

La última palabra y la autoridad del derecho en la discusión entre Dworkin y Waldron

The last word and the authority of law in the debate between Dworkin and Waldron

Priscila Machado Martins¹

Universidad de los Andes (UANDES/Chile)
priscilamachadamartins@gmail.com

Resumen

El presente artículo se propone examinar la actual discusión acerca de la decisión constitucional como última palabra y la autoridad promovida por Ronald Dworkin y Jeremy Waldron. Para aquello, se centra el debate en el control de constitucionalidad, comenzando por la crítica de Waldron a la teoría de la respuesta correcta de Dworkin, el concepto de democracia y su relación con la regla de la mayoría, y termina con la relación entre el pensamiento de los dos juristas sobre la autoridad del legislador.

Palabras-clave: Waldron, Dworkin, control de constitucionalidad, democracia, intención del legislador.

Abstract

This article proposes to examine the current discussion about the constitutional decision as the last word and the authority promoted by Ronald Dworkin and Jeremy Waldron. For that, the debate is centered on the control of constitutionality, beginning with Waldron's criticism of Dworkin's theory of correct response, the concept of democracy and its relation to the rule of the majority, and ending with the relationship between the thought of the two jurists on the authority of the legislator.

Keywords: Waldron, Dworkin, control of constitutionality, democracy, intention of the legislator.

¹ Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de derecho procesal constitucional, Universidad de los Andes, Chile. *Visiting scholar* en la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne y en la *Université Science Po*, Francia. Este estudio hace parte del Proyecto Fondecyt Iniciación N°11170502 "La cosa juzgada en las acciones constitucionales de protección", del cual la autora es investigadora responsable.

Introducción

Este artículo presenta una síntesis analítica de las principales ideas de Ronald Dworkin y Jeremy Waldron, enfocado principalmente en la discusión trabada acerca de la democracia, control judicial de las leyes, derechos fundamentales, autoridad e interpretación según la intención del legislador.

En torno de tal discusión nace la pregunta de qué: ¿si los jueces no son elegidos, bajo que justificación podrían revertir decisiones tomadas por los representantes escogidos por el pueblo?²

Para ello, dividimos el trabajo en dos partes fundamentales, la primera trata de presentar la discusión divergente y acalorada entre Dworkin y Waldron, y en la segunda parte, se pretende ofrecer una aproximación entre el pensamiento de los referidos juristas.

Como punto de combate, identificamos el énfasis que cada uno de los autores atribuye a la interpretación jurídica: la idea del consenso de Ronald Dworkin, y su postura de existencia de una única respuesta correcta y, por otro lado, el reconocimiento de los desacuerdos por Jeremy Waldron, donde frente al total disenso, es imposible reconocer la existencia de una respuesta correcta.

En secuencia, identificamos a Dworkin, con la imposición de pre-condiciones substantivas de las decisiones judiciales, y por otro lado a Waldron, enfatizando la idea de una democracia procedimentalista, basada en la regla de la mayoría, donde la única manera de decidir, es aquella hecha a través de la votación, donde cada individuo es considerado de manera igualitaria. Dentro de este contexto, analizamos el papel de los derechos fundamentales y su peso en la interpretación del Derecho, bajo las concepciones de democracia de cada uno de los pensadores estudiados.

En segundo plano, verificamos una aproximación entre los pensamientos de Waldron y Dworkin en lo que atinge a la interpretación según la intención del legislador. En relación a este punto, interesa sobre todo esclarecer el debate entre Joseph Raz en contraposición de Jeremy Waldron-Ronald Dworkin, y precisar el sentido de la interpretación jurídica desde una perspectiva no intencionalista.

Este estudio incluye como respaldo, consideraciones de otros autores que contribuyen con sus críticas y comentarios al estudio del tema abordado.

Waldron y la desmitificación de la idea de la única respuesta correcta de Dworkin

Dworkin (1989, p. 455) se pregunta: ¿Habrà siempre una respuesta correcta para los conflictos de derecho y política, o vivimos en pleno desacuerdo? En efecto, señala casi

² No vamos a tratar de la propuesta de Hart, pero podemos revisar su posición en Hart (2004, pp. 63-97).

textualmente: cuándo los hombres razonables divergen respecto de alguna cuestión de derecho y de moralidad política, y no están de acuerdo sobre un criterio que pudiera resolver la discrepancia –si fueran conocidos todos los hechos físicos y los referentes a estados mentales–, ¿puede ser auténtico tal desacuerdo?

Antes de empezar con el desarrollo del problema, cumple destacar que la teoría desplegada por Ronald Dworkin ha influido notablemente en la construcción de la teoría del derecho en las últimas décadas, donde su principal y más reconocida contribución, es el ataque al positivismo jurídico.

La teoría del derecho de Ronald Dworkin está basada en su concepto de integridad, y en este proceso, hay dos fases a ser identificadas, una presente en *Taking Rights Seriously*, en que centra sus esfuerzos en proponer una crítica a los fundamentos del positivismo, y otra fase, la del libro *Law's Empire*, donde ya propone su teoría del derecho como integridad y una concepción del derecho como interpretación.

Entiende Dworkin la integridad como un ideal o virtud política que exige de los poderes públicos conducirse de modo coherente y no de manera arbitraria (Santos Perez, 2003, p. 353), o sea, “de acuerdo a un único sistema coherente de pautas de corrección y rectitud, que el propio autor caracteriza como principios de justicia, equidad y debido proceso” (Solum, 2005, p. 226)³.

En efecto, en relación a lo anterior, Günther enseña que el ideal de tomar decisiones respecto de normas jurídicas en concordancia con una teoría política completamente coherente fue ampliado y especificado por Dworkin, bajo el concepto de *integrity*. Aunque surja como principio independiente, obtiene su importancia sólo al luchar con otros principios fundamentales de una comunidad política, como lealtad, justicia y debido proceso (*due process*): y eso, como la virtud de lidiar coherentemente con estos principios, se expresa en la máxima de tratar casos iguales de modo igual (Günther, 2004, p. 407).

Sin embargo, la integridad es un valor abstracto que se extiende por todo el largo del sistema político y jurídico, pero de manera diferenciada. Dentro de esta perspectiva, Dworkin distingue entre integridad en la legislación e integridad en la jurisdicción.

En la parte legislativa (Mônica, 2008, p. 46), la exigencia de integridad establece que los políticos y funcionarios del Estado actúen, al introducir normas o modificarlas, de manera que el conjunto de leyes sea coherente desde el punto de vista moral (Dworkin, 2005, p. 132).

Por otra parte, respecto la práctica jurisdiccional, se demanda a los jueces interpretar el derecho sobre la suposición de que los deberes y derechos legales fueron creados por un

³ “En la propia elaboración de la teoría de Dworkin, se utiliza un dispositivo heurístico, que corresponde a un juez imaginario llamado Hércules. En uno de sus primeros ensayos “*hard cases*”, Dworkin imagina que Hércules es confrontado a un caso difícil, en el que la ley establecida no provee una respuesta clara. En nuestro contexto, imaginamos a Hércules que se enfrenta con un caso a primera vista, relativo a un tema de debido proceso, -el derecho a un proceso justo está contenido en las Cláusulas del Debido Proceso de la 5° y 14° enmienda de la Const. de USA-. Para decidir este caso difícil (*hard case*), Hércules debe construir una teoría del debido proceso. Podemos imaginar que su toma de decisión procede en dos pasos. Primero, en identificar las teorías que calzan con el texto constitucional como con los casos ya resueltos: Hércules se pregunta: “¿Qué teorías de justicia procedimental son consistentes con el lenguaje del Debido Proceso, de su Cláusula, su historia, y los contornos generales de los casos de debido proceso de la Suprema Corte?” Segundo, entre estas teorías, elige aquella que provee el mejor soporte de razón para la doctrina del debido proceso como cuestión de moralidad política. Hércules se pregunta, “de las teorías de justicia procesal que se ajustan a las doctrinas existentes, ¿cuales proveen la mejor justificación para esa doctrina?” Traducción libre de Solum (2005, p. 226).

mismo autor, o sea, el legislador único (la comunidad personificada), que expresa una correcta concepción de justicia y equidad (Dworkin, 2005, p. 164).

Vale resaltar que en la concepción dworkiana del derecho, es en la práctica adjudicativa que se expresa de forma más significativa la importancia de la idea de integridad. María Lourdes Santos Pérez (2003, p. 354) destaca que “el autor insiste en que la integridad forma parte de las condiciones sobre las que desarrolla la actividad cotidiana de los jueces, de modo que la caracterización del derecho como ‘integridad’ hace justicia a los presupuestos normativos bajo los que opera el trabajo jurisdiccional”.

Acercándonos al punto del problema propuesto en el inicio de este tópico, la concepción del derecho como integridad propone al juez que trabaje como si el derecho de una comunidad fuera obra de un legislador racional de modo que para cada caso hubiera una respuesta correcta (Santos Perez, 2003, p. 355).

Por otro lado, para una respuesta pueda ser considerada como correcta, ésta debe cumplir dos presupuestos: coherencia y consistencia. Respecto de la coherencia, Habermas (2008, p. 281) explica que dicho presupuesto en Dworkin, es una medida de validez de un enunciado, que es más débil que la verdad analítica asegurada mediante deducción lógica, pero más fuerte que el criterio de ausencia de contradicción. La coherencia entre los enunciados, queda establecida mediante argumentos substanciales, o sea, mediante razones que ofrecen la propiedad pragmática de producir entre los participantes en la argumentación, un acuerdo racionalmente motivado (Habermas, 2008, p. 281). La consistencia, a su vez, para Dworkin, trata de una condición formal o simplemente lógica de compatibilidad por no-contradicción (Castanheira Neves, 2003, p. 357).

Así, de esta manera, solamente con estos fundamentos, podríamos comprender y construir la práctica *in the best light* y sólo así, de este modo, respetando estas dos dimensiones, la de la consistencia y la de la coherencia, sería integrable todo el sistema normativo. Es en este punto donde surge la idea de nuestro autor citado, de que el derecho como integración, proporcionaría un auténtico sentido en una justificación normativa.

De esta forma, bajo la orientación de estas dos mencionadas dimensiones, la justificación de la concreta práctica interpretativa, mediante una consistencia lógico-institucional y una coherencia normativo-intencional, para Dworkin (1997, p. 396), resulta en la posibilidad de respuestas correctas para las decisiones judiciales.

Del mismo modo, comentando a propósito de este punto, Castanheira Neves (2003, p. 360) entiende que las decisiones judiciales concretas, en cuanto momentos particulares de la práctica interpretativa, deberían ofrecer la *right answer*, siempre en el alcance del juez Hércules, que encontraría su fundamento último y su sentido de validez en la coherencia global de esa práctica, esto es, en la coherencia normativo-decisoria de que ella se constituya como un todo.

Entre tanto, debemos hacer una diferenciación entre la respuesta correcta presentada para la solución de los casos difíciles en *Takings rights seriously*, y el argumento que Dworkin ofrece en el *Law's Empire*.

Primeramente, Dworkin presenta la tesis de que las respuestas correctas serían aquellas a las cuales llegaría el juez Hércules. Recordemos que el Juez Hércules corresponde a la

personificación del modelo perfecto de juzgador, que utiliza como método heurístico de su teoría (Solum, 2005, p. 226).

En esta primera etapa, para nuestro autor referido, el objetivo de la decisión judicial es básicamente determinar cuál de los litigantes tiene el derecho preexistente. Si hay un derecho preexistente en cada caso, entonces habrá una respuesta correcta para las disputas judiciales.

En su trabajo posterior, en el *Law's Empire*, plantea que la decisión judicial es el resultado de una práctica dentro de una moralidad política concebida de manera diferente, con énfasis a la vinculación a la comunidad liberal (Coleman y Leiter, 2000, p. 321). En este contexto, no existe la necesidad de una decisión judicial correcta para cada caso. Al parecer Dworkin con esto, estaría relativizando la restricción, o relajando la concepción de la respuesta correcta.

Sin embargo, Palombella entiende que naturalmente, si en *Taking Rights Seriously*, el ejercicio de Hércules parecía partir sobre todo de las necesidades de los *hard cases* (casos difíciles), en realidad en *Law's Empire* queda claro que Hércules continua trabajando, pues el derecho como integridad postula la interpretación como método y práctica general del discurso jurídico y del metadiscurso de los juristas y de los teóricos del derecho, y en lo que dice relación a los *easy y hard cases*, se presupone que la existencia de textos normativos de significado no controvertido, en caso alguno constituyen una zona de luz específica que no sea susceptible de reconstrucción (y reformulación) global dentro del sistema jurídico (Palombella, 2005, pp. 332-333).

Sin embargo, pese a lo anterior, creemos que Dworkin de ningún modo abandonó por completo la idea de la respuesta correcta, así también lo piensa Coleman y Leiter (2000, p. 321), quienes afirman que para Dworkin su uso continuo del constructo de Hércules, como manera de fijar respuestas correctas para las disputas jurídicas, indica que aún está comprometido con mucho mas en el sentido de la determinación que la mayoría de los positivistas.

Sin embargo, la relevancia de la intención de los jueces de actuar como Hércules, es modificada en su obra el Imperio del Derecho. La teoría que fundamenta la actuación de Hércules no es aquella de las respuestas correctas.

Jules L. Coleman y Brian Leiter explican que los componentes relevantes de la teoría de la prestación jurisdiccional no son defendidos porque sean esenciales para fijar o encontrar respuestas correctas para las disputas jurídicas, sino que son defendidos sobre bases diferentes de moralidad política. En efecto, la teoría de la prestación jurisdiccional relevante es defendida sobre el fundamento de que incorpora las virtudes políticas de la integridad, de la justicia y del debido proceso (Coleman y Leiter, 2000, p. 414).

En última instancia, Dworkin nos deja claro que es deber del juez Hércules proceder con la lectura moral consistente en la abstracción de la moralidad política y su consecuente aplicación de manera práctica. En este sentido la respuesta correcta parece resultado del consenso entre la comunidad, en que todos, jueces, abogados y ciudadanos, estamos de acuerdo en interpretar y aplicar el entendimiento de decencia política y justicia a los casos que se presentan.

Ya insinuamos la relevancia e influencia que este pensamiento ha tenido en nuestra cultura jurídica, especialmente en el ámbito del constitucionalismo y la filosofía del derecho.

Sin embargo, contrariando este entusiasmo, nuestro segundo autor, Jeremy Waldron, combate estas ideas buscando desmitificar la tesis de la única respuesta correcta.

Para ello, argumenta que no existe una única verdad moral que dirija el discurso jurídico, de modo que tampoco existe la tal respuesta correcta como pretendía Dworkin (Kahn, 2004, p. 298).

En efecto, para Waldron, el problema radica en otro punto, que consiste en justificar las instituciones y los procedimientos que poseemos: frente al total disenso, esto es, de la imposibilidad de acuerdos de naturaleza moral dentro de la sociedad, las decisiones políticas deben ser tomadas por la mayoría de la población, por medio de representantes electos.

De este modo, Waldron (2005, p. XXV), en el fondo, defiende la imposibilidad de determinar algún tipo de respuesta como correcta, incluso decimos que desmitifica dicha pretensión y le quita relevancia, por cuanto para él, es de la naturaleza de la democracia el respeto por las posiciones antagónicas.

Así, Waldron postula que la legitimidad de la legislación se fundamenta justamente en cuanto resultado de un proceso democrático, que surge en un contexto de desacuerdo, pareciendo incluso ingenuo creer que la creación del derecho emprendido en una asamblea, sea fruto de un consenso (Lumia, 2003, p. 31).

Ante la idea del desacuerdo, el modelo de toma de decisiones adoptado por Waldron es simplemente procedimental – pues no presupone algún tipo de contenido previo –, y está basado en la idea de participación igualitaria, siendo individualista e igualitarista (cada persona, un voto) (Kahn, 2004, p. 298).

Fernando Atria Lemaître, en análisis a la obra de Jeremy Waldron explica que la necesidad de actuar en concordancia en circunstancias de disenso acerca de cómo y para qué es necesario actuar concertadamente, constituye entonces, la fuente del problema político. Por lo tanto, las instituciones políticas deben buscar mecanismos de decisión que sean capaces de producir resultados para los cuales no es necesario el acuerdo, una vez que, si el acuerdo fuera condición necesaria para la decisión, entonces en las circunstancias de la política simplemente no habría decisión colectiva (Atria Lemaître, 2000b, p. 564).

Waldron se resiste a la idea de un único legislador fruto del acuerdo, punto que marca la divergencia⁴ con Dworkin acerca de la existencia de una respuesta correcta, donde Waldron (2000, p. 499) prefiere evitar cualquier modelo que considere la legislación como producto intencional de un único legislador.

Y es en este punto del cual surge e infiere que, si consideramos la asamblea legislativa, nos encontraremos con discusiones y desacuerdos acerca de política, justicia y moral, que

⁴ Incluso en la teoría de la tónica jurídica, la discusión entre Viehweg y Ballweg, trata desde otra perspectiva el problema del consenso y del desacuerdo. Explicando esta discusión, García Amado comenta que la idea de Viehweg era en torno de que “la racionalidad se garantiza únicamente mediante el proceso dialéctico de discusión de los puntos de vista o tópicos que, como soluciones posibles para cada problema en disputa, estén legitimados por el consenso de todos o de los más doctos.” Pero Ottmar Ballweg entiende que “no es el consenso el que gobierna la toma de decisiones jurídicas, sino que éstas aparecen incardinadas en contextos plurales (textos legales, jurisprudencia de los tribunales, doctrinas, convicciones comunes, tradiciones, etc.) que las determinan, y el consenso, para Ballweg, no puede desempeñar ningún papel esencial para el sistema jurídico, y la tónica, en cuanto se entiende como teoría analítica de las formas interna y externa de la jurisprudencia (no de sus contenidos) no pretende si sustituir esa formación de consenso ni ser su doctrina”. García Amado (1988, pp. 341 y 348).

imposibilita la comprensión de la coherencia e integridad de los moldes propuestos por Dworkin.

Sí para Dworkin, el legislador único (Bentham, 1985, p. 163) es el captador de los principios morales, de igualdad, de debido proceso y de justicia, que deben dar coherencia a las normas que produce, en la obra de Jeremy Waldron, es la pluralidad de ideas la que impide de un utópico legislador el acertar, o mejor dicho, captar las mejores intenciones de la comunidad.

El argumento waldroniano es sencillo: somos diferentes, y aunque el legislador o el juez lleguen a una conclusión, e incluso, aunque nosotros la aceptemos, esto no significa que estemos de acuerdo con ella⁵.

Vale transcribir las palabras de Waldron (2005, p. 131): “una ley merece respeto por el logro que representa haberla producido en las circunstancias de la política: es una acción en conjunto frente a los desacuerdos”.

Comentando acerca de la respuesta correcta, Gregorio Peces-Barba (1999, p. 395) entiende que “el pluralismo que da origen a la ética crítica, como una de las características de la ética pública de la modernidad, impide la posibilidad de la solución única, aunque una sola solución será que pueda prosperar, pero no es lo mismo”.

Sin embargo, en otra parte, Peces-Barba (1999, p. 572, nota 10) destaca también que la interpretación hecha por el legislador es correcta siempre y cuando no sea declarada inconstitucional y la del juez lo es siempre y cuando no sea nula o inválida, o no sea recurrida.

Pero la contradicción de Peces-Barba es apenas en este punto, pues está de acuerdo acerca de la idea de coherencia, tal vez no en el mismo sentido de Dworkin, pero afirma que la exigencia de la coherencia, postulado de cualquier visión sistemática del derecho, hace compleja la labor de dotar de significado los derechos (Peces-Barba, 1999, p. 578).

En nuestra opinión, de hecho, es utópica la tesis de una única respuesta correcta, pues ella, en el fondo, hace mención a una única verdad moral en el discurso político y jurídico. Como hemos señalado anteriormente, y en contrario, por ejemplo, del pensamiento de Carlos Santiago Nino (Nino, 1997), entendemos que existe una diversidad de opiniones imparciales sobre la justicia o el bien, y que, en política, el consenso no es un resultado esperado.

La crítica de Dworkin al pensamiento de Waldron: “la cruda visión estadística de la democracia”

El problema planteado en este artículo gira en torno de la insatisfacción entre los pensadores acerca de la revisión constitucional (Unger, 2004, p. 97). El problema en este punto, se refiere a la duda que produce el poder conferido a los jueces para apartar o excluir

⁵ Passerin d'Entreves (1970, p. 223), dando énfasis al desacuerdo verifica que “en una sociedad políticamente organizada, un Estado que quiera realmente respetar aquellos derechos inviolables de los que habla nuestra Constitución, a mi entender, en aquellos casos que afectan a principios, en los que están en juego las convicciones morales más profundas del individuo, debería llevar la tolerancia del disenso hasta el extremo límite posible, y ello no sólo para no violar su propio principio inspirador, sino en su propio interés porque no obtendría ningún beneficio consiguiendo adhesiones forzadas, sumisiones impuestas y, por ello, inseguras y precarias”.

una ley aprobada por un parlamento, lo que no parece en caso alguno, adecuarse al principio democrático.

Esta insatisfacción tiene como razón primera, un fuerte y firme argumento: la democracia es el gobierno del pueblo, y naturalmente aceptamos que en una democracia, la mayoría debería gobernar.

Dworkin aclara que su concepción de democracia destaca que las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con igual consideración y respeto (Dworkin, 2004, p. 117).

Esta concepción alternativa de la finalidad de la democracia, exige la misma estructura de gobierno que aquella formulada por los defensores de la premisa mayoritarista. Se requiere en dicho sentido, que las decisiones políticas del día a día sean tomadas por funcionarios elegidos en elecciones populares, pero al mismo tiempo, la concepción constitucional requiere que estos procedimientos mayoritarios, sean resultado de su consideración por el estatus igual de los ciudadanos, y no por estar comprometida con el ideal de la regla de la mayoría.

Acentúa Dworkin, que su concepción va mucho más lejos que una simple y cruda visión estadística de la democracia (Dworkin, 2004, p. 251).

Así, comienza su reflexión sobre el tema, delimitando que la democracia, como forma de gobierno, implica una acción colectiva, la que, a su vez, puede ser estadística o comunitaria (Dworkin, 2003, p. 49).

a) Democracia: acción colectiva estadística y acción colectiva comunitaria

Para el jurista en análisis, la acción colectiva es estadística cuando lo que el grupo ejecuta, es sólo una función, sea aproximada o precisa, de lo que los miembros individualmente hacen por ellos mismos, esto es, la actuación sin conciencia de estar haciendo algo para el grupo (Dworkin, 2003, p. 49).

Por otro lado, la acción colectiva es comunitaria, cuando es imposible reducirla simplemente a una función estadística de la acción individual, o sea, ella es colectiva en el más profundo sentido, en el cual se requiere que los individuos asuman que los hechos realizados por la comunidad son provenientes de sus propias elecciones (Dworkin, 2003, p. 50).

De acuerdo con esta concepción, son posibles dos lecturas del concepto de democracia. La primera, de carácter estadístico, nos da la idea de que, en una democracia, las decisiones políticas se toman en función del voto, decisiones o deseos de los ciudadanos individualmente considerados.

Por otro lado, para la lectura comunitaria, dentro de la democracia, es el pueblo quien toma las decisiones políticas en lugar de los ciudadanos individualmente considerados.

Para Dworkin, la respuesta a este conflicto entre interpretación constitucional y democracia, depende de la lectura (estadística o comunitaria) que hagamos del concepto de democracia (Dworkin, 2003, p. 52).

En consecuencia, la lectura comunitaria, sería para él, más atractiva por una cuestión de moralidad política y también, además, ofrecería una mejor interpretación de las comunidades políticas, que incluye tanto la democracia como las limitaciones constitucionales de la voluntad mayoritaria.

De este modo, ¿qué significa pertenecer genuinamente a una comunidad política?, ¿y en qué sentido puede ser el acto colectivo de un grupo un acto de cada miembro?

El sentido de la democracia está relacionado al sentido de pertenencia moral. Para Dworkin, las condiciones de pertenecer a una democracia son las mismas condiciones de pertenencia moral a una comunidad política (Dworkin, 2004, p. 124).

Para que haya una comunidad política con pertenencia moral, es necesario que cumpla con algunas condiciones. La primera de ellas, sería de carácter estructural, o sea, la comunidad política debe ser algo más allá de una comunidad nominal: debe haber sido establecida mediante un procedimiento histórico que haya producido los límites territoriales generalmente reconocidos y estables. También deberían compartir una misma cultura, valores, etc. Podríamos también decir, que deberían tener una pre-disposición en confiar los unos en los otros.

b) Dworkin y la acción colectiva comunitaria integrada

Hay también algunas condiciones relacionadas, esto es, condiciones que describen la forma por la cual un individuo debería ser tratado por una comunidad política genuina para ser miembro moral de esta comunidad (Dworkin, 2004, p. 125). La comunidad política se encuentra obligada a dar a cada individuo una parcela de participación en las decisiones colectivas, y además independencia frente a ella.

Dworkin describe esta participación mencionando que cada persona debe tener la oportunidad de marcar diferencia en las decisiones colectivas, y por la fuerza de su papel, o sea, por la magnitud de la diferencia que puedan marcar, no debe estar estructuralmente fijada u limitada de forma que reflejen presupuestos sobre su valor, habilidad o talento, o corrección sobre sus convicciones o preferencias (Dworkin, 2004, p. 125).

La pertenencia moral exige también un tipo de reciprocidad, o sea, una persona no es considerada miembro si no es tratada como tal, además, la comunidad política debe mostrar igual preocupación por los intereses de todos los miembros, resultando en que, si una sociedad muestra una despreocupación por las necesidades de la minoría, esta es ilegítima e injusta.

Otra condición, es la independencia moral con que los miembros de una comunidad política puedan verse como socios en una empresa común, cuyo trabajo y destino es compartido, incluso cuando la empresa sea conducida por caminos por los cuales el individuo no está de acuerdo.

Así, para Dworkin, una comunidad política genuina, debe ser una comunidad de agentes morales independientes, pues su papel no puede ser nunca la dictación de lo que sus ciudadanos piensan en cuestiones de juicios morales, políticos y éticos, sino por el contrario,

debe proporcionar las circunstancias que los impulsen a llegar a sus propias convicciones sobre estas cuestiones por medio de sus propias conclusiones reflexivas, finalmente individuales (Dworkin, 2004, p. 127).

De éste análisis, el jurista *in focus* entiende que, en una democracia genuina, el pueblo gobierna no de forma estadística sino de forma comunitaria.

Se hace necesario recalcar, que frente a lo anterior, y por otro lado, existen dos maneras de concebir la acción colectiva comunitaria: una es la forma integrada y la otra, monolítica: en la acción comunitaria integrada, los actos compartidos entre los participantes crean una unidad colectiva de responsabilidad y no una unidad de juicio, a diferencia de la acción comunitaria monolítica, que por el contrario, forma tanto una unidad colectiva de responsabilidad como de juicio (Dworkin, 2003).

Todo lo anterior, nos parece interesante, desde el punto de vista de la participación ciudadana en las decisiones políticas que acarrean una responsabilidad individual frente a la comunidad. Tanto Dworkin como Waldron, están de acuerdo en los alcances comunitarios de las decisiones políticas, por medio de la participación, pero difieren en el fundamento de la legitimidad del resultado que se alcanza, pues para el primero de ellos, el fundamento de la decisión política se relaciona directamente con su contenido, esto es que debe ser democrático, mientras que para Waldron, el resultado se legitima, por considerar que cada participante goza de igualdad delante del otro, frente al desacuerdo, como veremos a continuación.

La respuesta de Waldron a la expresión dworkiniana de “la cruda visión estadística de la democracia”

Jeremy Waldron está en pleno desacuerdo con Ronald Dworkin, señalando que su postura es mucho más que una fe ciega y sin sentido en los números, como insinúa Dworkin al calificar su propuesta como una “cruda visión estadística de la democracia”.

Parte el referido jurista de la perspectiva de que no debemos alejar de nuestra preocupación la calidad de la deliberación política, en su desmedro, para concentrarnos, primeramente, en valor de la votación y el papel de la mayoría en una democracia (Dworkin, 2004, p. 269).

Jeremy Waldron, lo que hace, es intentar la búsqueda de un fundamento filosófico para la existencia de nuestras prácticas políticas. La pregunta teórica que hace Waldron es acerca de cuál es la mejor explicación teórica para nuestras instituciones democráticas actuales⁶.

Su empresa encuentra inicio, en el análisis que realiza del pensamiento del jurista brasileño, Roberto Mangabeira Unger (2004), quien entre otras cosas, critica la sociedad contemporánea por su fetichismo institucional, fenómeno que a su juicio fija de manera

⁶ “Waldron cree identificar una tensión interna en las justificaciones fundadas en los derechos del control judicial. La idea de derechos –o al menos, la defensa más común de esta idea— presupone que las personas son razonables, algo confiables, que tienen un sentido de justicia y al menos, a veces, actúan conforme ella, y que generalmente, no son extremadamente estúpidos, incompetentes o moralmente corruptos. Pero las justificaciones del control judicial están todas fundadas en profundas desconfianzas hacia la gente común. Y ambos, como dice Waldron, no se sientan bien juntos”. Traducción libre de Enoch (2006).

simplista el centro de atención de los tribunales superiores, otorgándoles a ellos el lugar del más importante segmento de la política democrática.

Frente a ello, Waldron reafirma la regla de la mayoría como un hecho característicamente democrático, que puede ser considerado, y de hecho es, a su juicio, el sustento moral de una democracia (Gutmann, 2004, p. 270).

Paul W. Kahn (2004, p. 298) considera que Waldron tiene algunas cosas muy relevantes que decir sobre el carácter irreductible del desacuerdo en el debate político. Por lo tanto, y como fue explicado en el tópico anterior, es el desacuerdo, y no la unanimidad, quien describe el discurso político, de ahí su ecuación: más discusión sólo producirá más desacuerdo.

De hecho, si es correcta la tesis defendida por Waldron, entonces la necesidad de un mecanismo de toma de decisiones políticas frente al desacuerdo, toma dignidad, pues ya no se explica ni se justifica como una simple herramienta para zanjar un acuerdo, como consecuencia del hecho de que las necesidades políticas nunca dejan el tiempo suficiente para que la deliberación siga su curso y alcance un resultado unánime (Atria Lemaître, 2009, p. 216).

Si el desacuerdo es un elemento esencial del discurso político, entonces necesitamos un mecanismo de toma de decisiones que opere frente a ese desacuerdo. Encuentra Waldron aquí, sencillamente, su defensa de la regla de la mayoría (Atria Lemaître, 2009, p. 216).

Para el profesor neozelandés, la idea de que el remedio necesario para proteger a la minoría de la opresión, o sea, la imposición de substantivos últimos como limite a la regla de la mayoría, como es el caso de los derechos fundamentales, es una intuición y falacia del constitucionalismo. (Bayón, 2000, pp. 65-94)

Juan Carlos Bayón expone que la intuición propuesta por el constitucionalismo, por arraigada que pueda estar, es engañosa, ya que decir que el constitucionalismo establece que hay cosas que las mayorías no pueden decidir es contar una historia incompleta: porque antes, en ausencia más que previsible de unanimidad al respecto, ha habido que tomar de algún modo la decisión sobre qué es lo que las mayorías no podrán decidir; y después, por cierto, habrá que seguir tomando decisiones sobre la delimitación exacta de los confines sólo genéricamente establecidos a lo que pueden decidir (Bayón, 2000, pp. 65-94).

En definitiva, la idea de Waldron es que cuando tratamos de organizar la vida política de una comunidad en que reina el desacuerdo acerca de los qué es justo, antes de la sustancia y después de ella, son ineludibles los procedimientos (Bayón, 2000, pp. 65-94).

Carlos Santiago Nino tiene algo interesante en sus consideraciones y, en medio de tal discusión, establece algo distinto. Para Nino, los intereses parciales a los que se refieren el pluralismo son numerosos y muy variados, de hecho, cada cual tiene sus intereses personales, pero entiende Nino que la imparcialidad sí es singular: hay muchos intereses parciales, sin embargo, sólo una solución imparcial. Entonces, lo que la deliberación nos ofrece no es sólo la imparcialidad, sino que también el consenso (Honorio y Krol, 2007.).

Incluso, a partir de su concepción democrática-deliberativa, Carlos Santiago Nino afirma que el control de la constitucionalidad es imprescindible, sin embargo, no tiene ni debe por qué ser necesariamente jurisdiccional. Por lo tanto, el control jurisdiccional de la constitucionalidad, sería contingente incluso en un ambiente marcado por la idea de

supremacía constitucional. El control jurisdiccional sería justificable sólo respecto ciertas cuestiones relativas a la preservación de los derechos fundamentales, frente a las deliberaciones democráticas⁷.

Para aclarar el tema, necesitamos de algunas informaciones que buscaremos esclarecer en el punto que sigue.

El parlamento o la corte jurisdiccional: ¿quién debe tener la última palabra?

Las cortes jurisdiccionales no son naturalmente concebidas como elemento de la democracia. Pensamos que el parlamento es indispensable, pero no lo suficiente. El ataque al parlamento consiste en relativizar su rol, pero nunca en suprimirlo⁸.

El principal argumento a favor de las cortes es que estas protegen las pre-condiciones de la democracia. Esta evidencia considera que la democracia no se realiza por la simple existencia de un legislador electo que toma decisiones por la regla de la mayoría, independiente de otras condiciones, sino que requiere de protección jurisdiccional (Alexander, 2005).

El representante de la defensa de la supremacía judicial abiertamente activista para la promoción de principios de justicia, es Ronald Dworkin. Su punto de partida, como acompañamos en el tópico anterior, es reconstruir la concepción de democracia para demostrar que la democracia no puede contentarse solamente con procedimientos formalmente igualitarios.

Compartiendo del pensamiento de Dworkin, Alberto Calsamiglia (2004, p. 170) asegura que “el círculo expansivo de la democracia conlleva mayor homogeneidad social e igualdad; sus demandas no son sólo ideales participativos, sino también ideales sustantivos de la igualdad y su aplicación”.

Para Dworkin, la democracia es un esquema procedimental incompleto, que persigue el ideal de la igual consideración y respeto, donde el procedimiento no tiene ningún valor si no alcanza estos ideales. Para él, entonces, la dimensión cuantitativa y estadística de la democracia solo goza de legitimidad en la medida que no produzca decisiones que no observen sus propias condiciones de legitimidad. El método para comprender la legitimación es, por lo tanto, consecuencialista e instrumental (Mendes, 2008, p. 59).

⁷ Para Nino, es difícil aceptar la legitimidad de la jurisdicción constitucional para decir la última palabra sobre las cuestiones constitucionales, dirimir los conflictos entre los poderes, interpretar las reglas referidas al procedimiento democrático y, principalmente, para definir el alcance de los derechos fundamentales debido al carácter esencialmente aristocrático del órgano, y por sus decisiones no gozan do mismo valor epistemológico que las decisiones de carácter democrático, en Nino (1997, pp. 259-260).

⁸ El 18 de mayo de 1911, en Rio de Janeiro, Rui Barbosa, un jurista que nos parece adelantado a su tiempo, ya planteaba en su discurso de recepción como socio en el Instituto dos Advogados, la tensión existente entre el Parlamento y el Supremo Tribunal brasileño, respecto la revisión constitucional de las leyes, señalando que “(...) de esa guerra sin escrúpulos, la táctica principal ha consistido, sobre todo en esos últimos cuatro años, en negar abiertamente obediencia, el gobierno y el congreso, a las más altas sentencias judiciales, bajo el pretexto de que el Supremo Tribunal exorbita, prevarica, toma y usurpa”. Traducción libre de Barbosa (2005, p. 56).

Para el autor de *"Taking rights seriously"*, en una democracia estadística, los arreglos institucionales deben ser de tal forma que coincidan con la voluntad de la mayoría. Así, y por otro lado, para encontrarnos en una democracia comunitaria integrada, necesitamos mucho más que el prevalecer de la voluntad de la mayoría, necesitamos responsabilidad colectiva y juicio individual.

De este modo, no existe democracia si la voluntad de la mayoría no respeta un contenido ético mínimo que promueva la filiación moral de los individuos a la comunidad política (Habermas, 2002), siendo de esta manera, pre-condiciones democráticas a la decisión mayoritaria.

Para Dworkin, si la promoción de estas pre-condiciones democráticas fueran emprendidas por una institución contra mayoritaria, no habría problema, toda vez que la legitimidad para él, no depende del procedimiento, pero sí del contenido. Así, y en consecuencia, la democracia debe tener dos dimensiones, por un lado, una relativa al principio, referente a la protección de los derechos que promuevan ese contenido mínimo, traducido en el ideal genérico de igual consideración y respeto, y por otro lado, la dimensión relativa a la política, en la cual, los miembros moralmente afiliados a esa comunidad, pueden decidir en conjunto cuestiones relativas al bien estar general, a los intereses colectivos (Mendes, 2008, p. 202).

En este contexto, las decisiones relativas a la primera dimensión de la democracia se legitiman por el contenido, no importando quien es quien toma la decisión, en cuanto sean justas y respeten la democracia. Si fuese la misión atribuida a un tribunal, su legitimidad está condicionada entonces, únicamente, por la respuesta correcta.

Así las cosas, la democracia en dicha perspectiva, significa gobierno sujeto a condiciones, las cuales podríamos denominar condiciones democráticas de igualdad de estatus para todos los ciudadanos.

Cuando las instituciones mayoritarias proveen y respetan las condiciones democráticas, entonces el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos por esa razón. Pero cuando no lo hacen, o cuando no las proveen ni respetan suficientemente, entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que protejan y respeten mejor esas condiciones" (Dworkin, 2004, pp. 117-118).

Las demás decisiones, serían legitimadas por el procedimiento, por la manera en que se decide y por quien decide, resultando en una regla de la mayoría en una institución representativa.

Este sentido de la democracia, esbozada por Dworkin, se refleja en su teoría acerca del derecho. Conrado Hubner Mendes asevera que, de acuerdo con su concepción constitucional de democracia, ese régimen tiene algunos requisitos morales substantivos que no son atendidos necesariamente por un procedimiento mayoritario, sino por la 'respuesta correcta' sobre derechos fundamentales. El procedimiento decisorio, en este caso, poco importa para la legitimidad de la decisión. Tal "respuesta correcta" sobre derechos fundamentales es inspirada por el ideal de la 'igual consideración y respeto', y ayuda a promover la 'filiación moral' de cada persona a la comunidad jurídica" (Mendes, 2008, p. 2).

Alberto Calsamiglia (2004, p. 169) corroborando con lo que defiende Dworkin, alerta que “si estamos de acuerdo en que el sistema de legitimación de la democracia requiere no sólo mecanismos formales de representación, sino también valores sustantivos, entonces necesitamos desarrollar una concepción de los derechos individuales y de su protección”.

Dworkin ilustra su tesis con el ejemplo de la ley contra la quema de bandera. Podríamos suponer que el poder legislativo establezca una ley convirtiendo en delito el hecho de alguien quemar la bandera de los Estados Unidos en un acto de protesta. En consecuencia, ésta ley sería cuestionada bajo el fundamento de que debilitaría el autogobierno democrático, al restringir erróneamente la libertad de expresión. Supongamos que un tribunal acepta éste argumento y declara inconstitucional tal legislación: si la decisión del tribunal es correcta, si en verdad la ley en contra de la quema de banderas, de hecho, viola las condiciones democráticas establecidas en la Constitución Americana, de la manera en que ellas han sido interpretadas y formadas en la historia norteamericana, la decisión no es antidemocrática, sino por contrario, mejoraría la democracia (Dworkin, 2004, pp. 133-134).

En este sentido, asevera Dworkin (2004, p. 134) que “ciertamente perjudica la democracia que un tribunal con autoridad tome la decisión incorrecta sobre lo que requieren las condiciones democráticas, pero no más de lo que lo hace cuando la legislatura mayoritaria toma una decisión incorrecta que se permite que continúe siendo válida. La posibilidad de error es simétrica. Entonces, la premisa mayoritarista es confusa y debe ser abandonada”.

Es en este sentido, que Dworkin expone una posición más moderada acerca de la premisa mayoritaria. Como Conrado Hubner Mendes mencionaba anteriormente, la premisa mayoritaria no tenía relación “necesaria” con el carácter democrático (Dworkin, 2003).

Afirma Dworkin (2003, p. 236) que “lo que se niega es la premisa esencial del argumento mayoritario según la cual la forma de todo el entorno ético debe ser establecida, al estilo del ganador, mediante los deseos de la mayoría. Si el concepto de comunidad desempeña un papel importante en la crítica de la tolerancia liberal, tiene que desempeñarlo en un sentido más robusto que el simple nombre de una unidad política por la que deambula la regla de la mayoría”.

Otro punto que Dworkin destaca a favor de la corte es el problema de la minoría que claramente estaría en desventaja en relación a la mayoría vencedora en el proceso parlamentario. En este sentido la democracia funciona desde la perspectiva de la mayoría, desde que no viole o reprima la minoría.

Dentro de este contexto, la regla de la mayoría pierde su atractivo moral cuando hay minorías discretas e insulares cuyas meritorias ideas políticas tienen permanentemente menos probabilidad de prevalecer que aquellas de una mayoría relativamente cohesionada (Gutmann, 2004, p. 271).

En acuerdo con tales argumentos, Amy Gutmann (2004, p. 271) entiende que el procedimentalismo, marcado por la regla de la mayoría, perjudica injustamente las minorías ya en desventaja. Siguiendo esa corriente, para la referida jurista, las reglas de tomas de decisiones no mayoritarias podrían proteger mejor las condiciones de la democracia y los intereses vitales de los individuos.

Sin embargo, en un texto publicado en 2008, Dworkin parece estar desilusionado con la Suprema Corte Americana. Cree que hay una patología en la actualidad, en que los jueces que la componen privilegian sus posturas ideológicas políticas por encima de los razonamientos jurídicos (Dworkin, 2008).

Lo que se ha agravado y hecho notorio, a favor de una postura fue la conformación eminentemente conservadora que ha tomado la Suprema Corte Americana en los últimos años, en cuyo interior Dworkin identifica un bloque ideológicamente comprometido con la postura republicana, en que dicho autor denomina la falange de la Suprema Corte.

Por otro lado, y planteando la defensa del parlamento, tenemos como primer argumento en su favor, el hecho histórico incontrovertible, de que este sí tiene una relación estrecha con la democracia, y que además la misma, es tenida como una relación más natural y obvia. Se demuestra esta visión marcadamente en las palabras de Stephen Holmes (2004, p. 158): “la institución central de la democracia liberal no es la corte constitucional sino el parlamento”.

Los principales argumentos a favor de la supremacía del parlamento sobre las cortes son dos: Primero, la representación electoral, que corresponde a un recurso utilizado para hacer una réplica del pueblo, y segundo, el argumento de la regla de la mayoría, en cuanto recurso procedimental que promueve la igualdad (Brettschneider, 2010). En este contexto, el mejor representante es Jeremy Waldron.

Entiende Waldron, que las decisiones constitucionales no deberían sufrir una corrección substantiva que impusiese límites a la actividad de interpretación del derecho. Pero argumenta que el límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos fundamentales, si no lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad, o la mayoría de sus miembros, establezca como contenido de estos derechos, una vez que, por más que parezcan infundadas o discutibles las decisiones que toman, su firmeza no está condicionada a su corrección material (Bayón, 2000, pp. 65-93).

De este modo, la regla mayoritaria sería una conquista, pues permite que dicho consentimiento resulte de la fuerza moral de la igualdad, de aquí surge la conclusión de que la regla de la mayoría es el sustento moral de la democracia.

Por otro lado, la igualdad respeta a los individuos de dos maneras: (1) toma en consideración las diferencias de opinión y (2) no los reprime por pensar de manera distinta (desacuerdos); y de esta manera los tratan como iguales.

Se contra argumenta en este punto, con el denominado problema de la arbitrariedad de la mayoría, sin embargo, a juicio de Waldron, dicho defecto tampoco persistiría (Holmes, 2004, p. 163), toda vez que la votación permite que cada participante tenga igual peso en la decisión, dejando sin fundamento la objeción señalada.

La existencia de la respuesta correcta para Waldron, no representa algo significativo, pensando principalmente en las instituciones, toda vez que el desacuerdo moral en las sociedades pluralistas siempre resiste a los mejores argumentos. De aquel desacuerdo que no tiene fin, queda sólo la posibilidad de adoptar un procedimiento que le dé a cada individuo el mismo valor (Hubner Mendes, 2008).

La atribución dada a los jueces de decidir sobre cuestiones morales controversiales, que excluye a los individuos de la posibilidad de emitir un juicio moral, conforme un

procedimiento basado en la regla de la mayoría, no respetaría lo que la democracia tiene como más valioso, esto es, la inexistencia de jerarquía entre los ciudadanos, quienes deciden en igualdad de condiciones sus problemas colectivos.

En lo que parece más bien un desahogo y en apoyo a la tesis defendida por Waldron, Larry Kramer (2006) menciona que “todavía estoy en desacuerdo con la corte. Nadie tiene supremacía, pero cada vez que el poder judicial se pronuncia, todos bajamos la mirada y nos vamos a la casa. Pero si nos decidimos, podemos levantar nuestro grito en señal de protesta a las decisiones de la Suprema Corte”.

La solución de Waldron es lógicamente irrevocable: como no existe la posibilidad de un acuerdo sobre el contenido, corresponde mejor realizar un acuerdo procedimental para decidir el contenido. Esta propuesta corresponde a la maximización del derecho de participación, que en su opinión (de Waldron), es el derecho de los derechos, que permite la realización igualitaria, en cuanto sujetos autónomos en una votación (Mendes, 2008).

En definitiva, la revisión constitucional debería relacionarse con la representación del pueblo y la voluntad de la mayoría. Para Waldron, el parlamento tiene, en una mayor escala, inalcanzable para una corte, la capacidad de recoger informaciones, obtener evaluaciones técnicas de todos los puntos de vista, considerar la multiplicidad de intereses que involucran una cuestión, equilibrar estos intereses, hacer concesiones y proponer compromisos (Atria Lemaître, 2000a).

El parlamento no está sujeto a una lógica adversarial, y por eso trabaja con conflictos policéntricos de manera eficaz. Considera que los derechos fundamentales (Holmes, 2004, p. 163) dentro de la gama diversificada de ponderaciones necesarias de una política pública, no pueden ser confundidos con la idea de “abaratar derechos”, sino que consiste en una estrategia más responsable y menos retórica y polarizada de tomar decisiones colectivas (Mendes, 2008, p. 83).

Stephen Holmes (2004, p. 159) ratifica lo expuesto por Jeremy Waldron, señalando firmemente que “resulta crucial que las cortes constitucionales no intenten agrandarse miopemente a sí mismas disminuyendo el estatus del parlamento ante la mirada del público”. En esta cadena de pensamiento, si por un lado los jueces de las cortes constitucionales no deberían identificar los problemas sociales básicos como fruto de la tiranía de la mayoría personificada en el poder legislativo, por otro lado, tampoco deberían presentarse a sí mismos como los únicos guardianes verdaderos de los intereses del pueblo. Esto porque, en palabras de Stephen Holmes: “ya que sobrelegitimar a los tribunales de esta forma sería implícitamente desacreditar la idea naciente de representación a través de elecciones periódicas” (Holmes, 2004, p. 159).

Igualmente, a Dworkin que matizó de mejor manera su concepción acerca de la respuesta correcta, Waldron también en recientes publicaciones modera su opinión, admitiendo que en situaciones excepcionales, la revisión judicial puede ser deseable, pero mantiene firme su convicción acerca del carácter antidemocrático de ella (Waldron, 2006).

La defensa de la supremacía del parlamento, por lo tanto, queda relativizada y condicionada. Se percibe que el centro de su pensamiento es el modelo fuerte de revisión

judicial americana, que posibilita a un tribunal no electo revocar una ley y disponer de autoridad última en la interpretación constitucional (Waldron, 2006).

Larry Alexander y Frederick Schauer sugieren que la revisión no judicial de la Constitución introduce un grado de incertidumbre incompatible con la idea del derecho, al menos cuando esta revisión constitucional no judicial al revés de suplementar desplaza la revisión judicial (Tushnet, 2002, p. 45).

Fue Conrado Hubner Mendes, en su tesis doctoral por la Universidad de São Paulo-USP, quien elaboró una respuesta para este conflicto filosófico. Según dicho autor, el hecho de admitir que los jueces no están presos por la norma, choca con un antiguo tabú. Ese mal estar fue atenuado por una nueva tentativa de la teoría jurídica de limitar al juez por medio de demandas de consistencia, por exigencias, al menos, de argumentación racional. La ciencia política vuelve y denuncia la desnudez de rey: “el juez constitucional es un actor político que reacciona conforme otras variables que no son solamente la norma, la razón, o las recomendaciones que la teoría normativa le señala” (Mendes, 2008, p. 192).

En este sentido, la ciencia política demuestra que las funciones institucionales también son en alguna medida, cambiantes, y especialmente lo son en relación a los derechos fundamentales. Son estas oscilaciones las que traen dificultades a la teoría normativa tan acostumbrada a la rigidez de sus términos. Pensamos, en dicho contexto, que el parlamento debe hacer leyes, y el judicial debe aplicarlas.

Sin embargo, el asunto no es tan simple, la cuestión real es la siguiente: si el objetivo es pensar en la legitimidad de estas oscilaciones, no podemos distraernos con una descripción de las causalidades, pero sí debemos focalizarnos en las razones que fundamentan la demanda de obediencia a las decisiones oriundas de ese proceso. Así, se sugiere una cuestión normativa y no empírica.

Para Conrado Hubner Mendes (2008, p. 193), si concordamos que las variables de legitimidad de la democracia no se agotan en el procedimiento, si no que incluyen también los resultados, pasa a “ser aceptable que la substancia subordine, en algunas circunstancias, el procedimiento, o sea, que la institución que tenga alcanzado la respuesta más compatible con un criterio substantivo de legitimidad tenga buenas razones para prevalecer independientemente de su *pedigree* (subvirtiéndolo la estructura formal)”.

Para eso necesitamos aclarar que Waldron acepta la idea de que la democracia tenga requisitos substantivos más allá de los procedimentales. Sin embargo, su perspectiva es otra: una vez que todos entraron en desacuerdo acerca de la substancia de la decisión, no podemos atribuir a ninguna institución el *onus* de la respuesta correcta.

De forma antagónica, Dworkin entiende que la democracia es un régimen procedimental incompleto, en la medida que la democracia debe estar siempre sujeta a un examen consecuencialista, caso a caso, una vez que más allá del procedimiento, el contenido también debe alcanzar y proteger la democracia.

Sin embargo, de modo diferente de lo que propone Conrado Mendes Hubner, Dworkin no pensaba en la fluctuación o en la oscilación. Él acepta un procedimiento contra-mayoritario simplemente porque cree que una democracia no puede prescindir de una pretensión epistémica sobre principios y debe disponer de procedimientos que maximicen la

probabilidad de buenas decisiones. Para él, la decisión judicial no es legítima *per se*, sino solamente si alcanza ese ideal.

Conrado Mendes Hubner, aclara su posición, asumiendo que es plausible inferir que, a no ser que ellas adoptasen una presunción de la infalibilidad judicial, lo que no hacen, pues se limitan a un cálculo probabilístico, las decisiones legislativas serán más legítimas que las judiciales si aquellas, y no éstas, atiendan aquel criterio moral (y vice-versa). Niegan legitimidad *a priori*, por el mero *pedigree* mayoritario, al parlamento, pero no aceptan pasivamente ningún activismo judicial. Es exactamente eso que entiendo como justificativa de la fluctuación (oscilación). No se trata de pura subordinación del procedimiento a la substancia, o de negar deber de obediencia a una decisión judicial o legislativa porque entendemos que ellas violan un parámetro moral. Los problemas de una posición así, son bien conocidos. Sustento, sólo, que es deseable que los poderes se desafíen unos a los otros desde que articulen razones de mejor calidad. No disuelvo la autoridad: las decisiones continúan siendo obligatorias, aunque discordemos. Pero sustento que la democracia debe ganarse un padrón como la razón pública, y estimular el desafío deliberativo entre los poderes (Mendes, 2008, p. 194).

Conclusión

Sabemos que las Cortes Constitucionales, conocidas por los constitucionalistas como guardianas de las Constituciones, son en verdad, aquellas que dicen la última palabra acerca de la Constitución y su protección propiamente tal.

Esto, porque la Constitución, como norma jurídica que determina y condiciona la validez de todas las demás, irradia su fuerza a los poderes legislativo y ejecutivo, lo que significa que, en la práctica, el legislativo y el ejecutivo están subordinados a la decisión judicial, tomada en nombre de la protección de la Constitución.

De esta perspectiva, son las Cortes Constitucionales, tal como las conocemos en los Estados democráticos, y no el legislador y mucho menos el pueblo directamente, quienes deciden si las disposiciones normativas violan o no derechos fundamentales. Queda claro que, en la hipótesis de desacuerdo sobre el significado de la Constitución, prevalece a opinión de la Corte o Tribunal Constitucional.

De este modo, y visto que la Constitución obliga a todos los poderes, aquel que tiene como función principal la guarda de la Constitución es necesariamente superior a los demás. No es sin propósito que la Suprema Corte de los Estados Unidos es concebida entre los norteamericanos, exactamente por el hecho de ser el intérprete último de la Constitución, en cuanto poder superior a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Así, volvamos a la pregunta inicial: ¿si los jueces no son elegidos, bajo que justificación podrían revertir decisiones tomadas por los representantes escogidos por el pueblo?

De hecho, el debate llevado a cabo no se limita a un mero maniqueísmo entre democracia popular y elitismo judicial, lo que llevaría a un automático rechazo de una jurisdicción

constitucional, ni tampoco entre tiranía de la mayoría y jueces garantizadores de derechos, lo que llevara a una justificación de tal jurisdicción.

El argumento dworkiniano, bastante convencional y popular acerca de la revisión constitucional, es que, en una democracia, el respeto a los derechos fundamentales debe prevalecer sobre la voluntad de la mayoría, dando a entender que, si la revisión judicial protege derechos fundamentales, entonces es totalmente compatible con la democracia.

Esto porque las decisiones constitucionales, en estos casos, se legitiman por su contenido: una vez justas, respetan la democracia. Si las Cortes Constitucionales tienen esa atribución, su legitimidad está condicionada a la respuesta correcta.

Para Dworkin, “cualquier interpretación judicial debería tener como fin una descripción coherente del orden legal en su conjunto. Es así que, en una democracia, toda interpretación del derecho constitucional debería considerar, justamente, el hecho de la democracia. Debemos preferir interpretaciones de las cláusulas de debido proceso o igual protección que sean consistentes con los principios democráticos, tal como repiten los juristas que impulsan decisiones constitucionales conservadoras. Pero la moneda tiene otra cara. Dado que nuestras naciones tienen Constituciones con disposiciones restrictivas, cualquier interpretación de nuestras democracias debería ser consistente con el hecho de que rechazamos el mayoritarismo irrestricto” (2003, p. 74).

Como bien argumenta Ronald Dworkin, no es antidemocrático, pero parte de un arreglo estratégicamente inteligente para garantizar la democracia, establecer un control judicial sobre lo que el Legislativo mayoritariamente decide, garantizando que los derechos individuales, que son pre-requisitos de la propia legitimidad de éste, no sean violados. Naturalmente los jueces, tanto como los legisladores, pueden cometer errores en relación a los derechos individuales. Sin embargo, la combinación de legisladores mayoritarios, revisión judicial y designación de los jueces por el Ejecutivo probó ser un dispositivo valioso y plenamente democrático para reducir la injusticia política al largo plazo.

Sin embargo, como vimos anteriormente, el juez Hércules, jurista apto a captar la moralidad política y jurídica de la sociedad y aplicarla al caso concreto, fue corrompido por ideologías ajenas al razonamiento jurídico. Esa corrupción no desmerece la teoría de Dworkin, pero la remece. Claramente para Dworkin, el actual bloque conservador de la Suprema Corte Americana no son Hércules.

En posición distinta, Jeremy Waldron, en el debate propuesto en éste trabajo, entiende qué deberíamos revisar nuestro diseño institucional, tal como lo propone Roberto Mangabeira Unger, para proporcionar que las cuestiones políticas sean resueltas en el ámbito político, o sea, por el poder legislativo.

La tesis waldroniana las decisiones morales involucradas en un debate constitucional no deberían ser resueltas bajo la perspectiva de un agente moral único, que busca la mejor solución de acuerdo con principios últimos de justicia. Al contrario, con fundamento en la legitimidad democrática, deben ser resueltas por un parlamento que adjudicaría la solución autorizadora para las cuestiones de desacuerdo moral existentes en la sociedad.

Cuando la justicia asciende ella misma a la condición de más alta instancia moral de la sociedad, se escapa de cualquier mecanismo de control social – control al cual normalmente

se debe subordinar toda institución del Estado en una forma de organización política democrática. En el dominio de una Justicia que contrapone un derecho "superior", dotado de atributos morales, al simple derecho de los otros poderes del Estado y de la sociedad, es notoria la regresión a valores pre-democráticos de parámetros de integración social.

Al final, el punto de encuentro entre el pensamiento de los dos juristas analizados revela que el no intencionalismo proviene de bases distintas. Jeremy Waldron, partiendo de su propuesta de dignificar la legislación, argumenta que los procesos decisorios democráticos proveen de resultados moralmente superiores a los generados por los juzgamientos individuales de los legisladores.

De esta manera, según el profesor neozelandés, es probable que los procesos decisorios democráticos ofrezcan resultados que se conformen con el teorema de Condorcet, o sea, que los procesos decisorios democráticos tienen mayores probabilidades de forjar una síntesis deliberativa superior al contenido de cualquier opinión, que incluso, la que el más sabio de los individuos pueda sustentar por sí mismo.

Esto nos da la idea de pensar que, aunque la legislación democrática pueda poseer cierto conocimiento moral especializado, los legisladores individuales no, y por eso, si Waldron está en el camino correcto, no necesitamos admitir que la única razón para pensar que la legislación tiene autoridad teórica es la de que los legisladores poseen creencias morales superiores a las de sus ciudadanos o funcionarios.

El legislativo democrático, es para Waldron, una institución que refleja la pluralidad de la sociedad discordante y que permite el intercambio racional de argumentos, a través de un procedimiento, que busca una mejor solución para problemas comunes, que será representado por un texto aprobado por la mayoría.

Por eso, el valor político que se asocia de forma más natural con el parlamento y con la autoridad de la legislación, como derecho positivo, es la legitimidad democrática. Así, además de ser titular de la autoridad teórica, la legislación es la que posee legitimidad, porque parte de un resultado de un proceso democrático, en un ambiente de desacuerdos.

Referencias bibliográficas

- ALEXANDER, L. 2007. Constitutionalism and democracy: understanding the relation. *Legal Studies Research Paper Series*, n. 07-121, University of San Diego, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1019631>
- ATRIA LEMAITRE, F. 2009. Sobre la soberanía y lo político. In: AAVV. *Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política: congreso estudiantil de derecho y teoría constitucional*. Santiago de Chile, Jurídica de Chile.
- ATRIA LEMAITRE, F. 2000a. Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha. *Revista Estudios Públicos*, 79:347-402.
- ATRIA LEMAITRE, F. 2000b. Verdad, política y Derecho. *Ius et Praxis*, 6(1):561-571.
- BARBOSA, R. 2005. *Discursos no Instituto dos Advogados Brasileiros*. São Paulo, Martin Claret.
- BAYÓN, J. C. 2000. Derechos, democracia y constitución. *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, 1:65-94.
- BENTHAM, J. 1985. *Fragments sobre el gobierno*. Madrid, Sarpe.

- CALSAMIGLIA, A. 2004. Constitucionalismo y democracia. In: AAVV. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona, Gedisa.
- CASTANHEIRA NEVES, A. 2003. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra, Coimbra Editora, I.
- COLEMAN, J. S.; LEITER, B. 2000. Determinação, objetividade e autoridade. In: A. Marmor (coord.), *Direito e interpretação*. São Paulo, Martins Fontes.
- DWORKIN, R. 2004. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: AAVV. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona, Gedisa.
- DWORKIN, R. 2005. *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa.
- DWORKIN, R. 1997. Juízes políticos e democracia. *O Estado de São Paulo*, Espaço Aberto, 26 de abril.
- DWORKIN, R. 2003. *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Buenos Aires, La isla de la luna.
- DWORKIN, R. 1989. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel.
- DWORKIN, R.; GUTMANN, A.; SLYE, R. C.; KOH, H. H. et al. 2004. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona, Gedisa.
- ENOCH, D. 2006. Taking disagreement seriously: on Jeremy Waldron's law and disagreement. *Israel Law Review*, 39(3):22-35, disponible en: <http://law.huji.ac.il/upload/Final.pdf>, acceso en 30 de agosto de 2010.
- GARCIA AMADO, J. 1988. *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid, Civitas.
- GÜNTHER, K. 2004. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo, Landy Editora.
- GUTMANN, A. 2004. Democracia deliberativa y regla de la mayoría: una réplica a Waldron. In: AAVV. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona, Gedisa.
- HABERMAS, J. 2002. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Loyola.
- HABERMAS, J. 2008. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta.
- HART, H. L. A. 2004. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- HONORIO, C.; KROL, H. 2007. Jurisdição constitucional, democracia e liberdade de expressão: análise do caso Ellwanger. *Revista de direitos fundamentais e democracia*, 2(2), disponible em <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/109/108>
- KAHN, P. W. Democracia y filosofía: réplica a Stotzky y Waldron. In: AAVV. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona, Gedisa.
- KRAMER, L. 2006. The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy. *Stanford Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 938721, Stanford Law School, disponible en <http://ssrn.com/abstract=938721>
- LUMIA, G. 2003. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo, Martins Fontes.
- MONICA, E. F. 2008. *A possibilidade de uma única decisão correta para cada caso*. Tutor Luiz Fernando Bellinetti. Dissertação de Mestrado. Londrina, Universidade Estadual de Londrina, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.
- MENDES, C. H. 2008. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, Universidade de São Paulo, disponible en: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952>
- NINO, C. S. 1997. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa.
- PALOMBELLA, G. 2005. *Filosofia do direito*. São Paulo, Martins Fontes.
- PASSERIN D'ENTREVES, A. 1970. *Obbedienza e resistenza in una società democratica*. Milano, Comunità.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. 1999. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid, Univ. Carlos III.

- SANTOS PEREZ, M. L. 2003. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, **26**:347-385.
- SOLUM, L. B. 2005. Procedural justice. *Legal Studies Research Paper Series*, n.06-14, University of San Diego, disponible en <http://ssrn.com/abstract=636721>
- TUSHNET, M. 2002. Non Judicial Review. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 298007, Georgetown University Law Center, disponible en <http://ssrn.com/abstract=298007>
- UNGER, R. M. 2004. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo, Boitempo.
- WALDRON, J. 2005. *Derechos y Desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons.
- WALDRON, J. 2000. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: A. Marmor, *Direito e interpretação*. São Paulo, Martins Fontes.
- WALDRON, J. 2003. *A dignidade da legislação*. São Paulo, Martins Fontes.
- WALDRON, J. 2006. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, **115**:1346-1406.

Submetido: 14/06/2019

Aceito: 28/11/2020