener que tales comparaciones subestiman las peculiaridades de la política y la sociedad estadounidense. Además, una valoración adecuada de la tesis requeriría que consideráramos tanto la injusticia que ha causado el control judicial de constitucionalidad como la que ha prevenido. Que consideráramos, por ejemplo, la injusticia ocasionada por la derogación por parte de los tribunales de los Estados y los tribunales federales de unas 150 normas jurídicas que regulaban las relaciones de trabajo y las condiciones laborales en el período (ahora conocido como la era *Lochner*) comprendido entre 1885 y 1930¹⁷. Y no sólo esto, también requeriría que consideráramos los efectos a largo plazo de desacreditar el socialismo parlamentario en el movimiento norteamericano del trabajo que resultó de la obstrucción judicial continuada de las iniciativas legislativas que de otra forma hubieran sido exitosas¹⁸. Deberíamos contrapesar todo esto con el bien que han hecho los tribunales. DWORKIN es consciente de que el pasado del control judicial de constitucionalidad dista de ser perfecto, y tiene pocas cosas positivas que decir sobre la jurisprudencia de la era *Lochner*. Y no puedo ayudarlo, sintiendo no obstante que subestima el daño producido en este período cuando afirma que «de hecho, los errores más graves que ha cometido la Corte Suprema a lo largo de su historia han sido no derogar leyes

¹³ DWORKIN, 1986: 356.

¹⁴ “Brown v. Board of Education”, 347 US 483 (1954).

¹⁵ Aunque véase también ROSENBERG, 1991: 39-169.

¹⁶ Véase DAHL, 1989: 189.

¹⁷ Para una lista de éstas véase FORBATH, 1991: apéndices A y C.

¹⁸ FORBATH, 1991: 37-58.

que debería haber mantenido, sino mantener leyes que debería haber derogado» (388)¹⁹.

La tesis sobre la justicia puede ser en definitiva imposible de verificar. E incluso si fuera cierta, aún conllevaría un problemático *trade-off* entre la justicia y los ideales democráticos, a menos que la tesis más ambiciosa de *Freedom's Law* pudiera sostenerse. Puesto que DWORKIN acepta que la democracia *sería* erosionada si otorgáramos a un puñado de reyes-filósofos no electos el poder de invalidar la legislación sólo sobre la base de que la consideran injusta: «Incluso si los expertos siempre mejoraran la legislación que rechazan —siempre estipularan unos impuestos sobre la renta más justos de los que el Parlamento ha establecido, por ejemplo— habría un menoscabo del autogobierno que los méritos de su decisión no eliminarían» (32). Para alcanzar las conclusiones distintivas de *Freedom's Law*, DWORKIN debe mostrar por lo tanto que en algunas circunstancias el control judicial de constitucionalidad de las leyes no se aparta en absoluto de, e incluso en ocasiones refuerza, el carácter democrático del sistema político del que forma parte.

4. MEJORAR EL DEBATE PÚBLICO

Una vía por la que DWORKIN intenta mostrar esto es considerando el efecto que la jurisprudencia constitucional ejerce sobre el carácter del debate público. Los republicanos cívicos contemporáneos y los demócratas participativos destacan la importancia de que los ciudadanos participen activamente en la deliberación política, y algunos de ellos recelan del control de constitucionalidad porque piensan que tiende a socavar esta participación al alejar las decisiones importantes sobre principios del foro democrático. DWORKIN cree, no obstante, que la calidad del debate público puede de hecho mejorar en su concepción:

Cuando una cuestión es considerada constitucional, [...] y como algo que en última instancia será resuelto por los tribunales que aplicarán principios constitucionales generales, la calidad de la argumentación pública a menudo mejora, porque se concentra desde el principio en cuestiones de moralidad política [...]. Cuando una cuestión constitucional ha sido decidida por la Corte Suprema, y es suficientemente importante como para esperar que sea elaborada, expandida, reducida o incluso revertida por decisiones futuras, comienza un sostenido debate nacional en los periódicos y otros medios, en las facultades de derecho y en las clases, en los encuentros públicos y en las sobremesas. Este debate encaja mejor con [la] concepción del gobierno republicano, en

¹⁹ Para ejemplos de los tipos de casos a los que se refiere DWORKIN aquí, véanse aquellos citados en la nota 31 del cap. XII.

su énfasis en las cuestiones de principios, que casi cualquier cosa que el proceso legislativo probablemente produzca (345).

DWORKIN cita como ejemplo el gran debate sobre el aborto que rodeó a la decisión de la Corte Suprema en el caso "Roe v. Wade"²⁰, diciendo que ha involucrado a mucha más gente y ha conducido a una apreciación mucho más sutil de las complejidades del tema que en otros países en los que la decisión última sobre el aborto estaba asignada a los Parlamentos. Como resultado de confiársela a los tribunales:

Los estadounidenses comprenden mejor, por ejemplo, la distinción entre la cuestión de si el aborto es moral o éticamente permisible, por un lado, y la cuestión de si el gobierno tiene el derecho a prohibirlo, por el otro; comprenden mejor también la idea más general y constitucionalmente crucial sobre la que descansa la distinción: que los individuos tienen derechos que pueden actuar contra la voluntad de la mayoría o el interés o el bien colectivos (345).

De esta forma, piensa DWORKIN, un sistema en el que la decisión última sobre las grandes cuestiones de principios queda en manos de los jueces puede realmente fortalecer el carácter participativo de nuestra política²¹.

Me temo que no estoy de acuerdo con nada de todo esto. Veamos primero lo que se ha dicho sobre la discusión política. DWORKIN es consciente de que está formulando tesis empíricas tentativas sobre la calidad del debate público. Mi experiencia es que los debates nacionales sobre el aborto son tan robustos y bien informados en países como el Reino Unido o Nueva Zelanda, donde no están constitucionalizados, como en los Estados Unidos, y quizás lo sean más, porque dichos debates no están contaminados por subterfugios sobre cómo interpretar el texto de un documento del siglo XVIII. En ocasiones es liberador ser capaz de discutir directamente cuestiones como el aborto, sobre los principios que deberían estar en juego, más que tener que dar varios rodeos para construir dichos principios a partir del fragmento de un texto sagrado, en un ejercicio tendencioso de caligrafía constitucional. Pensemos en cuánto más sabiamente se ha discutido sobre (y se ha dispuesto de) la pena de muerte en países en los que el debate no se ha centrado en la lectura moral de la expresión «castigo cruel e inusual», sino que en cambio pudieron centrarse en puntos de mira más amplios de política criminal y en los peligros más acuciantes moralmente que la «inusualidad», como el de la ejecución del inocente²².

²⁰ "Roe v. Wade", 410 US 113 (1973).

²¹ Esto es así especialmente, según DWORKIN, si el debate está orientado hacia lo que él denomina una «lectura moral» de la Constitución (7-15).

²² Véase también la discusión en el apartado 4 del cap. X.

Que el público requiera que el debate moral sea, por encima de todo, un debate interpretativo para que pueda realizarse con alguna dignidad y sofisticación es simplemente un mito.

O consideremos el debate sobre la reforma de las leyes sobre los homosexuales iniciado por el Wolfenden Report de 1957 en Gran Bretaña²³, y proseguido en la famosa discusión entre Lord DEVLIN y H. L. A. HART en los años sesenta²⁴. A pesar de que se centraron en las decisiones de un Parlamento (el británico), estos autores revelaron una comprensión perfectamente adecuada de la distinción entre que algo sea moralmente permisible y que el gobierno tenga el derecho a prohibirlo. No necesitaron que ningún tribunal les enseñara eso. De hecho, si nos atenemos a la intervención de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre una cuestión similar, el debate estadounidense ha quedado realmente empobrecido por su constitucionalización. Como Mary Ann GLENDON ha señalado, la decisión de “*Bowers v. Hardwick*”²⁵ es destacable por la «carencia de profundidad y rigor del análisis que contienen en su opinión mayoritaria y en sus votos particulares», comparada con la discusión que ha tenido lugar en otros países²⁶. Si el debate que tiene de hecho lugar en la sociedad y en el Parlamento estadounidenses es tan bueno como el de otros países, lo es *a pesar* del encuadre (*framing*) de las cuestiones realizado por la Corte Suprema, y no gracias a éste.

Ahora bien, supongamos que DWORKIN tiene razón en que la calidad de la discusión pública puede mejorar si los ciudadanos saben que la decisión última sobre alguna cuestión de principios va a ser tomada fuera del alcance de sus representantes electos y va a ser atribuida en cambio a un tribunal. La idea de que los republicanos cívicos y los demócratas participativos deberían ver esto como algo positivo es una burla. Ellos están interesados en la *deliberación política práctica*, no en cualquier ejercicio de debate, sino en una forma de discusión llevado a cabo por aquellos que deben participar en la toma de una decisión colectiva vinculante. Algunas personas, como si fueran *fans* de los integrantes de la Corte Suprema, podrían especular acerca de qué hará la Corte Suprema sobre el aborto u otra cuestión similar; o incluso pueden entretenerse intercambiando historias o especulaciones, como hacemos los profesores de derecho, sobre qué haríamos *nosotros* si tuviéramos que decidir, en el improbable caso de que fuéramos llevados a formar parte de este eminente tribunal. Podemos esperar que el ejercicio del poder por parte de unas pocas celebridades

²³ Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd. No. 247 (1957).

²⁴ Véanse HART, 1963, y DEVLIN, 1965.

²⁵ “*Bowers v. Hardwick*”, 478 US 186 (1986).

²⁶ GLENDON, 1991: 151.

vestidas de negro ciertamente *fascine* a una población más o menos articulada. Pero esto difícilmente puede ser la esencia de una ciudadanía activa. Tal vez un debate impotente de este tipo produzca de cualquier forma algún tipo de mejora moral: tal vez DWORKIN tenga razón en que «no hay una conexión necesaria entre el impacto o la influencia política de un ciudadano y el beneficio ético que consigue al participar en la discusión pública» (30). Pero los beneficios éticos independientes como éstos, como mucho, son efectos colaterales, y no el objetivo primordial de la participación cívica en la teoría política republicana.

5. FINES DEMOCRÁTICOS Y MEDIOS DEMOCRÁTICOS

Como ya he dicho, DWORKIN acepta que su respuesta a los republicanos cívicos es únicamente tentativa. Su argumento principal en favor de la tesis de que el control judicial de constitucionalidad no provoca ninguna merma para la democracia es algo diferente, y consiste en lo siguiente.

Supongamos que una norma jurídica es aprobada por una asamblea electa y luego es cuestionada por un ciudadano sobre la base de que socava uno de los derechos asociados a la democracia. El ejemplo que DWORKIN da (32) es una ley que prohíbe quemar la bandera de los Estados Unidos. Y supongamos que la decisión sobre la cuestión es atribuida a un tribunal, y el tribunal deroga la ley, aceptando la posición del ciudadano. ¿Ha habido un menoscabo para la democracia? La respuesta, según DWORKIN, es que depende totalmente de si el tribunal ha tomado la decisión correcta. Si lo ha hecho —esto es, si la ley era realmente incompatible con los derechos necesarios para la democracia— entonces la democracia resulta seguramente beneficiada por la decisión del tribunal, dado que la comunidad es ahora más democrática de lo que habría sido si la ley antidemocrática hubiera continuado en vigor. Por supuesto, DWORKIN añade:

Si suponemos que la decisión del tribunal era incorrecta, entonces nada de esto es cierto. Ciertamente se perjudica a la democracia cuando un tribunal investido de autoridad toma una decisión incorrecta acerca de qué exigen las condiciones democráticas, pero no más de lo que lo hace cuando un Parlamento mayoritario toma una decisión constitucional incorrecta a la que se le permite seguir en vigor. La posibilidad de error es simétrica (32-33).

Se sigue, dice DWORKIN, que la teoría constitucional democrática debería estar orientada primordialmente a los resultados (34). En toda sociedad surgirán cuestiones sobre si la legislación promulgada entra en conflicto con los principios fundamentales de la democracia. Debe-

rían atribuirse estas cuestiones a cualquier institución que pueda responderlas correctamente con una alta probabilidad. En algunos países, por lo que sabemos, esta institución puede ser el Parlamento. Pero a menudo tenemos razones para pensar que el Parlamento no es el vehículo más seguro para proteger los derechos asociados a la democracia (34). En tal caso, deberíamos atribuir esa cuestión a los tribunales, si es que pensamos que éstos son una mejor apuesta. No deberíamos detenernos, afirma DWORKIN, por el hecho de que los tribunales no estén constituidos de un modo que los haga democráticamente responsables (*accountable*). La responsabilidad (*accountability*) no importa, señala. El punto crucial es que los tribunales son confiables a la hora de tomar buenas decisiones sobre la democracia. Un partidario de la democracia debería cuidarse sólo de esto y no preocuparse de nada más.

Éste es el argumento. Nótese cómo se centra en el paso entre tomar una decisión *acerca de la democracia* y tomar una decisión *por medios democráticos*. DWORKIN parece sugerir que si una decisión política versa sobre la democracia, o sobre los derechos asociados a la democracia, entonces no hay ninguna cuestión relevante, o suficientemente distintiva, que plantear sobre el modo en el que (*i. e.*, el proceso institucional mediante el que) se toma la decisión. Lo único que importa es que la decisión sea correcta, desde un punto de vista democrático. En el caso de la justicia social, esto no es así: aunque ya se haya tomado una decisión correcta en este ámbito, todavía importa —como DWORKIN admite (32)— que haya sido alcanzada democráticamente o no. En el caso de una decisión acerca de la democracia, no obstante, él piensa que la distinción no tiene sentido.

Cuando pienso sobre esto me pregunto si DWORKIN cree realmente que el contenido y la legitimidad colapsan de esta forma. Supongamos que el Reino Unido se embarca en un debate acerca de los méritos democráticos de la representación proporcional (RP), y que en un momento de exasperación nacional por la incapacidad de los políticos electos para resolver esta cuestión la reina anunciara que en lo sucesivo el sistema electoral estaría organizado sobre la base del «Voto Individual Transferible». Supongamos también, por *mor* del argumento, que la decisión tomada por la reina es la correcta: que la versión de la RP que eligió hace el sistema electoral realmente más democrático que el antiguo sistema del «*first-past-the-post*»*. ¿Podría esto considerarse un ejercicio del poder democrático por el hecho de que se limite a una cuestión sobre la naturaleza del proceso democrático y

* N. de los trads.: Se trata del sistema en el que existe una pluralidad de circunscripciones electorales con un solo miembro o partido elegible en cada una de ellas, de manera que el ganador en votos se queda con toda la representación. También conocido como «*the winner takes all*».

le dé una respuesta correcta? En Nueva Zelanda, unos años atrás, la cuestión que ahora imaginamos resuelta por la reina en Gran Bretaña fue, en efecto, acordada mediante dos referenda populares, separados más o menos por un año de educación pública y cuidadoso debate. ¿La posición de DWORKIN realmente sostiene que la intervención de la reina (en nuestro ejemplo imaginario) no sería una forma de zanjar esta cuestión menos democrática que los referenda populares en Nueva Zelanda? ¿No deberíamos más bien decir —no sería mucho más claro decir— que en el caso imaginario de Gran Bretaña se resolvió una cuestión democrática *de forma no democrática*? ¿Y que por lo tanto se *produjo* un menoscabo del autogobierno, *incluso aunque la reina diera la respuesta correcta*?

Por supuesto hay una diferencia adicional: nos imaginamos a la reina interviniendo en un tipo de *putsch* inconstitucional. Un sistema de control judicial de constitucionalidad presumiblemente no tendría este carácter²⁷. De hecho, esto no es del todo cierto: en el nacimiento del control de constitucionalidad en los Estados Unidos algunos juristas lo consideraron constitucionalmente irregular; y ciertamente, si hubiera sido introducido en el Reino Unido, podemos confiar en que varios ingleses pedantes habrían sostenido que la abrogación de la soberanía parlamentaria era inconstitucional e ilógica. De cualquier modo, el que algo sea constitucionalmente irregular es una cuestión distinta de que sea antidemocrático (aunque a veces esto último sea el fundamento para lo primero). Si alguien preguntara (en nuestro ejemplo hipotético) por qué la intervención de la reina era una irregularidad *importante*, y por lo tanto no trivial, seguramente responderíamos que lo era porque afectaba a la democracia, porque había usurpado una decisión que en propiedad debería haber sido tomada por el pueblo o por sus representantes. Y éste es el punto que quería señalar: las preocupaciones sobre el carácter democrático o no democrático de un procedimiento político no se evaporan cuando el procedimiento en cuestión está siendo utilizado para ocuparse de una cuestión sobre la naturaleza de la democracia.

El mismo argumento puede presentarse de forma más concisa. Si surge una cuestión que requiere una decisión política en una comunidad, un miembro de la comunidad podría reclamar razonablemente poder participar en términos de igualdad con sus conciudadanos. Puede haber muchas razones para denegar esta petición, pero seguramente sería absurdo hacerlo sobre la base de que la cuestión versa sobre la democracia, porque en su opinión las cuestiones sobre la democracia, al igual que cualquier otra cuestión política, deberían ser resueltas por medios democráticos.

²⁷ Agradezco a Stephen PERRY por este punto.

Así que no creo que debamos aceptar la tesis de DWORKIN de haber creado «un terreno de juego de distintos niveles en el que debe emplazarse la controversia entre las diferentes estructuras institucionales para interpretar las condiciones democráticas» (33). El terreno de juego no tiene distintos niveles. *Hay* algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable (*unaccountable*) toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si toma la decisión correcta, entonces —seguro— se producirá algún beneficio democrático que oponer a esta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable (*accountable*) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su *propio* error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro. Puede que el proceso no sea lo único que nos importa en la toma de decisiones democráticas; pero no deberíamos afirmar que, dado que la decisión versa sobre la democracia, el proceso es irrelevante.

6. DESACUERDOS, UNA VEZ MÁS

DWORKIN reconoce que los ciudadanos razonables pueden discrepar acerca de qué es lo que implica la democracia y acerca de los derechos que ésta involucra o presupone²⁸. Los ciudadanos discrepan acerca de cuestiones concretas como la edad mínima para votar, las leyes electorales y la financiación de las campañas. Y discrepan también acerca de algunas cuestiones básicas: el fundamento de la representación y la conexión entre la igualdad política y la social. Ciertamente discrepan acerca de qué condiciones de legitimidad presupone la democracia. Por ejemplo: ¿cuáles son los asuntos que requieren de una decisión común? ¿Qué grado de preocupación mutua deben tener diferentes sectores de la comunidad para que podamos esperar razonablemente que las minorías confíen en la mayoría? ¿Cuán independientes moralmente se supone que son sus miembros desde una concepción atractiva de la comunidad? Incluso si están de acuerdo en que la democracia implica ciertos derechos, los ciudadanos discreparán seguramente acerca de cuáles son y a qué nos comprometen en los detalles concretos.

²⁸ Véase DWORKIN, 1996a: 34: «Podemos esperar que la gente discrepe sobre qué estructura es la mejor de todas, y por lo tanto que en ciertas circunstancias necesiten un procedimiento de decisión para zanjar esta cuestión, que es exactamente lo que una teoría de la democracia no puede proporcionar. Ésta es la razón por la que la creación inicial de una constitución política es algo misterioso [...]».

La persistencia de tales desacuerdos marca la diferencia en la forma en la que somos capaces de proceder en el diseño constitucional. Lo que DWORKIN sostiene en *Freedom's Law* es que deberíamos utilizar un criterio que atienda a los resultados al elegir las instituciones a las que vamos a confiar las decisiones acerca de los derechos democráticos:

No veo otra alternativa que utilizar un estándar que atienda a los resultados y no uno que atienda al procedimiento [...]. La mejor estructura institucional es aquella calculada para producir las mejores respuestas a la pregunta moral esencial de cuáles son realmente las condiciones democráticas, y para asegurar una aceptación estable de dichas condiciones (34).

Pero una ciudadanía que discrepa sobre cuáles son los resultados correctos no está en situación de edificar su Constitución sobre esta base. Ésta es la razón por la que, como sostuve en el capítulo VII, el enfoque de John RAWLS del diseño constitucional en *Teoría de la justicia* está mal concebido. Si utilizamos un enfoque que atienda a los resultados, distintos ciudadanos intentarán diseñar la Constitución sobre fundamentos diversos. Un libertario buscará procedimientos participativos que maximicen las expectativas de una legislación justa, juzgada desde sus propios principios del libre mercado, mientras que un socialdemócrata tenderá a los procedimientos que maximicen las expectativas de una legislación que incorpore una sensibilidad colectiva e igualitaria. ¿Cómo pueden diseñar juntos un marco político que estructure y dé cabida a sus diferencias políticas e ideológicas? Sólo podrán hacerlo si ya han conseguido adoptar previamente un punto de vista que rija, en nombre de todos ellos, sobre los resultados. Pero si ya han conseguido esto, desde el punto de partida del desacuerdo, deben haber contado con algunos procedimientos de toma de decisiones que les hayan permitido obtener dicho resultado. Y presumiblemente el que cuenten con *tales* procedimientos sólo puede ser explicado si ya han utilizado en el pasado algo más que un *test* que atiende a los resultados (para elegir los procedimientos).

Parece, entonces, que estamos en un problema, como si hubiera desacuerdos todo el tiempo, al menos por lo que respecta a la decisión constitucional. Por una parte, no podemos utilizar un *test* que atienda a los resultados porque discrepamos acerca de qué resultados deberían contar a favor y en contra de un procedimiento de decisión determinado. Por la otra, parece que tampoco podemos apelar a ningún criterio procedimental, dado que las cuestiones procedimentales son la propia esencia de los desacuerdos sobre los que estamos hablando.

7. LA CAPACIDAD DE PENSAR PROCEDIMENTALMENTE

Alguien nos podría decir: «bien, y ¿qué esperabais? Incluso si nos quedamos con la concepción de que el respeto por las personas basado en derechos es también el respeto por su sentido de la justicia y por lo tanto por su capacidad política, no se sigue de ahí que debamos confiar al pueblo las cuestiones procedimentales del diseño constitucional. No podemos esperar que la capacidad política ordinaria alcance la construcción y el cuidado del marco dentro del que esta capacidad política ordinaria debe ser ejercida». Algo de esto se esconde detrás de lo que percibo como la clave del considerable éxito de la concepción de John Hart ELY que mencioné anteriormente: esto es, que incluso si se produce una afrenta a la democracia cuando las cuestiones sustantivas son alejadas del pueblo, no se produce ninguna cuando las que son alejadas son las cuestiones *procedimentales*²⁹.

Pero esto no es así. Dije previamente que hay una conexión teórica entre el respeto por los derechos de la gente y el respeto por sus capacidades como participantes políticos. Ahora, no hay ninguna razón para suponer que las capacidades morales respetadas en la idea de derechos sean sólo capacidades para pensar sustantivamente, como algo distinto a las capacidades de pensar reflexivamente sobre los procedimientos. Al contrario, la emergencia de las teorías de los derechos en la era moderna estaba asociada no sólo con la autoconfianza sustantiva de la razón individual, sino también con una cierta autoconfianza *epistemológica*, esto es, una confianza por parte de los individuos en su propia capacidad de reflexionar sistemáticamente sobre los procedimientos que el conocimiento y la deliberación racional conllevan³⁰. Sea en forma de las estructuras autoimpuestas del método en el *Discurso del método* de DESCARTES, sea en la investigación paciente de John LOCKE en el *Ensayo sobre el entendimiento humano* sobre «qué objetos están a nuestro alcance, o más allá de nuestros entendimientos»³¹, el optimismo de la Ilustración por parte de la mente individual era al menos optimismo con respecto de sus logros sustantivos. Y quedaba reflejado, en la temprana filosofía política moderna, en la presuposición de que la decisión que debía ser tomada por la gente —deliberando y votando conjuntamente, sin ayuda de ninguna autoridad o tradición— era la elección de un procedimiento político para la sociedad civil que estaban inventando³². El gobierno podía terminar no

²⁹ ELY, 1980.

³⁰ Para la conexión entre la teoría política liberal y el optimismo de la ilustración en epistemología, véase WALDRON, 1987.

³¹ LOCKE (1690b), 1992: Epístola al lector, 7.

³² Véanse HOBBS (1651), 2003: cap. XVII, 166-167; LOCKE (1690a), 1997: Libro II, pars. 95-98, 132-133, 273-257 y 298-299.

siendo democrático; algunos teóricos, como HOBBS, tenían fuertes prevenciones en contra de la democracia³³. Pero no tenían ninguna duda de que la elección de una Constitución —y, por lo tanto, la ponderación de las propias cuestiones acerca de qué procedimientos políticos diferentes implicaba o presuponía— sólo podía ser hecha por el pueblo³⁴.

Así, dentro de esta tradición de pensamiento político no llegaremos muy lejos con ningún argumento que limite la capacidad del autogobierno popular sobre cuestiones sustantivas y la detenga cerca del umbral del procedimiento político, atribuyendo las cuestiones sobre las formas de gobierno a un órgano de otro tipo. La democracia versa en parte *sobre* la democracia: uno de los primeros ámbitos sobre los que la gente reclama tener voz, y respecto de los que reivindica su competencia, es el carácter procedimental de sus propios arreglos políticos.

8. ¿SOMOS JUECES EN NUESTRA PROPIA CAUSA?

Puede ser todavía que el problema al que nos enfrentamos no sea un problema de capacidades. Debemos considerar la sugerencia —implícita en el argumento de DWORKIN— de que permitir a la mayoría decidir sobre las condiciones bajo las que deben aceptarse las decisiones mayoritarias puede ser objetable porque la convierte en juez de su propia causa. Los que invocan el principio de *nemo iudex in sua causa* en este contexto afirman que éste requiere que la decisión última sobre los derechos *no* sea dejada en manos del pueblo, y que debe trasladarse en cambio a una institución independiente e imparcial como la Corte Suprema de los Estados Unidos³⁵.

Es difícil ver la fuerza del argumento. Casi cualquier regla de decisión concebible conllevará eventualmente que *alguien* decida en su propia causa, en uno o tal vez dos sentidos distintos. Primero, a menos que creamos seriamente que las cuestiones de derechos deben ser decididas por un extraño —por un legislador rousseauiano tal vez³⁶, o por una institución neocolonial con ascendencia sobre una comunidad dada como la que tiene el *British Privy Council* en relación con Nueva Zelanda—, tales decisiones inevitablemente serán tomadas por personas cuyos propios derechos resultan afectados por ellas. Hasta el

³³ HOBBS (1651), 2003: cap. XIX.

³⁴ Véase HOBBS (1650), 1994: cap. XXI: «El primero en orden temporal de estos tres tipos [de República] es la democracia, y debe serlo así necesariamente, porque una aristocracia y una monarquía exigen el nombramiento de personas con un cierto acuerdo, y dicho acuerdo en una gran multitud de hombres debe consistir en el consentimiento de la mayor parte, y allí donde el voto de la mayor parte conlleva el voto del resto hay en realidad una democracia».

³⁵ Agradezco a George KATEB por insistirme en que afronte este punto.

³⁶ Véase ROUSSEAU (1762), 1993: Libro Segundo, cap. VII, 39-43.

magistrado de la Corte Suprema acaba teniendo los mismos derechos que él dictamina para los ciudadanos estadounidenses. Muy a menudo olvidamos esto: nuestra propia conversación académica sobre cuándo podemos (¿nosotros?) confiar a «el pueblo» o a «la mayoría» las decisiones sobre los derechos tiene algo del aire arrogante de un John Stuart MILL hablando *de haut en bas* sobre el autogobierno de los nativos en India.

A veces se dice que lo que implica *nemo iudex* es que una mayoría democrática no debe tener la última palabra sobre si la decisión que ha tomado acerca de los derechos es aceptable. Si hay alguna duda acerca de la aceptabilidad de la decisión de la mayoría, entonces esta mayoría no debería resolver esta cuestión. Pero esto tampoco es así. A menos que imaginemos una cadena de apelaciones interminable, siempre habrá alguna persona o institución cuya decisión será la última. Y siempre podemos decir de esta persona o institución que, puesto que tiene la última palabra, sus miembros están dictando una regla *ipso facto* sobre la aceptabilidad de su propio punto de vista. Invocar a la ligera el *nemo iudex in sua causa* no es excusa para olvidar la lógica elemental de la autoridad: la gente discrepa y se necesita una decisión última y un procedimiento para tomarla.

Invocar *nemo iudex* puede ser apropiado cuando un individuo o facción se propone resolver una cuestión que concierne a sus propios intereses, y éstos se oponen a los de otro individuo o facción o a los del resto de la comunidad. Históricamente, los que han invocado el principio en contra del gobierno democrático a menudo han intentado retratar la democracia como una regla de clase, *i. e.*, la regla autointeresada de las clases de rentas más bajas. La objeción en tales casos de que A sea juez de su propia causa es que B (la otra parte en la disputa) queda excluido del proceso. Pero parece bastante inapropiado invocar este principio en una situación en la que la comunidad en su conjunto intenta resolver alguna cuestión relativa a los derechos de *todos* los miembros de la comunidad, e intenta hacerlo sobre la base de una igual participación. Entonces, parece no sólo inobjetable sino *correcto* el que todos los afectados por una cuestión de derechos deban participar en la decisión (y si queremos encontrar otro adagio latino para responder al *nemo iudex*, podemos decir «*quod omnes tangit ab omnibus decidentur*»).

9. PETICIÓN DE PRINCIPIO

La impresión de que existe algún tipo de dificultad lógica todavía permanece. ¿Seguro que la idea de una decisión democrática sobre la democracia no entraña alguna petición de principio? ¿No hay algo circular en asignar a la mayoría decisiones sobre la naturaleza y los

límites de la toma de decisiones mayoritaria? Y si esto incurre en una petición de principio, ¿no es ésta una razón para asignar las decisiones de este tipo a otro individuo o institución?

No estoy seguro de ello. Pensémoslo un poco. Supongamos que los ciudadanos de un país no tienen el derecho jurídico a X y que algunos creen que un sistema mayoritario de toma de decisiones puede no tener legitimidad en una comunidad cuyos miembros no poseen dicho derecho. Otros ciudadanos de la sociedad, que se oponen al derecho a X, niegan esto. Si la disputa entre la facción que está a favor de X y la que está en contra se resuelve mediante un voto mayoritario en el Parlamento, confirmando que la gente no debe tener un derecho a X, la facción que reivindica el derecho puede negarse razonablemente a aceptar la legitimidad de este resultado. No quiero decir que necesariamente tengan razón sobre la relación entre X y la democracia. Lo que quiero decir es que, dado el desacuerdo sobre este punto entre las dos facciones, cualquier pretensión de que la cuestión sobre el derecho a X sea zanjada legítimamente mediante el voto sería, de hecho, una petición de principio.

Adviértanse, no obstante, dos cosas en esta conclusión. Primero, si en ausencia de un derecho a X una decisión mayoritaria que confirma que los ciudadanos no tienen el derecho a X es problemática al menos por lo que respecta a su legitimidad, lo mismo debería decirse de la decisión contraria en tales circunstancias. Así, aunque la mayoría hubiera votado en el otro sentido —esto es, aunque hubiera votado instituir el derecho a X—, esta decisión también estaría viciada por el hecho de que fue tomada por una ciudadanía que, en ese estado de cosas, carecía de este derecho que una facción consideraba tan esencial para legitimar la toma de decisiones de la mayoría. Por supuesto, podríamos esperar que la facción que defiende X asumiera pragmáticamente sus victorias allí donde las ha obtenido, sin preocuparse demasiado acerca de su legitimidad. Pero esto no hace menos viciado al proceso desde su propia concepción de la democracia.

En segundo lugar, y mucho más importante, el hecho de que se pueda sostener que un proceso mayoritario está viciado por la ausencia de un derecho a X no significa que otros procesos (como el de la decisión judicial) sean en consecuencia preferibles o legítimos. En la mayoría de los casos, la tesis de que el derecho a X es una de las condiciones de la legitimidad democrática no es probable que sea cierta a menos que X sea también una de las condiciones de la legitimidad de *todo* sistema político. DWORKIN sostiene que «una sociedad en la que la mayoría muestra desdén por las necesidades y expectativas de alguna minoría es ilegítima, así como injusta» (25). Pero de esto se sigue, seguramente, no sólo que las decisiones de la mayoría carecen de legitimidad política en dicha sociedad, sino también que no se puede

conceder legitimidad a *ninguna* decisión política, tomada mediante *ningún* procedimiento, en las circunstancias que él menciona. El desdén de la mayoría que describe DWORKIN destruirá el fundamento entero de la comunidad política para la sociedad, privando a cualquier grupo del derecho de hablar en nombre de la sociedad en su conjunto. El fundamento legítimo para la legislación de un monarca estaría socavado por las divisiones y el desprecio que DWORKIN imagina, como lo estaría la legislación de una elite aristocrática o, en este caso, la legislación de los tribunales. Si las circunstancias garantizaran la desconfianza de la minoría hacia una mayoría dominante, ciertamente surgirían recelos acerca del criterio a partir del cual se elige a los jueces y sobre la cultura social y política que probablemente guíe sus decisiones.

Hay aquí una cuestión general importante. A veces hablamos descuidadamente como si hubiera un problema *específico* para la legitimidad de la toma de decisiones de la mayoría popular, un problema que no existiera para otras formas de organización política como la aristocracia o el gobierno de los jueces. Como la expresión «tiranía de la mayoría» nos viene muy fácilmente a la boca, tendemos a olvidar otras formas de tiranía; tendemos a olvidar que la legitimidad es una cuestión que afecta a *toda* autoridad política. De hecho, sería muy extraño si hubiera un problema de legitimidad *más grave* en la toma de decisiones de la mayoría popular. Otros sistemas políticos poseen todos los peligros relacionados con la legitimidad del mayoritarismo popular: pueden hacer las cosas mal; pueden producir un impacto injusto sobre determinados individuos o grupos; en síntesis, pueden actuar tiránicamente. Pero tienen, además, una deficiencia de legitimidad que el mayoritarismo popular no tiene: no permiten la voz y el voto de todos los ciudadanos de la sociedad en un procedimiento de decisión última; en lugar de eso, proceden a tomar decisiones últimas sobre los derechos de millones de personas sobre la base de las voces y los votos de unos pocos.

De las categorías de los derechos que establecí en el apartado 1 de este capítulo —*a*) derechos constitutivos de la democracia, y *b*) derechos presupuestos por la democracia— me he centrado en este apartado en los del tipo *b*). Lo hice así porque este grupo parecía el más prometedor para la tesis de DWORKIN de que hay algo circular en utilizar procedimientos mayoritarios para determinar qué derechos tenemos. Pero podemos alcanzar una conclusión parecida respecto de los derechos del grupo *a*).

Supongamos que los ciudadanos discrepan sobre el fundamento del sufragio, sobre la financiación de las campañas políticas o sobre la representación proporcional. En casos extremos, una de las partes en desacuerdo puede pretender que una decisión mayoritaria tomada

en ausencia del derecho constitutivo sobre el que están argumentando no tiene legitimidad en ningún caso. Pueden afirmar, por ejemplo, bastante plausiblemente, que una mayoría de hombres no tiene ningún derecho moral de decidir en nombre del conjunto de la comunidad sobre si conceder el derecho de voto a las mujeres. Como antes, no se sigue de ahí que cualquier otro órgano —el monarca o los tribunales— tenga el derecho a decidir sobre la cuestión sencillamente porque la ciudadanía masculina no lo tiene. Lo que se sigue es que nos encontramos en un ámbito sin legitimidad en la que lo mejor que podemos esperar es que emerja un sistema democrático legítimo de una forma o de otra. Esto no es lo mismo que decir que estamos utilizando ahora un *test* de legitimidad que atiende a los resultados. Es más bien una expresión pragmática de esperanza en circunstancias en las que no está en nuestras manos utilizar ningún criterio común de legitimidad en absoluto.

Para repetirlo, entonces: la situación puede ser tal que la legitimidad de cualquier decisión política sobre un derecho asociado a la democracia, por cualquier procedimiento o institución, puede ser puesta en duda. Esto, creo, es innegable. ¿No se sigue entonces de ahí que en estas circunstancias *tenemos* que apelar a un enfoque que atienda a los resultados? No, y por dos razones.

Primero, como ya hemos visto, la existencia de controversia acerca de los derechos asociados a la democracia significa que un enfoque que atienda a los resultados tampoco está disponible, o no lo está para nosotros en tanto que comunidad política. Los individuos y las facciones pueden tener sus propias opiniones basadas en los resultados, por supuesto, pero entonces tendrán también sus propias opiniones sobre los procedimientos (por ejemplo, sus propias opiniones sobre la relación entre la democracia y el derecho en cuestión). No hay, así, ninguna ventaja en absoluto en favor del enfoque que atiende a los resultados por encima de un enfoque procedimentalista.

En segundo lugar, es posible, como cuestión de política práctica, utilizar un procedimiento común y familiar como la decisión mayoritaria para resolver una de estas cuestiones, mientras dejamos abierta la cuestión de la legitimidad. Supongamos, por ejemplo, que utilizamos el procedimiento mayoritario A para decidir si continuamos con un procedimiento de este tipo en nuestra política o lo reemplazamos con un procedimiento político B algo distinto. Y supongamos que votamos quedarnos con A. Podemos aceptar este voto como una cuestión pragmática, sin investirlo de legitimidad democrática en una petición de principio. En otras palabras, el hecho de que, pragmáticamente, tengamos que encontrar algún modo de resolver los desacuerdos acerca de los derechos asociados con la democracia no significa que no tengamos elección y que debamos adoptar un *test* que atienda a los resul-

tados. La pragmática puede llevarnos en cambio a un uso informal, y bastante vacío de contenido, de algún procedimiento conocido de decisión, un uso que no suponga una petición de principio de la legitimidad que está en cuestión. Nótese, por supuesto, que todo esto puede también decirse de un *test* que atiende a los resultados. Si podemos salir adelante utilizando un *test* sesgado como el rawlsiano, éste puede ser también un fundamento puramente pragmático para el diseño constitucional. En otras palabras, la opción pragmática que estoy subrayando en este párrafo está abierta para todos. Todo lo que sostengo en este apartado es que no es *necesario* que adoptemos un enfoque que atienda a los resultados: ser pragmático, a este respecto, no es necesariamente lo mismo que orientarse a los resultados.

Seguramente, para un ojo descuidado, esto puede parecer como si estuviéramos privilegiando uno de los posibles resultados —por ejemplo, el procedimiento A— utilizándolo como el procedimiento para decidir entre resultados posibles. Y —he oído a gente decir— si tiene sentido privilegiar uno de los resultados en este caso, ¿por qué no lo tiene también hacerlo en un caso ordinario en el que estén en juego cuestiones sustantivas, y no procedimentales? Pero decidir entre los procedimientos A y B utilizando el procedimiento A como método no es *privilegiar* el procedimiento A; es sencillamente usarlo. Si elegimos uno de los procedimientos que son objeto de la decisión como procedimiento para tomar la propia decisión, lo hacemos simplemente porque *necesitamos un procedimiento* en esta ocasión, y esto es algo que no podemos evitar por el momento.

Recordemos, finalmente, que el hecho de que una cuestión concierna a un derecho asociado a la democracia no significa que nos lleve necesariamente a un *impasse* como al que hemos estado considerando. Por una parte, el derecho en cuestión puede ser incidental y no central para la legitimidad democrática. La democracia es un ideal complejo y lleno de matices, y algunos de los derechos que se le asocian en un tipo de sistema pueden cuestionarse sin que nadie piense que en consecuencia la democracia misma se ha puesto en cuestión. Por otra, incluso si alguien piensa que ese derecho particular es esencial para la democracia, no se sigue que una decisión mayoritaria incurra en petición de principio. Supongamos que los miembros de una comunidad que *disfrutan* actualmente del derecho a X lo ponen en cuestión, y que algunos de ellos piensan, como antes, que X es una de las condiciones de la democracia legítima, mientras que otros lo niegan. Y supongamos que el pueblo (o sus representantes) vota por mayoría una ley que reduce o abroga el derecho a X. ¿Puede *esta* decisión mayoritaria ser criticada como ilegítima por la facción que defiende X? ¿Alguna pretensión acerca de la legitimidad de *esta* decisión incurre en petición de principio como entre los que proponen y los que se oponen al derecho a X? Seguramente no. A menos que

haya algún otro problema con la democracia en la sociedad (un problema no revelado por los términos de nuestra hipótesis), la decisión sobre X ha sido tomada bajo las condiciones que la facción que está en favor de X considera como las condiciones óptimas de legitimidad. La gente poseía el derecho a X y tomó una decisión colectiva (sobre dicho derecho). Ciertamente la facción que defiende X tendrá sus dudas sobre las decisiones políticas *subsiguientes* a ésta, puesto que pensarán que la abrogación de X ha socavado la legitimidad esperada del mayoritarismo en esta comunidad. Pero estas dudas afectarán a *todas* las decisiones políticas subsiguientes —sea sobre aspectos sustantivos o sea sobre aspectos procedimentales— (como antes), tanto las decisiones tomadas por los tribunales como las decisiones tomadas por las mayorías populares. Incluso afectarán la legitimidad de una decisión futura de restablecer el derecho a X. Así que vemos una vez más que no hay nada necesariamente circular en la toma de decisiones mayoritaria sobre una cuestión que concierna a derechos asociados a la democracia.

10. *SUMMA CONTRA DWORKIN*

Las conclusiones de este capítulo hasta el momento pueden ser resumidas como sigue. Examinamos los argumentos de Ronald DWORKIN en *Freedom's Law* en favor del control judicial de constitucionalidad en el modelo estadounidense, y aceptamos las siguientes posiciones que él defendía: 1) existe una conexión importante entre los derechos y la democracia; 2) algunos derechos individuales deben ser considerados condiciones de la legitimidad de la decisión mayoritaria, y 3) si la gente discrepa sobre las condiciones de la democracia, apelando a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar el desacuerdo puede incurrirse en petición de principio.

No obstante, argumentamos también en favor de las tesis siguientes, que contradicen las inferencias que DWORKIN pretendía hacer de 3). Sostuvimos que: 4) si una apelación a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar un desacuerdo sobre las condiciones de la democracia incurre en petición de principio, entonces una apelación a la legitimidad del control judicial de constitucionalidad (o de cualquier otro procedimiento político) para zanjar dicho desacuerdo incurre probablemente en petición de principio; 5) el hecho de que una apelación a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar un desacuerdo acerca de las condiciones de la democracia incurra en petición de principio no significa que debemos usar, sin posibilidad de elección, un procedimiento de decisión seleccionado según un *test* que atiende a los resultados, y 6) en los casos en los que una apelación a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar un desacuerdo

acerca de las condiciones de la democracia no incurre en petición de principio, no hay ninguna razón para menospreciar la decisión mayoritaria sobre la base del *nemo iudex in sua causa*.

Contra el argumento central de DWORKIN en *Freedom's Law*, sostuvimos que: 7) siempre se produce un menoscabo para la democracia cuando una concepción sobre las condiciones de la democracia se impone mediante una institución no democrática, incluso cuando la concepción es correcta y su imposición mejora la democracia. Argumentamos también, hacia el principio del capítulo, en contra de un par de posiciones incidentales que DWORKIN mantiene. Sostuvimos que: 8) no hay ninguna razón para pensar que el control judicial de constitucionalidad mejora la calidad del debate político participativo en una sociedad; y 9) que sigue estando abierta la cuestión de si el control judicial de constitucionalidad ha hecho más justos a los Estados Unidos (o haría más justa a cualquier sociedad) de lo que serían sin esta práctica.

11. ¿ESTÁ TODO AL ALCANCE DE NUESTRA MANO?

He sostenido que no se incurre especialmente en petición de principio al atribuir la decisión sobre las cuestiones sobre la democracia a los procedimientos participativos populares. No hay nada inapropiado lógicamente en invocar el derecho de participación para determinar cuestiones sobre los derechos, incluyendo cuestiones sobre la participación misma. No hay ninguna razón, por lo tanto, para que la pretensión de todo individuo de participar en la elaboración de las leyes por las que está gobernado deba ser frustrada en el umbral del procedimiento. La lógica no nos obliga a atribuir la decisión última sobre los arreglos políticos y constitucionales a una institución no participativa. Al contrario, nos puede parecer no suficientemente democrática —e incluso desagradablemente condescendiente— una constitución que transfiera a un pequeño grupo de jueces u otros funcionarios el poder de vetar lo que el pueblo o sus representantes ha acordado en sus respuestas a las cuestiones controvertidas acerca de lo que conlleva la democracia.

Nada de esto calma las preocupaciones con las que comenzamos. Una vez garantizado que no hay nada ilógico en asignar las disputas sobre los derechos asociados a la democracia a un procedimiento mayoritario, ¿qué garantiza que se nos respeten tales derechos? ¿Cómo pueden estar seguros los derechos si están a merced de la decisión de la mayoría? ¿Cómo puede ser el respeto por los derechos consistente con un proceso que parece no imponer límites *a priori* a los resultados políticos? ¿Las conclusiones a las que hemos llegado no dejan todo al alcance de nuestra mano (*up for grabs*)?

La respuesta más directa es: «sí, todo *está* al alcance de nuestra mano en una democracia, incluyendo los derechos asociados a la democracia misma». O, ciertamente, todo lo que es objeto de desacuerdo de buena fe está al alcance de nuestra mano. Ésta es la clave del asunto, puesto que afirmar lo contrario sería imaginarnos a nosotros mismos, como una comunidad, en posición de tomar parte en tal desacuerdo pero sin que lo parezca en ningún momento. Supongamos de nuevo que los miembros de una comunidad discrepan sobre si la gente debe tener el derecho a X. Afirmar que, de cualquier modo, el derecho a X no debería estar al alcance de esta comunidad equivale a decir que la comunidad ya ha tomado parte en este desacuerdo. Y alguien puede preguntarse legítimamente cómo ha sucedido *esto* (dado el desacuerdo) sin que en un estadio anterior el derecho a X haya estado de hecho al alcance de un procedimiento de decisión que abordara la cuestión de si la comunidad debía comprometerse con este derecho.

El pánico acerca de que todo «esté a nuestro alcance» es por supuesto en parte un pánico hacia el autogobierno en el ámbito político. No estamos seguros de los demás en el sentido en el que nos proponemos estar seguros de nosotros mismos. Nos queremos gobernar a nosotros mismos —me refiero a gobernarnos políticamente, actuando conjuntamente, actuando en compañía de los demás—, pero sabemos que estamos en desacuerdo sobre los principios por los que debería guiarse dicho gobierno. Cada uno de nosotros, por lo tanto, debe encarar la perspectiva de que los valores que *él* se toma en serio, las prioridades que *él* tiene, los principios a los que *él* se adhiere fuertemente, pueden no ser los valores, prioridades y principios sostenidos por el votante en la cabina electoral contigua. Si queremos eliminar estos desacuerdos, podemos intentar degradar las concepciones de los demás como egoístas o irracionales y excluirlas en la medida de lo posible de nuestra política. Pero, como he sostenido, difícilmente podemos hacer esto en nombre de los *derechos*, si parte de esta idea es que un portador de derechos (*rights-bearer*) debe ser respetado como un agente moral distinto con su propio sentido de la justicia. Si, por otra parte, decidimos tratar con respeto las concepciones de los demás, si no tratamos de esconder el hecho de nuestras diferencias o eliminar el disenso, entonces no tenemos elección y debemos adoptar procedimientos para zanjar desacuerdos políticos que no determinen por sí mismos cuál va a ser el resultado³⁷. En este sentido, la política deja todo a nuestro alcance de un modo que puede ser desconcertante desde algún punto de vista. El respeto por las opiniones y las conciencias de los demás significa que no hay nadie que tenga por sí solo el control sobre los resultados políticos que su conciencia o sus propios principios parecen dictarle. Éste, me parece, es sencillamente un precio que hay que pagar.

³⁷ Véanse los apartados 2 y 9 del cap. V.

«Estar al alcance de nuestra mano» (*up for grabs*), no obstante, puede indicar otras dos cosas, ninguna de las cuales es consecuencia de la posición que he defendido.

«Al alcance» (*grabs*) puede connotar una apropiación egoísta —un desvarío que alimenta el interés más que el desacuerdo sobre principios de buena fe—. Hombres y mujeres razonables se alarmarán con bastante razón por las perspectivas para los derechos en una sociedad en la que todo ciudadano y grupo de interés intenta alcanzar todo lo que puede. Los derechos estarían generalmente en peligro en dicha situación, incluyendo por supuesto los derechos constitutivos de la democracia. Mi argumentación ha procedido bajo la premisa de que la política democrática no es necesariamente así, y que de hecho se parece mucho menos a esto de lo que tienden a sostener los detractores del mayoritarismo popular. He insistido también en que deberíamos resistirnos a la tentación de decir que *es* así simplemente porque hemos perdido en la votación frente a una mayoría que nos contradice sobre alguna cuestión de principios. No es necesario invocar el autointerés para explicar el desacuerdo sobre derechos, ya que queda suficientemente explicado por la dificultad del objeto de la materia y por lo que John RAWLS denominó «las cargas del juicio»³⁸. Si adscribimos la influencia del autointerés al hecho de que otra persona tenga discrepancias políticas con nosotros, esto debe ser justificado como una explicación *específica*, además de una explicación normal del desacuerdo humano sobre cuestiones complejas.

Puedo estar equivocado en todo esto, por supuesto: tal vez la política es sólo un conflicto de intereses. Corremos el peligro, también, de que esto sea en lo que se está transformando la política en todo el mundo, algo así como una profecía autocumplida invocada por el desdén hacia la política legislativa que los Estados Unidos han exportado exitosamente como su contribución a la teoría democrática. Pero si esto es así, deberíamos reconocer que no es sólo la reputación del mayoritarismo popular lo que está en peligro. Si la política democrática es sólo una lucha constante con los demás buscando sacar partido personal, entonces los hombres y las mujeres no son las criaturas que los teóricos de los derechos creían. Si pensamos en todo caso que algunos de sus intereses requieren de una protección especial (contra las mayorías y otros tipos de tiranías), tendremos que desarrollar una teoría de la justicia y una teoría de la política que no asocie la petición de esta protección con el respeto activo por la capacidad moral que la idea de los derechos ha implicado tradicionalmente.

No obstante, quiero insistir sobre todo en lo siguiente. La alternativa a un modelo de la política basado en el autointerés no es un

³⁸ RAWLS, 1993: 54-58. Para un análisis de «las cargas del juicio» véanse los apartados 12 del cap. V y 2 del cap. VII.

escenario en el que los individuos, como agentes morales responsables, convergen en un único conjunto de principios que resultan en *la verdad* sobre la justicia, los derechos y el bien común. Ésta no sería una alternativa creíble desde el punto de vista de las ciencias sociales. La alternativa apropiada al modelo del autointerés es un modelo de la discrepancia de opiniones —un escenario ruidoso en el que hombres y mujeres de fuerte temperamento argumentan exaltados y apasionados sobre los derechos que tenemos, lo que exige la justicia y lo que representa el bien común, motivados en sus desacuerdos no por lo que pueden sacar de ahí, sino por un deseo de alcanzar lo correcto—. Si tomamos *éste* como nuestro modelo alternativo, podemos sentirnos más inclinados a reconocer que la política del mundo real no está necesariamente guiada por el autointerés, que si pensamos que la única alternativa al modelo del autointerés es la de tener nobles ciudadanos que convergen en la verdad. He intentado mostrar que podemos construir una teoría de la política para el modelo del desacuerdo de opiniones —una teoría de los procedimientos de decisiones legítimos que funciona bajo la presuposición de que la gente que realmente se preocupa por la justicia y los derechos pueden, de todas maneras, discrepar acerca de lo que éstos implican—. Por supuesto, cualquier teoría política está próxima a un tipo ideal en relación con la confusión del mundo real³⁹. Una descripción completa y fiel puede requerir que mezclemos elementos de diversas teorías. Lo que sugiero, no obstante, es que si queremos hacer justicia a este aspecto de nuestra experiencia política que implica que la gente a veces esté dispuesta a preguntarse por sus ideales, tanto como por la utilidad que extraen, es el modelo del desacuerdo, y no el de la convergencia moral, el que deberíamos utilizar para matizar o contrastar el modelo más cínico del interés.

El segundo sentido de «al alcance de nuestra mano» (*up for grabs*) que quiero negar tiene que ver con la «rapiña» (*grabbing*) precipitada, volátil e impetuosa. Que un determinado derecho esté «al alcance» de la política mayoritaria puede querer decir que es respetado hoy, abrogado mañana y restituido en una forma enmendada el lunes por la mañana. Aludimos brevemente en el capítulo V a la sugerencia de Thomas HOBBS de que uno de los rasgos más característicos de la política democrática es su inconstancia⁴⁰. Hay muchas formas distintas en las que una Constitución democrática puede mitigar esta inconstancia. El proceso legislativo puede ser más complejo y laborioso, y de diversos modos puede ser más difícil volver a revisar cuestiones de principio en un momento determinado después de que hayan sido zanjadas. Estos mecanismos de «dilación» pueden también estar apoyados en la comunidad política por valores asociados con el «Estado

³⁹ Para esta noción de tipo ideal, véase WEBER, 1968: vol. 1, 20-22.

⁴⁰ HOBBS (1642), 1983: cap. X, 137-138.

de derecho». No es necesario considerar nada de esto como un ataque a la democracia; ciertamente un mecanismo de «dilación» de este tipo no es equivalente a sustraer cuestiones del voto común y atribuir las a un foro distinto no representativo como un tribunal, en términos de ataque a la democracia. No obstante, como sostuve en el capítulo XII, la democracia *sería* atacada por cualquier intento de asociar dicha «dilación» con la idea de que hay algo patológico en el desacuerdo de principios, sea en una de las partes o en la otra. En este capítulo he dado argumentos en contra del modelo del precompromiso de «Ulises y las sirenas», que presenta los límites constitucionales como una forma de inmunización contra la locura. Pero no estamos legitimados a asegurar la estabilidad al coste de silenciar el disenso o retirar el sufragio a aquellos que lo expresan. Y no deberíamos usar las ideas de garantía constitucional o compromiso constitucional como un modo de evitar la deliberación efectiva sobre una materia sobre la que los ciudadanos están aún desarrollando y debatiendo sus diversos puntos de vista.

12. DESACUERDOS SOBRE LOS LÍMITES

Sabemos que si confiamos la protección de los derechos al pueblo, se les confiará a hombres y mujeres que discrepan acerca de qué es lo que implican tales derechos. Es tentador inferir del hecho de dicho desacuerdo y de los procesos (como el voto) que serán necesarios para resolverlo que este tipo de protección en política equivale a dejarlos desprotegidos. Es tentador pensar que la gente que está preparada para conceder su voto en materias de derechos fundamentales y para aceptar el punto de vista de la mayoría simplemente no se toma los derechos en serio.

De hecho, ésta es una tentación increíblemente *fácil* de resistir en ciertos contextos, ya que nadie piensa lo mismo acerca de un tribunal como la Corte Suprema de los Estados Unidos. Seguramente los magistrados de la Corte Suprema se toman en serio los derechos si nadie más lo hace, pero dichos magistrados discrepan acerca de tales derechos tanto como los demás, y también resuelven sus desacuerdos por un voto de mayoría simple. La práctica establecida en Estados Unidos es que el pueblo debe aceptar la autoridad de una decisión de la Corte sobre los derechos que ellos poseen, incluso cuando dicha decisión se basa en una votación ajustada de cinco a cuatro magistrados. Contamos manos alzadas en el tribunal, pedimos el nombramiento de un magistrado conservador o uno liberal, hablamos de un magistrado concreto por ser el «voto oscilante» en la Corte, y nada de esto parece zarrandear nuestra confianza de que los derechos están siendo protegidos de la única manera posible por individuos de pensamiento arti-

culado y con opiniones fundadas. No podemos, por lo tanto, sostener que los derechos no están siendo tomados en serio en un sistema político simplemente por el hecho de que el sistema permite el voto mayoritario para zanjar los desacuerdos sobre los derechos que debemos tener. Al contrario, una cultura política —como la que persiste y envuelve la Corte Suprema de los Estados Unidos— puede ser una cultura de los derechos, una cultura en la que los derechos se toman con la máxima seriedad, aun cuando al mismo tiempo sea una cultura del desacuerdo, una cultura que entiende que al fin y al cabo lo único que podemos hacer respecto al mismo es contar los síes y los noes.

Del mismo modo, pienso que no deberíamos subestimar la medida en que la idea de los derechos puede persistir en la política legislativa o electoral. La idea de los derechos es que hay límites a lo que podemos hacer o pedir a los demás en virtud del bien común. Una cultura política en la que los ciudadanos y los legisladores comparten esta idea pero discrepan sobre cuáles son los límites es bastante diferente que una cultura política no contaminada por la idea de los límites, y me parece que valoramos muy poco nuestro pensamiento constitucional si decimos que el hecho del desacuerdo equivale por completo de la idea de los derechos o de los límites.

Quiero finalizar con dos ejemplos extraídos de los clásicos de la filosofía política liberal, que ayudarán a explicar lo que quiero decir.

El primero es el ejemplo de John LOCKE, bien conocido como fundador del liberalismo moderno, y famoso también por sostener que la autoridad del Parlamento está limitada por el respeto a los derechos naturales —la vida, las libertades y la propiedad— de la gente⁴¹. Los legisladores, decía LOCKE, no están autorizados a hacer lo que les plazca. Si «traicionan la confianza depositada en ellos cuando invaden la propiedad de los súbditos y se elevan ellos mismos [...] a la condición de dueños y señores absolutos de las vidas, libertades y fortunas del pueblo», pierden su autoridad. «Éstos son los límites que la sociedad y la ley natural y divina han fijado para el poder legislativo de cualquier república»⁴². LOCKE se adhería a esta doctrina liberal clásica del legislativo limitado con una insistencia en que «en todo caso, mientras el gobierno subsista, el legislativo es el poder supremo [...] y los otros poderes que detentan cualquier otro miembro o parte de esa sociedad, dimanen de él y a él se subordinan»⁴³. Esta conjunción suena un poco

⁴¹ Los párrafos que siguen están adaptados de la primera de mis *Seeley Lectures* de 1996, «Locke's Legislature». Véase WALDRON, 1999a: cap. IV.

⁴² LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 221, 365, y par. 142, 308.

⁴³ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 150, 314. La conjunción no pasa inadvertida por parte de LOCKE: no es una cuestión de que *nosotros* yuxtapongamos dos partes distintas de un manuscrito compuesto por fragmentos sueltos. Al contrario, LOCKE explícita en un único pasaje: «el poder legislativo, no importa que esté depositado en una o varias personas, que

curiosa para nuestros cansados oídos: ¿cómo puede LOCKE querer decir lo que dice acerca del legislativo limitado, si no está dispuesto a respaldar a alguna institución superior (como un tribunal) que imponga tales límites? ¿Tener una teoría de los límites sin una plasmación institucional de competencias no es lo mismo que no tener ninguna en absoluto?

La pregunta ignora la importancia de la cultura política y la comprensión política pública. «Comprender qué es el derecho al Poder Político» es el objetivo del *Segundo Ensayo*⁴⁴; y la presuposición de la que LOCKE parte es que una organización política dominada por una concepción correcta divergirá considerablemente en su carácter y en su funcionamiento de una cuyos miembros estén bajo equívocos voluntarios o involuntarios acerca de los derechos y el fundamento del gobierno⁴⁵.

La idea de límites basados en derechos es por lo tanto, en primera instancia, una cuestión de autocomprensión política. A LOCKE le pareció importante que los legisladores debieran afrontar sus tareas imbuidos con un sentido moral y filosófico sobre los límites de lo que podían hacer, y que debieran comprometerse (como una cuestión de virtud o deber asociada a su cargo) a cerciorarse de cuáles son esos límites y si son contravenidos o no por las propuestas legislativas que llegan ante ellos. Le pareció también importante que los ciudadanos tuvieran deferencia hacia la autoridad del Parlamento impregnados de un sentido similar. Deberían actuar y responder a sus dictados siendo conscientes de que no están obligados (por el contrato social, etc.) a hacer *cualquier cosa* que diga el Parlamento, sino que están legitimados a desobedecer o rebelarse *in extremis* cuando se sobrepasen los límites. En correspondencia, los ciudadanos deberían comprender que ellos también deben intentar con todas sus fuerzas comprender cuáles son dichos límites y si las leyes que se les presentan los contravienen o no. Además, LOCKE quiere incentivar una cultura política en la que la gente acompañe estas convicciones con la idea de que las materias en cuestión son objetivas, y que pueden por lo tanto equivocarse al respecto, y que si lo hacen deberán responder ante Dios por sus errores y por los estragos que resulten de ellos.

Alguien podría responder que la cultura política y la autocomprensión están muy bien; pero ¿por qué LOCKE se mostraba reticente

sea perpetuo o que sólo se mantenga durante ciertos intervalos, está en todo caso sujeto a ciertas condiciones, y ello pese a que constituye el poder supremo de cualquier república.

En primer lugar, no es ni puede ser un poder arbitrario y absoluto sobre las vidas y fortunas del pueblo» [LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 135, 301].

⁴⁴ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 4, 205 (la cursiva es mía).

⁴⁵ Véase LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 111, 284-285. Véase también la insistencia de LOCKE en el «Prefacio» en que «el peor daño que se puede hacer al Príncipe y al pueblo es propagar falsas nociones en torno al gobierno» [LOCKE (1690a), 1997: Libro II, 45].

a respaldar una institución como un tribunal supremo para tomar una decisión última acerca de si el legislativo ha traicionado su confianza? ¿Por qué no debería considerar la opción del control judicial de constitucionalidad de las leyes?

Los académicos han señalado que LOCKE dice muy poco acerca del poder judicial como una rama distinta del gobierno. Peter LASLETT sostiene que en la concepción de LOCKE el poder judicial no era en absoluto un poder separado de los demás: «Era el atributo general del Estado»⁴⁶. Gobernar, en la concepción de LOCKE, consiste en emitir un juicio público respecto de lo que exige el derecho natural —tanto en general como en concreto— y establecer este juicio como base para la coordinación social y la coacción de la ley. Y esto es lo que hace el Parlamento lockeano. A menos que propongamos una estructura bicameral para el legislativo (algo con lo que LOCKE no tendría ninguna dificultad)⁴⁷, no hay necesidad de una institución *adicional* para comprobar si lo que promulga el Parlamento está de acuerdo con el derecho natural. Esto es lo que *es* legislar; ésta es la función que se supone que los legisladores deben realizar cuando deliberan y votan. En la medida en que los miembros de la sociedad discrepan sobre esto —en la medida en que los límites del derecho natural son controvertidos—, la legislación *es* únicamente la resolución de estas controversias.

En teoría, esta función podría ser realizada por una junta de nueve hombres vestidos con togas negras y rodeados de letrados. Ellos podrían ser los que deliberaran, juzgaran y votaran sobre estas cuestiones. El argumento de LOCKE aquí es más o menos el mismo que el de HOBBS⁴⁸: cualquiera que sea el poder supremo, es, en efecto, el legislativo. Pero LOCKE lo dice de manera más cuidadosa y democrática que HOBBS. Su posición parece ser que, si tenemos controversias acerca del derecho natural, es importante que las resuelva una asamblea *representativa*⁴⁹. LOCKE piensa que es importante que la institución que, por su carácter representativo, incorpora nuestra «influencia mutua», «nuestra conexión mutua» y «nuestro sentimiento unísono»⁵⁰ sea también la que decida sobre nuestros desacuerdos sobre la justicia, los derechos, el bien común y el derecho natural. La institución que comprende a nuestros representantes y la institución que resuelve nuestras diferencias últimas sobre principios morales debería ser la misma. Al combinar estas funciones el Parlamento incorpora nuestra virtud deliberativa y nuestro sentido de responsabilidad mutua. Como afirma LOCKE, «se trata del Alma que proporciona la forma, la vida

⁴⁶ LASLETT, 1988: 120.

⁴⁷ Véase LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 213, 361.

⁴⁸ HOBBS (1651), 2003: cap. XXVI, 234.

(AQUI)

⁴⁹ Véase especialmente LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 94, 271-272, y par. 143, 310-311.

⁵⁰ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 212, 360.

y la unidad a la república», y ésta es la razón por la que un ataque a la integridad o la posición del Parlamento (desde dentro o desde fuera de sus filas) supone el ataque más nefasto a «la esencia y unión de la Sociedad»⁵¹.

Ésta me parece una posición poderosa y atractiva. Incorpora la convicción de que las cuestiones de principio con las que debemos tratar son *nuestras* cuestiones, de modo que incluso en el caso de que deban ser tratadas por alguna institución que comprenda sólo a unos pocos, y no a todos nosotros, deberá ser de todos modos una institución diversa y plural y que, mediante algo así como la responsabilidad (*accountability*) electoral, incorpore el espíritu del autogobierno, un órgano en el que podamos discernir las huellas manifiestas de nuestro propio consentimiento originario⁵². Esto conecta los temas que hemos estado tratando en esta parte del libro con los que he tratado en los capítulos II a V —la importancia de cuestiones sobre las que hay diferentes concepciones y opiniones llenas de matices que son resueltas por instituciones que en su tamaño y diversidad pagan un tributo a la pluralidad esencial de la política—.

El segundo de los ejemplos que quería mencionar del canon de la teoría política es el del argumento sobre la libertad individual que John Stuart MILL presentó en el ensayo *Sobre la libertad*. Cuando mis estudiantes leen dicha obra, asumen casi sin pensarlo que se trata de una defensa de la Primera Enmienda y una petición de que se instituya algún límite constitucional similar en la Inglaterra victoriana. No se toman en serio la advertencia explícita de MILL de que no se está refiriendo para nada a las leyes o las Constituciones, sino que se está ocupando de la opinión pública, que busca levantar «una fuerte barrera de convicción *moral*»⁵³ en contra de «una grande y creciente inclinación a extender indebidamente los poderes de la sociedad sobre el individuo, no sólo por la fuerza de la opinión, sino también por la de la legislación»⁵⁴. En nuestra preocupación contemporánea por los mecanismos para hacer cumplir las leyes tendemos a perder la perspectiva de que la libertad de pensamiento y discusión pueda ser mejor respetada por una concepción de la prevalencia de un espíritu de libertad entre el pueblo y sus representantes —una cultura política de respeto mutuo— que dé como resultado declaraciones formales u otros arreglos institucionales⁵⁵. Esto implica una miopía grave. Como muestra el destino de varias decenas de «Constituciones» en todo el mundo,

⁵¹ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 212, 360.

⁵² La expresión es de PANGLE, 1988: 254.

⁵³ MILL (1859), 1970: cap. I, 71 (la cursiva es mía).

⁵⁴ MILL (1859), 1970: cap. I, 70 (la cursiva es mía).

⁵⁵ Cfr. Alexander HAMILTON en MADISON, HAMILTON, y JAY, 1994: LXXXIV, 368: «La garantía de un derecho como el de la libertad de prensa, a pesar de las elocuentes declaraciones que se inserten en su favor en cualquier Constitución, depende en absoluto de la opinión pública

las declaraciones sobre el papel son de poco valor si no van acompañadas por una cultura política de la libertad adecuada. Y la filosofía política probablemente tiene un mayor efecto sobre la cultura política, si es que tiene alguno sobre el mundo, del que tiene sobre las instituciones políticas *per se*, incluso siendo dicho efecto más difuso y resultando menos halagador para nosotros como supuestos consejeros de los poderosos⁵⁶. En otras palabras, pienso que en filosofía política deberíamos interesarnos tanto por las condiciones de la cultura política —el conjunto de juicios compartidos actuales— como lo estamos en tener institucionalizados los principios que apreciamos.

Ciertamente, éste era el punto de vista de MILL. No podemos esperar que la libertad individual sostenga su propio fundamento, decía MILL, «a menos que la parte inteligente del público se apreste a darse cuenta de su valor»⁵⁷. Si nos importa la libertad individual, entonces, la primera cosa que deberíamos hacer no es reclamar una carta de derechos para ser aplicada por un tribunal, sino desarrollar entre nosotros una cultura de la libertad que haga que los que participarán en las decisiones sociales y políticas más importantes aprecien y se tomen en serio esta idea de libertad. Y —como sugerí en los capítulos X y XI— esto es lo que deberíamos querer hacer en cualquier caso, si realmente nos tomamos en serio la libertad, puesto que no podemos dar por segura la libertad en una sociedad en la que es una táctica política aceptada no considerar a los ciudadanos como otra cosa que miembros egoístas e irresponsables de mayorías políticas predatoras. Tomar en serio la libertad significa tomar en serio a los demás como personas que poseen su propia concepción de la libertad.

Pero es aquí donde está el giro. No podemos esperar que se tome en serio ninguna idea —pongamos sólo la idea de libertad— en la sociedad, no podemos esperar que la parte inteligente del público se dé cuenta de su valor, si no es ella misma objeto de disputa y de un debate dinámico. Éste es el argumento formulado en defensa de la libertad de pensamiento y discusión en el capítulo 2 del ensayo de MILL —el argumento sobre la importancia de los desacuerdos en una cultura dinámica y progresista—. Y obviamente esto se aplica reflexivamente a la libertad misma. El principio de libertad y los principios subyacentes en otros derechos no son una excepción al argumento de MILL de que, sin debate genuino y sin desacuerdo, un credo adoptado por la gente tiende a ser

recibido pasivo, no activamente, [...] petrificándole [al espíritu] contra toda influencia dirigida a las partes más elevadas de nuestra naturaleza;

y del espíritu general del pueblo y del gobierno. Y aquí, a fin de cuentas, es donde hemos de buscar la única base sólida de nuestros derechos [...]».

⁵⁶ Véase WALDRON, 1995a, y también WALDRON, 1998.

⁵⁷ MILL (1859), 1970: cap. 3, 148.

manifestando su poder, en no tolerar que ninguna concepción nueva y viva se produzca en él, pero sin hacer él mismo otra cosa por la inteligencia o el corazón que montar la guardia, a fin de conservarlos vacíos⁵⁸.

MILL es famoso por sugerir que en algunas ocasiones podría incluso llegar a ser necesario fabricar artificialmente el desacuerdo, si no hay disenso que realice esta función dinamizadora. Si la gente no discrepa acerca de los derechos tal vez tengamos que realizar «alguna intervención por la que las dificultades de la cuestión fueran presentadas a la conciencia [de cada persona] como si se las plantease algún campeón disidente, ansioso de su conversión»⁵⁹. Afortunadamente, no estamos en tal situación. Dado que *hay* gente que discrepa acerca de cualquier propuesta concreta sobre derechos, y que expresará su desacuerdo «si la ley o la opinión se lo consintieran, agradezcámoslo, abramos nuestras inteligencias para oírlas y regocijémonos de que haya alguien que haga para nosotros lo que en otro caso, si en algo tenemos la certidumbre y la vitalidad de nuestras convicciones, deberíamos hacer nosotros mismos con mucho más trabajo»⁶⁰.

Me parece que éste es tan buen momento como cualquier otro para terminar. *Discrepamos* acerca de los derechos, y es comprensible que lo hagamos. No deberíamos temer ni estar avergonzados de dichos desacuerdos, ni atenuarlos ni llevarlos más allá de los foros en los que se toman importantes decisiones de principios en nuestra sociedad. Deberíamos darles la bienvenida. Estos desacuerdos son un síntoma —el mejor síntoma posible en las circunstancias actuales— de que la gente *se toma los derechos en serio*. Por supuesto, como he dicho un millón de veces, a una persona que se encuentra en desacuerdo con los demás no se le prohíbe seguir pensando que su punto de vista es el correcto. Debemos, cada uno de nosotros, mantener la fe en nuestras propias convicciones. Pero tomarse los derechos en serio tiene que ver también con la forma en que respondemos cuando los demás nos contradicen, incluso en una cuestión de derechos. Aunque todos consideramos razonablemente importantes nuestros propios puntos de vista, debemos también (todos nosotros) respetar la condición elemental de *estar con otros*, que es a la vez la esencia de la política y el principio de reconocimiento que reside en el corazón de la idea de los derechos. Cuando estamos ante un portador de derechos (*rights-bearer*), no estamos tratando sólo con una persona a la que se le ha reconocido la libertad, el sustento o la protección. Sobre todo, estamos ante una *inteligencia* particular —una mente y una conciencia distinta a la nuestra, que no está bajo nuestro control intelectual, que tiene

⁵⁸ MILL. (1859), 1970: cap. 2, 105.a

⁵⁹ MILL. (1859), 1970: cap. 2, 109.

⁶⁰ MILL. (1859), 1970: cap. 2, 111.

su propia visión del mundo y su propia concepción de las bases adecuadas de las relaciones con los demás, a quienes él también ve como otros—. Tomar los derechos en serio, entonces, es responder respetuosamente a este aspecto de la otredad, y estar deseoso entonces de participar dinámicamente, pero como un igual, en la determinación de cómo debemos vivir conjuntamente en las circunstancias y en la sociedad que compartimos.