

EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO CULTURA DEMOCRÁTICA DE LA JUSTIFICACIÓN*

The constitutional State as a democratic culture of justification

MARIANO C. MELERO DE LA TORRE

Universidad Autónoma de Madrid

mariano.melero@uam.es

Cómo citar/Citation

Melero de la Torre, M. C. (2018).

El Estado constitucional como cultura
democrática de la justificación.

Revista de Estudios Políticos, 182, 13-41.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.182.01>

Resumen

Este trabajo pretende articular una posición teórica plausible que medie entre las dos concepciones básicas de la teoría constitucional moderna: los constitucionalismos «jurídico» y «político». Dicha teoría trata de ocupar un lugar parcialmente compartido por ambos tipos de constitucionalismo: por una parte, defiende la naturaleza esencialmente jurídica de la Constitución y, por ende, el papel inevitable e insustituible de los jueces en la interpretación de los requerimientos constitucionales, y por otra, vindica el papel de los poderes políticos en la definición de los derechos fundamentales, negando a los jueces constitucionales el monopolio o la supremacía en la interpretación de los derechos. El objetivo es la construcción de una cultura democrática de la justificación, donde el mantenimiento del orden jurídico (incluyendo la protección de los derechos fundamentales) se asume como un

* Este trabajo ha sido elaborado en el contexto de dos proyectos de investigación: «Jueces en democracia. La filosofía política de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, DER2016-79805-P (AEI/FEDER, UE), con plazo de ejecución del 30/12/2016 al 29/12/2019, y «Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos», financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, DER2015-69217-C2-1-R, con plazo de ejecución del 01/01/2016 al 31/12/2019.

proyecto compartido en el que cada uno de los poderes del Estado cumple su papel respetando la independencia de los demás.

Palabras clave

Modelos de justicia constitucional; democracia; cultura constitucional; constitución jurídica; constitución política; legalidad.

Abstract

This paper aims to articulate a plausible theoretical position that helps overcome the longstanding dispute between the two main conceptions in current constitutional theory: the “legal” and “political” constitutionalisms. This third position wants to occupy an intermediate terrain of reconciliation: on the one hand, it defends the essentially legal nature of the constitution and, thus, the inevitable and irreplaceable role of judges in the interpretation of constitutional requirements; on the other hand, it vindicates the important role of the political powers in the definition of basic rights and freedoms, denying the judges’ monopoly or supremacy in constitutional interpretation. The objective is to build a democratic culture of justification where the maintenance of the rule of law (including the protection of basic rights) is assumed as a common project in which all branches fulfil their role respecting each other’s independence.

Keywords

Models of constitutionalism; democracy; constitutional culture; legal constitution; political constitution; rule of law.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. LA CUESTIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ORDEN JURÍDICO. III. LA LEGALIDAD COMO RAZÓN PÚBLICA O LA AMPLIACIÓN DEL *RULE OF LAW*. IV. UNA CULTURA DEMOCRÁTICA DE LA JUSTIFICACIÓN. V. EL ENFOQUE *COMMON LAW* DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS. VI. EL IMPERIO DE LA LEY COMO EMPRESA COLABORATIVA. VII. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. PLANTEAMIENTO

En la mayoría de los modelos de justicia constitucional contemporáneos, los jueces constitucionales tienen la capacidad para supervisar la legislación y las decisiones públicas con objeto de determinar su posible incompatibilidad con los derechos y valores fundamentales recogidos en la Constitución. Este control incluye, en Estados Unidos (el modelo denominado «americano») y en la mayoría de los países de Europa continental (el modelo de raíz kelseniana llamado «europeo»), la autoridad para no aplicar (o hacer una interpretación «correctiva» de) las disposiciones legales que los jueces constitucionales consideran incompatibles con los derechos protegidos. En el actual pensamiento jurídico y político existe una corriente muy influyente, a la que se conoce como «constitucionalismo político», que critica con dureza este tipo de control judicial (al que califican de «fuerte»). Según estos autores, es posible (y preferible) defender un modelo de justicia constitucional «débil» en el que las determinaciones judiciales de los derechos básicos pueden ser revisadas por el legislador o la comunidad política sin necesidad de acudir a la reforma constitucional (Tushnet, 2003: 831; 2008: 228, IX-X)¹. De este modo se enfrentan al reinante «constitucionalismo jurídico», según el cual la inclusión de los derechos básicos en la norma jurídica suprema significa necesariamente otorgar a los jueces (o, al menos, a los tribunales constitucionales) el poder para revocar aquellas medidas legislativas o ejecutivas incompatibles con tales derechos, cuando no vienen acompañadas por la debida justificación.

La principal discusión entre ambas posturas gira en torno a una cuestión de filosofía del derecho, que cabría denominar la cuestión de la

¹ Algunos otros autores relevantes de esta corriente son Jeremy Waldron (2006), Richard Bellamy (2007) y Adam Tomkins (2005); entre nosotros, destacan Juan Carlos Bayón (2004), Sebastián Linares (2008) y Roberto Gargarella (2012).

«constitucionalidad» de los órdenes jurídicos: siendo incontrovertible que todos los órdenes jurídicos tienen una constitución, «¿qué es eso que comparten todos ellos al tener una constitución?» (Dyzenhaus, 2016: 10). Para los constitucionalistas políticos dicha constitucionalidad radica fuera del orden jurídico, en la esfera de la deliberación política. Para estos autores, la esencia constitucional es un conjunto de principios democráticos que legitiman el orden jurídico y que se sitúan fuera de la constitución jurídica, en una constitución «política». En términos de derechos básicos, estos autores afirman que la interpretación de los derechos es un ejercicio de naturaleza política que corresponde hacer a los poderes del Estado orientados políticamente; las formas democráticas de gobierno no solo sirven para resolver del mejor modo los desacuerdos sobre los proyectos políticos rivales, sino también para dirimir los inevitables desacuerdos sobre la aplicación de los derechos constitucionales en los casos particulares. Para los constitucionalistas «jurídicos», en cambio, la Constitución es esencialmente jurídica, e incluye los principios sustantivos de moralidad política sobre los que descansa la legitimidad del orden jurídico. Según esta posición, la autoridad de los jueces para juzgar (y, en determinados casos, corregir) las leyes según su compatibilidad con los derechos y principios constitucionales se basa en una justificación que va más allá de las razones contextuales o contingentes (de tipo pragmático) y que tiene que ver con una cuestión de principios.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el bando de los «políticos» (donde la crítica a la legitimidad del control judicial de constitucionalidad es prácticamente unánime), en el de los «jurídicos» no hay un gran acuerdo respecto a dónde radica la justificación de dicho control. Para aquellos (la mayoría) que defienden la «supremacía judicial» (es decir, la autoridad suprema de los jueces constitucionales, o incluso su exclusividad, en materia de derechos fundamentales), se trata de una práctica que trata de proteger los valores normativos constitucionales frente a los ataques del legislador democrático². En cambio, para aquellos otros que pretenden no hacer coincidir la supremacía constitucional con la supremacía de los jueces constitucionales, el control judicial de constitucionalidad es una práctica que promueve la democracia deliberativa, como parte inevitable e insustituible de una cultura democrática de la justificación.

Es precisamente esta segunda versión del constitucionalismo jurídico la que desarrollaré en este trabajo. Mi intención es articular una concepción teórica plausible que logre reconciliar los dos requerimientos de una democracia

² Los dos autores más representativos de esta postura son John Rawls (1996) y Ronald Dworkin (1997).

constitucional: por un lado, la demanda de respeto a las decisiones mayoritarias adoptadas en asambleas representativas, y por otro, la necesidad de unos jueces constitucionales independientes y «fuertes», cuyas decisiones sean habitualmente respetadas por el legislador y la comunidad política en general.

Con este objetivo, el artículo se divide en cinco partes. En primer lugar, se describen las dos posiciones en el debate contemporáneo de teoría constitucional a partir de la discusión de filosofía del derecho sobre la constitucionalidad del orden jurídico. En segundo lugar, se expone con algo de detalle una forma «híbrida» de constitucionalismo, a la que denomino «la legalidad como razón publica» (o «la ampliación del *rule of law*»), que pretende ocupar un lugar intermedio entre las dos formas típicas de constitucionalismo mediante un enfoque colaborativo de la protección de los derechos humanos. En tercer lugar, se presenta el ideal que se persigue con dicha teoría, a saber, una determinada cultura constitucional —la «cultura democrática de la justificación»— en donde cobra plena legitimidad el control judicial de constitucionalidad de las leyes. En cuarto lugar, se muestra cómo el enfoque colaborativo está presente de forma embrionaria en la protección que han recibido tradicionalmente los derechos en los sistemas jurídicos del *common law*. Finalmente, se fundamenta este enfoque colaborativo a partir de las ideas de dos autores de la «Escuela del proceso jurídico», Lon Fuller y Alexander M. Bickel.

II. LA CUESTIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

Como ya se ha dicho, la principal discusión entre las dos concepciones básicas del constitucionalismo contemporáneo se plantea en torno a la cuestión de en qué consiste, en general, la «constitucionalidad» de los órdenes jurídicos (es decir, qué tienen en común las constituciones de todos ellos). Esta es una cuestión donde la teoría constitucional converge con la filosofía del derecho. Sin embargo, desde la perspectiva del positivismo jurídico, especialmente desde las teorías del derecho de Herbert Hart y Joseph Raz, esta es una cuestión estrictamente filosófica, que no guarda relación con la teoría política (ni siquiera con una de sus ramas, la de la teoría constitucional). Para Hart, la «regla de reconocimiento» sería esa dimensión constitucional de todo orden jurídico, cuya descripción no está sujeta a ninguna disputa de carácter político o constitucional, sino a una mera cuestión de hechos (prácticas y actitudes) (Hart, 1994: 111-116). Dicha dimensión no coincide con la constitución jurídica: mientras esta puede cambiarse de acuerdo con los procedimientos que ella misma provee, la regla de reconocimiento solo cambia cuando se transforma la práctica que ella misma es (Raz, 1998: 161).

Sin embargo, algunos positivistas jurídicos sobresalientes como Jeremy Bentham, John Austin o Hans Kelsen sí defendieron una teoría constitucional propia, y lo hicieron desde posiciones muy próximas al constitucionalismo político. Como ha señalado David Dyzenhaus, existen al menos dos ideas compartidas por dichos autores que están en la definición misma del constitucionalismo político de Jeremy Waldron y Richard Bellamy: la primera, que la base de la constitucionalidad del orden jurídico radica fuera del derecho, en la esfera política, y, la segunda, que la constitución jurídica se reduce a un conjunto de reglas formales de autorización (Dyzenhaus, 2016: 10-11). Bajo ambas ideas subyace una concepción «lineal» del derecho (Walters, 2016: 33), según la cual la validez de las normas jurídicas (su autoridad legítima) procede de las reglas que rigen el procedimiento y la autoridad para producir normas. La constitucionalidad del orden jurídico estaría compuesta, por tanto, no por la regla de reconocimiento, sino por lo que Hart denominó las «reglas del cambio» —de tal manera que los procedimientos formales de reforma constitucional aparecen, bajo esta concepción, como la esencia de la constitución jurídica (Waldron, 2009: 18, 24)—.

En contraste, el constitucionalismo jurídico presupone una concepción «circular» del derecho, donde las normas jurídicas encuentran su autoridad dentro del orden jurídico a partir de los principios y valores fundamentales que sustentan dicho orden a modo de justificación³. Las constituciones «principalistas» (que contienen no solo reglas formales sino también derechos y principios morales sustantivos), al igual que los tratados internacionales de derechos humanos, son normas jurídicas cuya autoridad última no deriva exclusivamente de la autorización y el procedimiento de su producción, sino también directamente de los principios que dichas normas reconocen e identifican (Kumm, 2010b: 214). Desde una concepción «circular» del derecho, las reglas del cambio son formales únicamente en un sentido muy superficial: las disputas sobre este tipo de reglas son profundamente sustantivas, afectan a la naturaleza de la democracia y al papel que han de jugar en ella el derecho y el imperio de la ley (Dyzenhaus, 2016: 27). En los casos constitucionales difíciles, donde hay un desacuerdo razonable sobre los requerimientos constitucionales, los jueces no necesitan recurrir a valores normativos externos al derecho para hacer reposar la autoridad constitucional; al contrario, pueden

³ «Las teorías circulares de la autoridad no necesitan afrontar el problema del regreso al infinito. El derecho desde su perspectiva está imbuido dentro de una red de hilos interconectados de valor normativo que se curvan sobre sí mismos sin alcanzar nunca un fin. La imagen relevante de esta concepción no es un hilo sino una red de hilos formando un globo o esfera», Walters (2016: 33-34).

encontrar dicha autoridad en los valores normativos situados dentro del registro público de dicho orden. En palabras de Ronald Dworkin, para el constitucionalismo jurídico la «integridad» es el valor supremo del orden jurídico —es decir, la exigencia (para jueces y, en general, todo operador jurídico) de encontrar un modo de interpretar el derecho que pueda entenderse como la expresión de una comunidad política unificada (Dworkin, 1986: 95-96)—. Los principios que han de invocarse para interpretar/aplicar el derecho son los principios constitucionales que legitiman el orden jurídico.

Ahora bien, la discusión no es tan enconada como pudiera parecer por lo dicho hasta ahora. Al fin y al cabo, los constitucionalistas políticos no se niegan a aceptar, por razones estrictamente contextuales y pragmáticas, la inclusión de una carta de derechos básicos dentro del orden jurídico, siempre que se reserve al legislador democrático la interpretación final de los mismos⁴. Según estos autores, dicha inclusión no impide que la constitución jurídica siga siendo esencialmente formal, puesto que se trata de añadir una determinada carga sustantiva de moralidad política de manera puramente contingente. Piensan que es posible y deseable (aunque solo sea como una segunda opción no ideal) una constitución «principalista» en la que la definición y articulación de los derechos corresponda a los poderes electos, y donde el control de los jueces constitucionales se reduzca (al menos en la medida de lo posible) al cumplimiento de las reglas formales del cambio⁵.

Sin embargo, desde la perspectiva del constitucionalismo jurídico, esto no es posible. Una vez producida la «materialización» de la Constitución, resulta inevitable que los jueces interpreten las leyes y las decisiones públicas a la luz de los principios constitucionales, y que se vean a sí mismos con capacidad para juzgar la compatibilidad entre ambos (aunque sea del modo más débil posible, mediante la declaración o la denuncia de la incompatibilidad)⁶. La única cuestión es, entonces, si este acrecentamiento inevitable del poder de los jueces debería reducirse a su mínima expresión (como desean los

⁴ No obstante, esta concesión ha sido fruto de una evolución en el pensamiento de estos autores, quienes comenzaron rechazando cualquier tipo de control judicial de constitucionalidad; para apreciar dicha evolución, véanse Waldron (1993; 2006) y Tushnet (1999; 2008).

⁵ La posición más clara y explícita en este sentido es la de Campbell (2011).

⁶ En Reino Unido, los jueces pueden hacer una «declaración de incompatibilidad» de las leyes con los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (sección 4 de la *Human Rights Act* de 1998). En la mayoría de los países de Europa continental, incluido España (art. 163 de la Constitución), los jueces pueden «denunciar» la posible incompatibilidad de las leyes con los derechos constitucionales planteando una «cuestión de inconstitucionalidad» ante el Tribunal Constitucional.

constitucionalistas políticos), o si es algo que, debidamente entendido, debería promoverse (como afirman los constitucionalistas jurídicos).

Como veremos en los dos siguientes apartados, la posición que defiendo aquí (a la que denomino «la legalidad como razón pública» o «la ampliación del *rule of law*») pretende ocupar un lugar intermedio respecto a las dos formas típicas de constitucionalismo. Frente al constitucionalismo político, esta teoría pretende tomarse en serio lo que podríamos denominar el giro «normativo» de la Constitución: a raíz de la incorporación de los derechos y libertades en el sistema jurídico, se introducen un conjunto de «normas regulativas» (Ruiz Manero, 2007; Aguiló, 2007) que permiten supervisar y evaluar la corrección sustantiva de las decisiones públicas; a mi juicio, una teoría congruente del constitucionalismo democrático debe asumir e integrar adecuadamente esta carga sustantivista (mediante lo que denominaré una «deliberación restringida»).

Por otra parte, frente a la posición mayoritaria dentro del constitucionalismo jurídico, que ve en los jueces el baluarte de una determinada moralidad política frente a los vaivenes de las decisiones mayoritarias, la «legalidad como razón pública» afirma que el control judicial de constitucionalidad recibe su legitimidad del ideal de la igualdad política. Para esta teoría, el contenido sustantivo de la moralidad constitucional es el resultado de un procedimiento de justificación pública del que forma parte el control judicial de constitucionalidad; esto significa, de nuevo distanciándose de lo que suelen asumir los constitucionalistas políticos, que la participación política en los asuntos públicos no se reduce a la deliberación en asambleas representativas y al derecho al voto en pie de igualdad; por el contrario, el control judicial de constitucionalidad se concibe como un último recurso por el que los ciudadanos tienen la posibilidad de exigir a los poderes políticos la justificación de aquellas decisiones y actos que afectan a sus derechos.

III. LA LEGALIDAD COMO RAZÓN PÚBLICA O LA AMPLIACIÓN DEL *RULE OF LAW*

Para comprender adecuadamente esta concepción, debemos avanzar un poco más en la exposición de las dos posiciones básicas dentro del debate constitucionalista. Cada una subraya o da preeminencia a una dimensión distinta de la Constitución: mientras el constitucionalismo político se centra en lo que se ha denominado la dimensión «constitutiva» de la norma constitucional, el constitucionalismo jurídico enfatiza su dimensión «regulativa» (Aguiló, 2007: 60). La primera dimensión hace referencia a la Constitución como «fuente de las fuentes del derecho», es decir, el conjunto de normas constitutivas que establecen los órganos y procedimientos de producción del derecho. En contraste, la segunda dimensión se refiere a la Constitución como «fuente de derecho», esto

es, el conjunto de normas regulativas que imponen deberes directamente aplicables a todos los poderes públicos y a la ciudadanía en general.

Cada una de estas dimensiones de la Constitución da lugar a una concepción distinta de la eficacia constitucional (Troper, 1999: 332-335, 337-338). Así, si se pone el acento en la dimensión «constitutiva», llegamos a una concepción «mecánica» según la cual la realización de los valores y fines constitucionales depende principalmente de un «adecuado» diseño institucional que haga imposible (o altamente improbable) la actuación no deseada, y haga necesaria (o altamente probable) la conducta deseada. Por el contrario, si el acento se pone en la dimensión «regulativa», entonces prevalece una concepción «normativa» según la cual la eficacia de la Constitución se sigue básicamente de su capacidad para guiar la conducta de los sujetos relevantes. Mientras la concepción «mecánica» confía en el diseño institucional para la consecución de los fines constitucionales, la concepción «normativa» confía en el compromiso normativo de aquellos a quienes van dirigidas las exigencias constitucionales, así como en los controles establecidos sobre su cumplimiento (Aguiló, 2007: 23-27).

Pues bien, los constitucionalistas políticos tienden a defender una concepción «mecánica» de la Constitución. Su interés se centra principalmente en confeccionar un mapa de órganos y procedimientos que incentive (o haga más probable) la deliberación democrática, al tiempo que asegure a los poderes políticos representativos la «última palabra» sobre la definición de los derechos y libertades. Un ejemplo muy ilustrativo en este sentido es el diseño que propone Sebastián Linares (2008: 233-235). En dicho esquema, los jueces ordinarios tendrían la capacidad para declarar la incompatibilidad de las leyes con los principios constitucionales, mientras que solo correspondería al Tribunal Supremo (o Tribunal Constitucional) la facultad para vetar las leyes declaradas inconstitucionales; al mismo tiempo, se aseguraría al Parlamento la última palabra en materia de derechos a través de una cláusula *override* semejante a la establecida en la sección 33 de la Constitución canadiense, pero en la que se introduciría «la obligación del Congreso de responder públicamente, en audiencia pública, a todos los argumentos vertidos por la Corte Suprema, incluso a los argumentos basados en derechos». Según Linares (2008: 35), este diseño estaría basado en un «procedimentalismo débil», por cuanto que solo requiere un acuerdo mínimo en torno a los valores que justifican un procedimiento democrático (igual dignidad y autonomía) (Linares, 2008: 40)⁷.

⁷ «Sólo necesita forjar un acuerdo mínimo en los valores que justifican un procedimiento democrático, tales como la igualdad dignidad y autonomía [...] *la adhesión a un criterio de justicia sustantivo requiere mayor convicción personal que la fidelidad a un*

Por el contrario, la posición que aquí defiendo se encuadra dentro del constitucionalismo jurídico, por cuanto que pone el acento en la dimensión normativa de la Constitución. El «giro normativo» que da el constitucionalismo después de la Segunda Guerra Mundial significa, a mi juicio, confiar en la fuerza de los compromisos normativos de los participantes, frente a su mera fidelidad al procedimiento. Desde este enfoque, no es tan importante quién decide, cuanto que lo que se decida se justifique adecuadamente. Bajo una constitución «principalista», no es decisivo, con ser importante, que la decisión pública haya sido tomada de acuerdo con los criterios formales de órgano y procedimiento. Además, los poderes públicos han de poder justificar sus decisiones de acuerdo con los principios constitucionales que presiden el sistema jurídico. En este sentido, el *rule of law* representa el dominio de una serie de valores y principios compartidos: los tribunales y las ramas políticas comparten su compromiso *tanto* con la democracia representativa *como* con ciertos derechos, libertades y valores básicos. Y ese compromiso no puede entenderse en términos meramente privados o cuasi psicológicos, sino públicos y normativos. Como ha puesto de relieve Gerald Postema, asumir un compromiso implica necesariamente rendir cuentas ante un tercero independiente capaz de juzgar el grado de cumplimiento (Postema, 2010a: 277; 2010b: 1857). No se trata, pues, de adoptar una actitud o desarrollar una disposición particular, sino de reconocer algunos estándares de comportamiento y evaluar la acción propia de acuerdo a dichos estándares. Ahora bien, los compromisos implican otorgar a otros la autoridad para juzgar el comportamiento propio, es decir, significan obligarse a rendir cuentas. Comprometerse con el «imperio de la ley» trae consigo inexorablemente la rendición de cuentas y, por tanto, una evaluación institucional independiente de la legislación. Que el Parlamento pueda tomar decisiones sobre los derechos constitucionales sin someterse a una evaluación independiente equivale a convertir al electorado, junto con el Legislativo que lo representa, en jueces de su propia causa (Dworkin, 1985: 24; Kavanagh, 2003: 472).

La tesis básica de mi concepción es que en un Estado constitucional democrático, la legalidad o «imperio de la ley» (entendido como gobierno *sub lege* o *rule of law*, no solo *per lege* o *rule by law*) se amplía hasta alcanzar al Legislativo, «canalizando» o «filtrando» la opinión pública y la toma de decisiones públicas dentro del marco valorativo de los derechos, actuando

procedimiento. Mientras que no podemos prestar consentimiento racional a un conjunto de principios sustantivos en los que no creemos, sí puede ser racional consentir un procedimiento que no nos parece perfecto, pero que, dados los desacuerdos, puede resultar aceptable» (Linares, 2008: 40, énfasis en el original).

como un mecanismo de supervisión y aplicación con objeto de garantizar la integridad del proceso deliberativo democrático⁸. Esto es lo que pretendo significar con la expresión «legalidad como razón pública»: la *razón jurídica*, cuando incluye los derechos y libertades como principios últimos del orden político y jurídico, se convierte en *el prototipo de la razón pública*. Gobernar con los jueces implica en buena medida razonar como ellos, no solo por la exigencia de introducir en el proceso de producción legislativa un análisis de proporcionalidad sobre las medidas que se adoptan, sino por la calidad de las razones que los poderes políticos se ven obligados a usar bajo un control sustantivo de constitucionalidad⁹. En un Estado constitucional, la legalidad u orden jurídico se concibe como una «*una disciplina de razonamiento práctico público* que ofrece un marco y un foro para la exploración crítica así como para la determinación autoritativa de normas públicas» (Postema, 2010a: 108, énfasis añadido)¹⁰.

La confluencia de legisladores y jueces en un «esquema de razonamiento más compartido» (Prieto Sanchís, 2003: 133) es uno de los puntos de mayor controversia en el debate constitucionalista. Los constitucionalistas políticos lo critican como una distorsión ilegítima del discurso político en un régimen constitucional (Tushnet, 1995). En el campo del constitucionalismo jurídico,

⁸ Como señala Aguiló (2007: 58), «lo que acaba por resultar determinante para la lectura jurídica de las constituciones rígidas es la imposición de limitaciones al poder legislativo, es decir, la extensión de la idea de gobierno *sub lege* al poder legislativo».

⁹ Sandra Fredman ha subrayado el papel decisivo que están llamados a desempeñar los jueces en una democracia deliberativa: «Cuando los derechos humanos están en juego, los tribunales deben aumentar la participación democrática alejando la toma de decisiones de la negociación de intereses y reorientándola hacia la deliberación basada en valores, o, dicho con otras palabras, funcionando como un foro de deliberación» (Fredman, 2015: 451). En este mismo sentido, Víctor Ferreres (1997: 269) ha escrito: «Si es admisible un control judicial de la constitucionalidad de la ley en materia de derechos, ello no se debe a que los jueces constitucionales sean más capaces que el Parlamento democrático para protegerlos adecuadamente, sino a una consideración distinta, a saber: que la intervención de los jueces constitucionales contribuye a mantener viva una cultura política en la que las decisiones colectivas se toman sobre la base de razones públicas que puedan ser aceptadas sin coerción por los miembros de una comunidad política de iguales».

¹⁰ En un sentido similar, Dyzenhaus (2015: 443) afirma que la legalidad ofrece «el material de un tipo especial de *razonamiento moral disciplinado* que permite a los jueces y a los legislativos operar dentro del marco de los valores de los derechos humanos, unos valores que han recabado un amplio consenso, así como tomar decisiones basadas en principios y no solo en objetivos estratégicos» (énfasis añadido).

en cambio, cabe distinguir en términos generales dos formas de legitimar dicha confluencia. El primero, y más predominante, es el que pretende proteger ciertos contenidos morales sustantivos respecto de la deliberación democrática, otorgando su definición a los jueces constitucionales. Esta es la idea de «razón pública» de John Rawls, en donde la «ejemplaridad» de la razón jurídica presupone 1) una protección constitucional restringida a un reducido número de derechos civiles y políticos (los contenidos en el primer principio de la «justicia como equidad»); 2) una prioridad cuasi absoluta de estos derechos respecto a los objetivos políticos de interés general (la «prioridad lexicográfica» del primer principio respecto del segundo), y 3) la supremacía del Tribunal Supremo en materia de derechos y libertades, cuyo razonamiento se describe como «prototipo de la razón pública» en el sentido de que se basa exclusivamente en los principios «políticos» de una concepción pública de la justicia, protegiendo así dichos principios frente a los cambios de mayoría (Rawls, 1996: 231-233).

Por el contrario, la legalidad como razón pública pretende reflejar otra parte de la doctrina que explica de un modo distinto la «ejemplaridad» de la razón jurídica. Dicha concepción: 1) no presupone una distinción significativa entre los derechos de «primera» y «segunda» generación, lo cual permite hablar de la fuerza expansiva de los derechos constitucionales en todo el sistema jurídico; 2) sostiene que las instituciones políticas pueden limitar legítimamente los derechos básicos siempre que lo justifiquen adecuadamente, y 3) afirma que corresponde a las instituciones políticas representativas, y no a los jueces, la responsabilidad última en la definición y articulación de los derechos, por lo que el control judicial sirve como el principal instrumento para exigir dicha responsabilidad, no para proteger los derechos individuales frente a las decisiones mayoritarias. En este marco teórico, la razón jurídica es «el prototipo de la razón pública» en el sentido de que el control judicial garantiza que los poderes políticos introducen en su proceso de toma de decisiones el principio de proporcionalidad y la deliberación basada en valores.

Esta concepción presupone que no es posible marcar una distinción significativa entre criterios de justificabilidad «procedimentales» y «sustantivos» en la toma democrática de decisiones: los valores sustantivos que subyacen al procedimiento justificado restringen igualmente sus resultados (Aguiló, 2007: 48-49). En este sentido, creo que el procedimentalismo «débil» no puede dejar de sostener, igualmente, un sustantivismo «débil», so pena de aceptar la contingencia del procedimiento justificado. La elección del procedimiento depende de unos compromisos valorativos previos, por lo que, si no se desea aceptar la posibilidad de la existencia efímera de dicho procedimiento, debe aceptarse que tales compromisos sustantivos sirven también para evaluar los resultados obtenidos. La conversación constitucional no es completamente

indiferente en cuanto a los resultados; la legalidad constitucional es en parte la aplicación de unos compromisos ya consensuados, tanto en el plano nacional como en el internacional. Los derechos fundamentales «no son cuestiones morales abiertas» (Fredman, 2015: 452). Igual que los contenidos de los tratados internacionales de derechos humanos, los derechos fundamentales de las constituciones nacionales se basan en un consenso fraguado en el tiempo, que recibe una aceptación universal, acerca del trato que los individuos y grupos están legitimados a reclamar de su sociedad política. Los derechos y libertades básicas representan un «terreno compartido de deliberación pública» (Cohen, 2004: 195) acerca de cómo debe actuar una sociedad política aceptable respecto a sus miembros individuales. Se trata, por tanto, de una deliberación democrática «restringida».

Veamos, por último, cómo se concibe desde esta perspectiva el intercambio y la interdependencia institucionales en un Estado constitucional. Como hemos visto, el modelo que se usa principalmente como referencia en este sentido es el que opera en Canadá y Reino Unido, al que se suele denominar «nuevo modelo *commonwealth*» (Gardbaum, 2013). Desde la perspectiva de los autores favorables al constitucionalismo político, se ha querido ver en este modelo una aproximación a un modelo «dialógico» de protección de los derechos humanos. El problema es que si se adopta este punto de vista dialógico, el «nuevo modelo *commonwealth*» resulta un modelo fallido. En la práctica, este modelo ha demostrado ser incapaz de promover el deseado debate entre jueces y legisladores sobre la interpretación de los derechos (Tushnet, 2008: 47); y lo que es más importante, ni siquiera está diseñado para lograr un debate realmente deliberativo sobre los derechos (Linares, 2008: 223-230).

En mi opinión, sin embargo, estas críticas no se corresponden con la racionalidad intrínseca que subyace a la práctica constitucional que se da realmente bajo el «nuevo modelo *commonwealth*». Desde la concepción que aquí defiendo, este modelo no trata efectivamente de buscar un diálogo entre jueces y legisladores; lo que pretende es promover la colaboración de los poderes públicos en la protección de los derechos fundamentales, respetando la función constitucional respectiva de cada uno de ellos. De este modo, el intercambio institucional no se fomenta a partir de los mecanismos de confrontación previstos en los respectivos sistemas jurídicos (la sección 33 de la Constitución canadiense y la sección 4 de la Ley de Derechos Humanos británica), sino a partir de las normas que establecen el carácter limitado de los derechos protegidos y la necesidad de justificar convenientemente las limitaciones o interferencias que se realicen de los mismos (sección 1 de la Constitución canadiense y las limitaciones específicas establecidas en los arts. 8-11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al que se remite la Ley de Derechos Humanos británica). Estas últimas normas reconocen plenamente la autoridad del

Parlamento para interpretar los derechos protegidos, de forma que los tribunales deben deferir a la interpretación del Legislativo en la medida en que dicha interpretación se justifique adecuadamente.

Según esta concepción, basada en la práctica desarrollada bajo el «nuevo modelo *commonwealth*», la falta de supremacía judicial no se produce mediante un diseño institucional que incentiva a los poderes políticos para hacer valer su postura frente a los jueces constitucionales, sino mediante un tipo de control judicial centrado en el proceso de toma de decisiones. Según este enfoque, los jueces no deben ejercer el control de constitucionalidad examinando la medida impugnada según sus propios criterios de corrección (es decir, según la interpretación de los derechos que ellos consideran mejor), sino centrando su evaluación en las razones o razonamientos con que el agente decisor principal pretende justificar sus decisiones a la luz de los derechos. Como agentes «supervisores», los jueces constitucionales están siempre obligados a analizar el grado de deferencia que deben prestar a la solución adoptada por el agente decisor principal. Su papel es controlar la justificación aportada en respaldo de la medida, y valorar la fuerza persuasiva de dicha justificación, no intentar tomar una decisión *ex novo*¹¹.

IV. UNA CULTURA DEMOCRÁTICA DE LA JUSTIFICACIÓN

Desde la concepción que aquí vengo defendiendo, un constitucionalismo realmente democrático exige replantear la relación entre los diferentes poderes de una democracia constitucional conforme a *una cultura democrática de la justificación*. En este tipo de cultura constitucional, los papeles respectivos de las instituciones en materia de derechos humanos no deben concebirse sobre la base de la soberanía o autoridad última, sino desde la perspectiva de la colaboración y la responsabilidad compartida. Una cultura democrática de la justificación es «un orden político y jurídico basado en una responsabilidad compartida en la protección y promoción de los derechos humanos», lo cual implica, por un lado, «que toda acción o inacción que afecte a los derechos

¹¹ Este enfoque procesal ha sido elaborado, sin ninguna pretensión sistemática, por el Tribunal Supremo de Canadá, véase Choudhry (2006). En el ámbito académico canadiense, merece destacarse el trabajo de David Dyzenhaus sobre la «deferencia como respeto» (Dyzenhaus, 1996, 2015). En Reino Unido, sin embargo, la doctrina de la «deferencia debida» ha sido criticada por el propio Tribunal Supremo (véase *Huang v Secretary of State for the Home Department* [2007] 2 A.C. 167), a pesar de lo cual ha recibido una detallada articulación teórica por parte de destacados autores, entre los que cabe mencionar Hunt (2003), Kavanagh (2009) y Young (2009).

humanos debe justificarse mediante razones públicamente disponibles», y, por otro, que «cada una de tales instituciones respeta el papel legítimo de las demás» (Hunt, 2015: 2).

Utilizando una dicotomía conocida en teoría política y constitucional, la noción de «cultura de la justificación» puede contraponerse a la «cultura de la autoridad». Por lo que hemos visto hasta ahora, cabe decir que el constitucionalismo político se identifica con el ideal de una cultura de la autoridad. Según este tipo de cultura jurídica y política, la legitimidad del derecho depende principalmente de criterios formales de órgano y procedimiento. La función de las leyes consiste en comunicar a la sociedad en su conjunto los juicios hechos por la mayoría parlamentaria y el Gobierno. El derecho propiamente dicho es la legislación procedente del Parlamento, la expresión resultante de la deliberación política. Los jueces deben aplicar la voluntad de los legisladores claramente expresada en las leyes, y los ciudadanos han de obedecer las normas jurídicas tal y como son (no como ellos desearían que fuesen). Se trata, pues, de una cultura jurídica basada en la autorización y la obediencia. Lo cual no significa que se trate de una cultura de por sí autoritaria; solo deviene en autoritaria si pierde su legitimidad democrática.

El constitucionalismo jurídico, en cambio, vindica una cultura de la justificación basada en un determinado ideal de moralidad política, es decir, en unos principios de justicia compartidos. En este tipo de cultura jurídica, el derecho se utiliza como medio para preservar una serie de principios morales a salvo de la democracia. Así, por ejemplo, en una sociedad donde prime una cultura «liberal» de la justificación, ese ideal lo formarán los principios de la justicia «neutral», dirigidos a garantizar la autonomía individual, declarando ilegítima cualquier acción estatal que infrinja el derecho fundamental de los individuos a decidir por sí mismos cómo vivir sus vidas¹². En cambio, en una sociedad con una cultura «orgánica y perfeccionista» de la justificación, el ideal de justicia estará formado por los principios que garanticen la autorrealización de las personas en un contexto de interdependencia, declarando ilegítima aquella acción estatal que no proporcione a los individuos las condiciones necesarias para dicha autorrealización¹³. En general, en este tipo de cultura de la justificación, los principios de justicia expresan la verdadera voz de la razón

¹² La concepción quizá más completa de esta idea de la razón pública en una cultura «liberal» de la justificación puede encontrarse en Rawls (1996).

¹³ En contraste con la clásica creencia norteamericana en la neutralidad del Estado, la concepción orgánica y perfeccionista de los derechos y del Estado es característica de las sociedades de la Europa continental, especialmente Alemania, véase Cohen Eliya y Porat (2011: 484-485).

pública, puesto que delimitan el ámbito de la acción legítima del Estado, y son los tribunales los que están encargados de determinar su naturaleza y alcance. La legislación democrática es en este tipo de cultura constitucional una forma inferior de derecho, cuya legitimidad depende de su compatibilidad con la definición judicial de los límites de la razón pública.

En contraste con ambos tipos de constitucionalismo, la legalidad como razón pública defiende una cultura «democrática» de la justificación. Este tipo de cultura coincide con el constitucionalismo político en la idea de que la producción del derecho corresponde principalmente al Parlamento y al Gobierno. Al mismo tiempo, comparte con el constitucionalismo jurídico la noción de que el núcleo de la función judicial es proteger los principios fundamentales del orden jurídico expresados en la Constitución. Sin embargo, para la legalidad como razón pública los principios de justicia no tienen el tipo de «contenido establecido» que defienden los liberales y socialdemócratas. Los principios constitucionales son para esta teoría los principios inherentes al orden jurídico entendido como una práctica de deliberación pública. El orden jurídico implica un «cultura de la transparencia» (*ethos of accountability*), donde los que ejercen el poder por medio del derecho se someten a él, asumiéndolo como una restricción (Postema, 2010b: 1857).

Una cultura democrática de la justificación está basada en un ideal sustantivo: el de una ciudadanía activa, dotada de los recursos suficientes para obligar a los poderes públicos a dar cuenta de sus decisiones. Este es un ideal típicamente republicano y democrático, que incide en la aspiración de que los ciudadanos sean los autores del derecho al que están sujetos. Según la legalidad como razón pública, este ideal no puede realizarse plenamente si se confina su realización institucional en los mecanismos de la democracia parlamentaria. Lo cual es especialmente relevante en el contexto del actual Estado regulador o administrativo, en el que el contenido de la legislación depende en gran medida de su interpretación por los órganos administrativos. En una cultura democrática de la justificación, la idea republicana de la libertad como no dominación se realiza por los mecanismos institucionales situados más allá del Parlamento, mecanismos jurisdiccionales y burocráticos de control constitucional que se configuran en lo que podríamos llamar la «segunda parte» de una democracia deliberativa (Pettit, 1997: 183-200; Richardson, 2002: cap. 16; Lafont, 2016: 276-277).

En este sentido, la consideración del control judicial de constitucionalidad como una institución democráticamente ilegítima (salvo por razones contingentes y pragmáticas) pierde de vista su valor intrínseco como complemento necesario del sistema democrático. La capacidad de impugnar las leyes y actos administrativos ante un tribunal con poder de control de constitucionalidad representa un potente mecanismo de empoderamiento cívico frente a

decisiones públicas potencialmente arbitrarias (Raz, 1995: 42-44; Kavanagh, 2003: 483-484). Lejos de significar la desautorización de los ciudadanos en cuestiones de derechos, el control judicial permite a los individuos introducir en el debate público ciertas cuestiones de moralidad política que de otro modo quedarían marginadas o ignoradas, exigiendo ciertos cambios legales que los legisladores no desean o son reticentes a hacer.

Del mismo modo que el derecho a participar en pie de igualdad en las decisiones colectivas expresa un compromiso con la igualdad política, el derecho a impugnar la constitucionalidad de las leyes es la expresión de un compromiso con la libertad entendida como ausencia de dominación (es decir, el ideal de no estar sujeto a leyes que no podamos aceptar razonablemente). Por eso, al margen de su posible justificación por motivos pragmáticos, como instrumento que conduce a una mejor protección de los derechos, el control judicial también puede defenderse *como una cuestión de principio*. Una democracia sin control judicial resulta incompleta. La verdadera inclusión no solo exige la igual participación en la producción de las decisiones públicas, sino también que tales decisiones puedan justificarse de acuerdo con los compromisos últimos de una sociedad libre y democrática.

Dicho en términos de Mattias Kumm, las decisiones de las autoridades públicas deben poder «justificarse en términos de razones públicas, razones que cualquier ciudadano pueda aceptar razonablemente», incluidos los que forman parte de las minorías que no aceptan tales decisiones. El control judicial garantiza que las decisiones respaldadas por la mayoría reciben una justificación que puede ser aceptada razonablemente por todos. Cuando los jueces aplican el análisis de proporcionalidad, lo que hacen es evaluar si la legislación o los actos administrativos pueden justificarse o no en términos de razón pública, tratando así a todo potencial recurrente como un agente moral responsable. De este modo, «incluso aquellos que quedan peor y más fuertemente restringidos por la legislación» pueden considerarse «socios libres e iguales en la empresa común de legislar» (Kumm, 2010a: 168-169).

V. EL ENFOQUE COMMON LAW DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS

En este apartado trataré de mostrar que el tipo de relación entre legisladores y jueces que exige un constitucionalismo democrático genuino no difiere en lo esencial de la relación que han mantenido ambos poderes en los sistemas *common law*. En dichos sistemas jurídicos, los jueces han tenido tradicionalmente autoridad para supervisar la legalidad de las disposiciones de derecho penal y derecho administrativo, garantizando unos principios de

equidad y una serie de derechos «no escritos». De esta forma, mediante las «presunciones *common law*», los jueces podían llamar la atención del legislador y del Gobierno respecto a la importancia de ciertos valores que de otro modo corrían el riesgo de ser ignorados por las leyes o los actos administrativos. Uno de los ejemplos más conocidos fue la presunción de que, en ausencia de una expresa declaración en contrario, el Parlamento no pretendía imponer una responsabilidad criminal retrospectiva (Roach, 2001: 514). No obstante, en Reino Unido y Canadá, a diferencia de Estados Unidos, los jueces nunca han tenido la última palabra sobre la interpretación de las leyes¹⁴. Las decisiones judiciales podían ser corregidas o rechazadas por el Legislativo mediante el ejercicio normal de su actividad normativa en aquellos casos en los que estaba dispuesto a desplazar expresa y claramente las normas producidas por los jueces. Si los jueces aplicaban una «presunción *common law*» de un modo que el legislador consideraba erróneo o inaceptable, la respuesta era simplemente promulgar nueva legislación que desplazara de forma manifiesta la decisión judicial. De este modo, se salvaguardaba el principio de la soberanía parlamentaria¹⁵.

Hoy en día, las modernas presunciones sugieren que, en ausencia de una clara declaración en contra del Legislativo, las leyes deben interpretarse de un modo consistente con las cartas de derechos, el derecho internacional de derechos humanos, el imperio de la ley y otros valores constitucionales. Así se establece en la (todavía vigente) Carta canadiense de 1960 (sección 2), y es el tipo de presunción que subyace al esquema de protección que establece la Carta de 1986 (*the Charter*): el Legislativo y el Gobierno deben tratar de justificar razonablemente las limitaciones que deseen establecer sobre los derechos definidos por los tribunales (sección 1). En Reino Unido, el deber/poder interpretativo que atribuye actualmente la sección 3 de la Ley de Derechos Humanos a los jueces — estableciendo el deber de interpretar las leyes, hasta donde sea posible, conforme a los derechos del Convenio Europeo — representa la continuación de una práctica establecida ya en la cultura jurídica y política británica. No obstante, la mencionada ley refuerza dicha práctica de un modo importante, al obligar a los jueces a superar su habitual sumisión al principio de soberanía parlamentaria.

¹⁴ Lo mismo ocurre en Australia y Nueva Zelanda. El constitucionalismo «fuerte» de Estados Unidos, por su parte, ocupa una posición peculiar dentro de los sistemas del *common law*.

¹⁵ Algunos ejemplos relevantes del enfoque *common law* de protección de derechos pueden encontrarse en la actuación del Tribunal Supremo de Canadá antes de la entrada en vigor de la Carta de 1986 (*the Charter*) (véase Roach, 2001: 254-260) y en la jurisprudencia de la Cámara de los Lores con anterioridad a la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998 (Hunt, 1997: cap. 5).

Este último punto es precisamente el que supone una mayor transformación de la tradición *common law* de cara a un modelo verdaderamente colaborativo de constitucionalismo. En efecto, la visión más extendida de los sistemas jurídicos *common law* es la que incide en su parlamentarismo, es decir, en su respeto incondicional a la supremacía del Legislativo por encima del Poder Judicial. De hecho, el autor más representativo de dicha tradición, Albert V. Dicey, se suele leer como un defensor a ultranza de la soberanía parlamentaria: el Parlamento tiene el poder legal para hacer cualquier ley, de modo que ninguna persona o entidad tiene autoridad para revocar o inaplicar sus leyes. Según esta visión, la obra de Dicey vendría a representar un combate de supremacías en competencia, donde el Legislativo monopoliza la producción del derecho y los jueces monopolizan su interpretación. Bajo este enfoque, Dicey acompañaría a su maestro Austin en la defensa de una doctrina según la cual el Poder Legislativo no está limitado legalmente excepto donde los términos de una constitución escrita lo constriñen: el Parlamento es la única fuente legítima de normas jurídicas (Goldsworthy, 1999: 1-21). En los casos donde surgiera un conflicto entre ambas supremacías, debería imponerse la voluntad del Parlamento. No hay, pues, desde este enfoque, «base legal para la teoría según la cual los jueces, como exponentes de la moralidad, pueden anular leyes del Parlamento» (Dicey, 1982: 19).

Sin embargo, autores como Trevor Allan y Dyzenhaus han ofrecido una lectura diferente de Dicey, según la cual es posible encontrar en la tradición del *common law* un precedente de un tipo de constitucionalismo más colaborativo. Según estos autores, la concepción del imperio de la ley de Dicey contiene una visión de la autoridad legislativa en la que el lenguaje general de las leyes está siempre limitado y conformado en los casos específicos por «el espíritu de la legalidad». Según Dicey, los jueces deben interpretar la legislación de acuerdo con «el espíritu general del *common law*» y, como resultado, deben estar dispuestos a «construir excepciones legales a los principios *common law* de un modo que no se recomendaría [...] a las Cámaras del Parlamento, si las Cámaras fueran llamadas a interpretar sus propias leyes» (Dicey, 1982: 273, 3-4).

Allan, desde la experiencia constitucional británica, utiliza estas afirmaciones de Dicey para argumentar que solo las violaciones más atroces del imperio de la ley requieren una declaración judicial de invalidez; en la mayoría de los casos, los valores constitucionales pueden garantizarse mediante la interpretación judicial de las leyes (Allan, 2001: 202, 210, 214). Al realizar este tipo de interpretaciones, los jueces suelen afirmar que están aplicando la intención del Parlamento, incluso cuando adoptan interpretaciones no literales de las leyes, con objeto de evitar un resultado injusto. Aun así, Allan insiste en que esta deferencia a la intención del Legislativo no debería oscurecer el hecho de que los jueces aplican normas constitucionales que tienen un estatus

supremo independiente de la voluntad legislativa, y que el legislador no podría violar estas normas incluso aunque expresara claramente su intención de hacerlo. Sin embargo, esta conclusión de Allan parece ir más allá de lo que permite enunciar la tradición *common law*. Una cosa es decir, como hace Dicey, que los jueces pueden interpretar restrictivamente las leyes, a pesar de la intención en contra del Legislativo, con objeto de proteger ciertos principios *common law*, y otra muy distinta es afirmar, como hace Allan, que tales principios fundamentales imponen restricciones legales a la competencia legislativa del Parlamento (Walters, 2003: 73-74). Esta última afirmación parece implicar necesariamente la supremacía de los jueces y, por ello mismo, no es compatible con la tradición *common law*.

Dyzenhaus, en cambio, reconoce en la obra de Dicey una mezcla, radicalmente inestable, del positivismo jurídico heredado de Austin y Bentham y el «antipositivismo judicial» procedente de la tradición del *common law* (Dyzenhaus, 2006: 71). Austin habría iniciado esa tensión al aceptar, junto con el principio de soberanía parlamentaria, la conveniencia de una élite judicial que controlase los posibles desmanes de la mayoría. En contra de Bentham, Austin pensó que su teoría positivista podía incluir un tipo de interpretación judicial que fuese más allá de la mera aplicación del contenido factualmente determinable de las leyes, pero siempre que dicha interpretación no se concibiera como determinada por el derecho existente, sino como una producción cuasi legislativa de nuevas normas jurídicas. Para él, la concepción positivista quedaba a salvo siempre que no se permitiese a los jueces concebir su producción normativa bajo la «ficción infantil» de la tradición *common law* según la cual las decisiones judiciales siempre están determinadas por el derecho existente.

Dicey, sin embargo, pretendió combinar la supremacía legislativa con una concepción de la interpretación judicial en la que los jueces se apoyan legítimamente en los valores del *common law* para interpretar la legislación conforme al «espíritu de la legalidad». Al dar este paso, abandonó la idea de que los jueces tienen un papel cuasi legislativo en un sistema jurídico *common law*. Al contrario, Dicey creyó que, cuando los jueces interpretaban las leyes a la luz de los principios *common law*, estaban meramente aplicando el derecho (los valores del *common law*). Es decir, que los jueces estaban legitimados para interpretar las leyes conforme a los principios *common law*, a no ser que el legislador expresara claramente su intención de actuar de otro modo. La capacidad del Parlamento para revocar las decisiones judiciales permitía al Legislativo atender a las necesidades del momento, incluso a costa de los principios básicos. Pero al actuar así, el Parlamento no destruía o borraba para siempre el principio protegido por el *common law*. Al contrario, tal principio perduraba como parte del esquema más general de valores o principios que configuraban el derecho común.

No obstante, lo cierto es que Dicey todavía entiende el Legislativo como la autoridad suprema que monopoliza la producción del derecho. Lo cual colisiona de un modo irresoluble con su concepción de la interpretación judicial. Según Dyzenhaus, esta tensión sería similar a la que viven los jueces que, operando en sistemas jurídicos del *common law*, mantienen una actitud sumisa respecto a la voluntad del Legislativo, subordinando sus interpretaciones a los hechos sobre las intenciones del legislador (Dyzenhaus, 2010: 203). Esta actitud es precisamente la que trata de erradicar un modelo colaborativo de constitucionalismo. Como veremos en el siguiente apartado, la colaboración institucional supone el abandono de una visión rígida de la separación de poderes, y su sustitución por una concepción en la que las ramas del Gobierno juegan papeles distintos y complementarios en una misma empresa colaborativa. Al cumplir con su papel institucional, el Legislativo debe producir leyes que traten de alcanzar sus objetivos particulares a la luz de este proyecto jurídico más amplio.

VI. EL IMPERIO DE LA LEY COMO EMPRESA COLABORATIVA

En este último apartado me propongo describir cuáles deberían ser, según la teoría de la legalidad como razón pública, los papeles respectivos de los legisladores y de los jueces en un modelo colaborativo de justicia constitucional. En orden a facilitar dicha colaboración, la legalidad como razón pública rechaza una rígida división de poderes; por el contrario, defiende la interdependencia de los tres poderes del Estado como socios de una misma empresa colaborativa¹⁶. El desarrollo conceptual de semejante interdependencia está recogido en las ideas sobre el papel del Poder Judicial desarrolladas por la «Escuela del proceso jurídico», en especial por Alexander Bickel y Lon Fuller. Esta escuela de pensamiento jurídico se ocupó de estudiar «la función institucional que corresponde al modo judicial de resolver disputas» dentro del marco constitucional (Roux, 2013: 59)¹⁷. En esta tradición destaca, en

¹⁶ En este sentido, la legalidad como razón pública asume *la tesis de la fidelidad* de Gerald Postema, según la cual «someterse al imperio de la ley es someterse a un sistema de recíproca rendición de cuentas», un sistema que implica a cada uno de los miembros de la comunidad «debido al hecho de que el bien de un sólido imperio de la ley es esencialmente un bien *público* cuyos beneficios solo pueden ser alcanzados mediante cooperación. El mantenimiento del gobierno del derecho es una empresa cooperativa; los esfuerzos de uno pueden contribuir a la empresa, pero su éxito dependerá también de los esfuerzos cooperativos dispuestos por los demás» (Postema, 2014: 9, 12, énfasis en el original).

¹⁷ No obstante, cabría distinguir dos etapas en esta escuela de pensamiento. En los escritos de Henry Hart y Albert Sacks de finales de los años cincuenta, la tradición del

primer lugar, Bickel, el autor que formuló más claramente la objeción antimayoritaria contra el constitucionalismo norteamericano (de supremacía judicial), y a quien se deben las ideas clave para su superación.

Según Bickel, para definir adecuadamente el papel de los tribunales en una democracia, «se debe buscar una función [...] que difiera de las funciones legislativa y ejecutiva; que se corresponda en particular con las capacidades de los tribunales; que no haya probabilidad de que se realice si estos no la asumen». Para Bickel, la única supervisión judicial legítima es aquella «cuyo ejercicio no rebaja la calidad del desempeño de otros departamentos despojándoles de la dignidad y la carga de sus propias responsabilidades». De donde se deduce un tipo de constitucionalismo que, si bien considera a los tribunales como el foro idóneo para controlar las leyes y la acción gubernamental a partir de los principios y valores fundamentales de la sociedad, no deja de reconocer, al mismo tiempo, que la supervisión judicial ha de lograr «algún grado de consonancia» con la idea «por la que viven las democracias»: la idea, «central en el proceso de obtener el consentimiento de los gobernados, de que la mayoría tiene el poder último» (Bickel, 1986: 24, 27).

Bickel solo reconoce una separación «parcial» de las funciones legislativa y judicial, que «no pueden ni necesitan compartimentarse rígidamente». Para Bickel, el imperio de la ley significa, en su esencia, que las leyes y los actos administrativos deben perseguir el interés general y la satisfacción de las necesidades materiales en cada momento histórico teniendo en cuenta su influencia en los valores que la sociedad considera como sus intereses más generales y permanentes (*the enduring values*). La realización y el mantenimiento de estos valores no es función exclusiva de los jueces, sino un proyecto común de los tres poderes del Estado. Aunque se trata de instituciones separadas, la efectividad del conjunto exige un cierto grado de superposición e intercambio. La presión por tener resultados inmediatos con frecuencia lleva a los legisladores a preferir la conveniencia política a la visión a largo plazo. Los tribunales de justicia, en cambio, tienen una posición «completamente al margen de la lucha inmediata de intereses»; tienen «el tiempo, la preparación y el aislamiento» necesarios para definir los valores perdurables de la sociedad. Por este motivo, están mejor dotados para «el establecimiento y la renovación creativas

proceso jurídico se asocia con una concepción positivista del derecho, así como con una simple y clara separación de poderes entre jueces y legisladores. En los años sesenta y setenta, sin embargo, tanto Bickel como Fuller conciben una interacción de los poderes públicos que rechaza los elementos positivistas de la tradición del proceso jurídico, y donde los tribunales tienen un papel importante y específico en el gobierno democrático, véase Roach (2007: 453).

de un cuerpo coherente de principios» independiente de la voluntad mayoritaria, según las restricciones de la razón. Además, la forma que tienen los tribunales de producir derecho en el contexto del caso concreto, mediante un proceso que «evalúa según crea» (*tests as it creates*), supone «un saludable terreno de experimentación para todas las abstracciones» de la empresa legislativa (Bickel, 1986: 24-26, 115, 261).

Bajo este enfoque, Bickel cree que los tribunales deben colaborar con las otras ramas del Gobierno encontrando formas para no decidir cuestiones constitucionales particularmente controvertidas. Desde la experiencia constitucional de Estados Unidos, Bickel identifica y subraya los diversos modos en que el Tribunal Supremo obliga a los legisladores a volver a pensar sus medidas políticas, sin prohibirlas absolutamente. En general, tales técnicas, a las que denomina «virtudes pasivas» o «técnicas para provocar respuestas» (*techniques for eliciting answers*), permiten al Tribunal no tomar ninguna decisión concreta (*stays its hands*) respecto a la disposición legal o acto ejecutivo en cuestión, dejando así el camino relativamente libre al proceso político. En otras ocasiones, los tribunales pueden anular o inaplicar una disposición jurídica por razón de vaguedad o porque implica una delegación inapropiada, permitiendo al Legislativo la oportunidad de dejar clara su intención explícita de limitar algún principio constitucional (Bickel, 1986: 70, 158-181).

Con este tipo de técnicas, los tribunales entran en un «*coloquio socrático* con las demás instituciones del Gobierno y con la sociedad en su conjunto» respecto a la necesidad de un proyecto legislativo, dejando que la cuestión de principio quede «en suspenso y en fase de maduración». Su función específica es forzar al Legislativo a introducir, o a ponderar mejor, en el debate político la cuestión relativa a los principios, obligando a madurar aquellas disposiciones legislativas que consideran más controvertidas desde este punto de vista. Las virtudes pasivas «permiten un margen a la conveniencia política sin abandonar los principios», haciendo así posible «un gobierno basado en principios» (Bickel, 1986: 70-71). Esta forma de entender la colaboración entre los tribunales y el Legislativo nos indica que Bickel no cree que se trate de un diálogo entre iguales, un intercambio donde ambas partes tienen el mismo derecho a actuar según su propia interpretación de la Constitución. La aparente inconsistencia de semejante posición con el principio democrático es el ejemplo más expresivo del terreno intermedio que desea ocupar Bickel (y en su senda, la concepción que aquí se defiende): se otorga a los jueces un papel fuerte en el desarrollo y la protección de los principios fundamentales frente a la opinión mayoritaria, pero se invita a los jueces a que provoquen a los legisladores para que sean ellos mismos los que atiendan y protejan *motu proprio* los principios, sin necesidad de ser obligados a hacerlo.

A mi juicio, las virtudes pasivas vienen a ser la doctrina de la «deferencia debida» de Bickel, es decir, la doctrina sobre cómo los jueces han de gestionar su relación con las otras ramas del Gobierno, teniendo en cuenta los límites de su propia función y competencia dentro del marco constitucional. Así, en la teoría de Bickel, las virtudes pasivas hacen referencia al «área de elección que corresponde al tribunal a la hora de decidir si, cuándo y hasta qué punto adjudicar» (Bickel, 1986: 197). No se trata, por tanto, de una deferencia como sumisión o abdicación, sino como respeto a la autonomía de las ramas políticas. Bickel considera el control de constitucionalidad (esto es, la evolución y defensa de los principios fundamentales) «como una *función política*, es más, como parte de una empresa política colaborativa con las otras ramas del Gobierno» (Hickman, 2010: 73, énfasis añadido). Las virtudes pasivas no son medios para mantener separados el derecho y la política, o para abdicar en el juicio de otros, sino el recurso por el que los tribunales interactúan con los legisladores. Mediante su uso, el Legislativo se ve obligado a tomar los principios en serio, haciendo que estos «evolucionen conversacionalmente y no se perfeccionen unilateralmente» (Bickel, 1986: 244).

La teoría de la adjudicación de Bickel contiene, como he tratado de mostrar, las ideas centrales de un modelo colaborativo de constitucionalismo. Pero esta teoría, a su vez, puede enmarcarse en una concepción más amplia, que abarca igualmente una definición de la naturaleza del derecho, así como una visión del papel que han de jugar el Legislativo y el Gobierno en la construcción y mantenimiento del imperio de la ley. Para la teoría de la legalidad como razón pública, esta concepción más amplia se encuentra en la obra de Fuller. La interacción entre los tribunales y las demás ramas del Gobierno, así como entre los individuos y los tribunales, está implícita en la concepción de Fuller del derecho como una empresa colaborativa colectiva.

En su polémica con Herbert Hart, Fuller argumentó que sus críticos positivistas tenían una concepción errónea de la naturaleza del derecho, por cuanto que concebían el fenómeno jurídico a través de un «modelo gerencial» (*managerial model*) en el que las normas jurídicas aparecían como una «proyección unilateral de la autoridad que procede del Estado y que se impone sobre los ciudadanos». Frente a esta visión, Fuller afirmó que la idea misma de un sistema jurídico en funcionamiento traía consigo, al menos en parte, la de una empresa cooperativa entre el legislador y los ciudadanos, es decir, «la existencia de una reciprocidad relativamente estable de expectativas entre el legislador y el destinatario de la ley» (Fuller, 1969: 209).

La perspectiva gerencial, que Fuller atribuyó a sus críticos positivistas, no tiene en cuenta los elementos de interacción y reciprocidad entre el legislador y los ciudadanos. Los procedimientos se dirigen únicamente a los funcionarios y jueces que tienen que determinar, aplicar y hacer cumplir la ley (Dyzenhaus,

1996: 171). Solo después de que estos hayan determinado el contenido del derecho, entran en escena los sujetos jurídicos, pero no como autores, sino como meros destinatarios de las normas jurídicas. La comunicación del derecho consiste en transmitir un contenido previamente establecido y amenazar con sanciones si no se cumple. Por el contrario, desde la perspectiva interactiva que defiende Fuller, el imperio de la ley no se vincula con la eficiencia de la acción gubernamental, sino con la protección de los ciudadanos. Lo cual nos permite afirmar una conexión necesaria entre la moralidad interna del derecho y la justicia sustantiva, por cuanto que el imperio de la ley trae consigo la realización de los valores de reciprocidad, equidad y respeto a las personas¹⁸.

Bajo este mismo enfoque, la teoría de la legalidad como razón pública reconoce el importante papel que tienen los jueces en la resolución de las cuestiones sustantivas sobre derechos, al tiempo que enfatiza la interdependencia entre los tribunales y las ramas políticas del Gobierno. De este modo, defiende un tipo de justicia constitucional que pretende ocupar un terreno intermedio entre el constitucionalismo de supremacía judicial y el control judicial «débil» del constitucionalismo político. En este terreno intermedio, los jueces retienen un importante papel en el proceso de determinación del derecho, pero un papel que les convierte solo en una parte de dicho proceso. Lo cual significa, como ha señalado Dyzenhaus, que «los jueces no deben ver al legislativo y la Administración como enemigos del derecho, sino como colaboradores en la determinación de lo que el derecho es» (Dyzenhaus, 1996: 177). Ninguna institución del sistema jurídico tiene el monopolio sobre la mejor interpretación de los requerimientos constitucionales. Los tribunales deben deferir a la interpretación de la Constitución por parte del Parlamento y el Gobierno, siempre que estos ofrezcan una justificación razonable de sus interpretaciones y los tribunales no tengan fuertes razones para pensar que pueden proteger mejor los derechos.

VII. CONCLUSIONES

En este trabajo he tratado de articular las claves teóricas de un modelo de constitucionalismo basado en la interdependencia y la colaboración de todos los poderes públicos. En primer lugar, he presentado una concepción «circular» del

¹⁸ «La idea del imperio de la ley se basa en la noción de que una cierta calidad en la interacción del gobernante y los gobernados, que conlleva reciprocidad y equidad procedimental, es valiosa por sí misma; no es meramente un medio para otros fines sociales, y no puede sacrificarse a la ligera en beneficio de esos otros fines», Finnis (1980: 273-274).

derecho en la que la autoridad constitucional no radica en un ámbito estrictamente «político», sino en los valores normativos situados dentro del propio orden jurídico. En segundo lugar, he ofrecido una teoría constitucional en la que la legalidad aparece como una disciplina de razonamiento práctico a la que deben estar sujetos todos los poderes públicos en su toma de decisiones; en dicha teoría, el control judicial de constitucionalidad representa el último mecanismo que tienen los ciudadanos para exigir la justificación adecuada de las decisiones públicas que afectan a sus derechos. Se trata, pues, de una teoría constitucional «híbrida»: subraya, por una parte, el carácter jurídico de la Constitución, pero, por otra, legitima el control judicial de constitucionalidad de las leyes a partir del principio de igualdad política. En tercer lugar, he tratado de mostrar que el enfoque colaborativo está embrionariamente en el modo de protección de los derechos típico de los sistemas *common law*, discutiendo para ello la visión exclusivamente «parlamentarista» que suele ofrecerse de Albert V. Dicey. Por último, he desarrollado algunas de las ideas principales de Alexander Bickel y Lon Fuller, con objeto de avanzar en la descripción del papel que han de desempeñar los jueces en un Estado constitucional. En definitiva, las distintas aportaciones de este trabajo concluyen en un modelo constitucional en el que ninguna de las instituciones tiene la supremacía en la determinación de los derechos fundamentales. Según esta concepción, el mantenimiento del imperio de la ley (incluyendo la protección de los derechos y libertades) debe considerarse como un proyecto común en el que están comprometidos todos los poderes públicos; por tanto, aunque es función de los jueces vigilar que los poderes políticos cumplen su papel cooperativo, deben hacerlo siempre siendo conscientes de que la determinación del significado y los límites de los derechos humanos corresponde principalmente a los poderes electoralmente responsables.

Bibliografía

- Aguiló, J. (2007). Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución. En J. Aguiló *et al.* *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (pp. 21-62). Madrid: Iustel.
- Allan, T. (2001). *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bayón, J. C. (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Betegón Carrillo *et al.* (eds.). *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67-138). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bellamy, R. (2007). *Political Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511490187>.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Campbell, T. (2011). Parliamentary Review with a Democratic Charter of Rights. En T. Campbell *et al.* (eds.). *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays* (pp. 453-471). Oxford:

- Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof-oso/9780199606078.003.0022>.
- Choudhry, S. (2006). So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1. *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, 34, 501-535.
- Cohen, J. (2004). Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For? *Journal of Political Philosophy*, 12 (2), 190-213. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2004.00197.x>.
- Cohen-Eliya, M. y Porat, I. (2011). Proportionality and the Culture of Justification. *The American Journal of Comparative Law*, 59, 463-490. Disponible en: <https://doi.org/10.5131/AJCL.2010.0018>.
- Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press.
- (1986). *Law's Empire*. London: Fontana Press.
- (1997). *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Dyzenhaus, D. (1996). The legitimacy of legality. *University of Toronto Law Journal*, 46, 129-180. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/825889>.
- (2006). *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2010). *Hard Cases in Wicked Legal Systems. Pathologies of Legality*. Oxford: Oxford University Press.
- (2015). What is a Democratic Culture of Justification? En M. Hunt *et al.* (eds.). *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit* (pp. 425-445). Oxford: Hart.
- (2016). The Idea of a Constitution. A Plea for Staatsrechtslehre. En D. Dyzenhaus y M. Thorburn (eds.). *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (pp. 9-32). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof-oso/9780198754527.003.0002>.
- Ferreres, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Fredman, S. (2015). From Dialogue to Deliberation: Human Rights Adjudication and Prisoners' Rights to Vote. En M. Hunt *et al.* (eds.). *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit* (pp. 447-468). Oxford: Hart.
- Fuller, L. (1969). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Gardbaum, S. (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Goldsworthy, J. (1999). *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. (1994). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hickman, T. (2010). *Public Law After the Human Rights Act*. Oxford: Hart Publishing.

- Hunt, M. (1997). *Using Human Rights Law in English Courts*. Oxford: Hart Publishing.
- (2003) Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of «Due Deference». En N. Bamforth y P. Leyland (eds.). *Public Law in a Multi-layered Constitution* (pp. 337-370). Oxford: Hart Publishing.
- (2015). Introduction. En M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.). *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit* (pp. 1-25). Oxford: Hart Publishing.
- Kavanagh, A. (2003). Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron. *Law and Philosophy*, 22, 451-486.
- (2009). *Constitutional Review under the UK Human Right Act*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kumm, M. (2010a). The Idea of Socratic Contestation and the Right of Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. *Law & Ethics of Human Rights*, 4 (2), 141-175.
- (2010b). The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia. En P. Dobner y M. Loughlin (eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* (pp. 201-219). Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199585007.001.0001>.
- Lafont, C. (2016). Philosophical Foundations of Judicial Review. En D. Dyzenhaus y M. Thorburn (eds.). *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (pp. 265-280). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198754527.003.0014>.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Pettit, P. (1997). *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- Postema, G. (2010a). Positivism and the Separation of Realists from their Scepticism. En P. Cane (ed.). *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (pp. 259- 279). Oxford: Hart Publishing.
- (2010b). Law's Ethos: Reflections on a Public Practice of Illegality. *Boston University Law Review*, 90, 1847-1868.
- (2014). El dominio del derecho. Recíproca rendición de cuentas e imperio de la ley (trad. J. M. Sauca). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, 4-15.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Rawls, J. (1996). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Raz, J. (1995). *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford. Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198260691.001.0001>.
- (1998). On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries. En L. Alexander (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (pp. 152-193). New York: Cambridge University Press.
- Richardson, H. S. (2002). *Democratic Autonomy: Public Reasoning about the Ends of Policy*. New York: Oxford University Press.
- Roach, K. (2001). *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law.

- (2007). Dialogic Judicial Review and Its Critics. En D. Dyzenhaus *et al.* (eds.), *Law and Morality* (pp. 589-644). Toronto: University of Toronto Press.
- Roux, T. (2013). *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139005081>.
- Ruiz Manero, J. (2007). Una tipología de las normas constitucionales. En J. Aguiló *et al.* *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (pp. 63-112). Madrid: Iustel.
- Tomkins, A. (2005). *Our Republican Constitution*. Oxford: Hart Publishing.
- Troper, M. (1999). La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución (trad. J. Ruiz Manero). *Doxa*, 22, 331-347. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.15>.
- Tushnet, M. (1995). Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty. *Michigan Law Review*, 94, 245-301. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1289839>.
- (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.
- (2003). New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights and Democracy-Based Worries. *Wake Forest Law Review*, 38, 813-838.
- (2008). *Weak-Courts, Strong-Reasons*. Princeton: Princeton University Press.
- Waldron, J. (1993). A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1), 18-51. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/13.1.18>.
- (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 115, 1346-1406. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/20455656>.
- (2009). Who Needs Rules of Recognition? *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, New York University School of Law, 1-27. Disponible en: <https://bit.ly/2R-0tOMx>.
- Walters, M. (2003). Common Law, Reason, and Sovereign Will. *Toronto Law Journal*, 53, 65-88. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3650887>.
- (2016). The Unwritten Constitution as a Legal Concept. En D. Dyzenhaus y M. Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (pp. 33-52). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198754527.001.0001>.
- Young, A. (2009). In Defence of Due Deference. *Modern Law Review*, 72 (4), 554-570. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2009.00757.x>.