



Rodolfo Vázquez
Alfonso Ruiz Miguel
Josep M^a Vilajosana Rubio

Democracia, religión y Constitución



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia

Democracia, religión y Constitución

Rodolfo Vázquez
Alfonso Ruiz Miguel
Josep M^a. Vilajosana Rubio

Democracia, religión y Constitución



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2010 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Rodolfo Vázquez, Alfonso Ruiz Miguel, Josep M^a Vilajosana Rubio

I.S.B.N. : 978-84-614-2099-5

Depósito Legal: M-30288-2010

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

LAICIDAD, RELIGIÓN Y DELIBERACIÓN PÚBLICA (*Rodolfo Vázquez*) 13

Introducción 13

¿Qué es la laicidad? 22

Religión y deliberación pública 28

Conclusión 45

LA LAICIDAD Y EL ETERNO RETORNO DE LA RELIGIÓN (*Alfonso Ruiz Miguel*) 47

1. Introducción 47

2. Rawls y sus críticos 52

3. De Rawls a Dworkin 69

4. Neutralidad, imparcialidad y
aplicaciones concretas 79

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA. La inde- pendencia judicial y el argu- mento contramayoritario (<i>Rodolfo Vázquez</i>)	91
1.1. Independencia judicial y legitimidad política de la actuación judicial	99
1.2. La dificultad «contra- mayoritaria» y el control judicial de constitucionalidad	108
DE LO POSIBLE A LO DESEABLE. Las circunstancias de la jurisdicción y de la política en democracia (<i>Josep María Vilajosana Rubio</i>)	139
Introducción	139
1. Cuestiones metodológicas	144
1.1. La realidad y los ideales	144
1.2. El estatus de una teoría normativa	147
1.3. El ámbito de lo posible	154

2. Las circunstancias de la jurisdicción	156
2.1. Los límites que plantea el lenguaje natural	157
2.2. Los límites que plantea la concepción sistémica del sistema jurídico	161
2.3. Los límites que plantean los componentes morales del sistema jurídico	164
2.3.1. Conceptos esen- cialmente contro- vertidos	165
2.3.2. Los principios jurídicos	167
2.4. Relevancia de estos límites...	171
2.4.1. La legitimidad del Parlamento	171
2.4.2. El argumento del precompromiso	175
2.4.3. ¿Se puede decidir tener o no una política activista?	177

3. Las circunstancias de la política	179
3.1. Pluralismo y desacuerdos....	180
3.2. La decisión común y el valor del texto	183
3.2.1. Límites del procedimiento democrático ..	185
3.2.2. Los titulares del derecho a participar ..	187
3.3. Pluralismo, procedimientos y legitimidad	189
3.4. Problemas de determinación ...	192
4. El valor de la democracia	195
4.1. El ideal de la deliberación	196
4.2. El supuesto valor epistémico de la democracia	200
4.2.1. Valor instrumental y valor epistémico ...	203
4.2.2. Imparcialidad y reflexión individual ...	205

4.2.3. El establecimiento de la agenda política ...	206
4.3. A vueltas con los ideales y la realidad	208
4.4. Realismo e independencia judicial	212
A modo de conclusión	217
BIBLIOGRAFÍA	221

LAICIDAD, RELIGIÓN Y DELIBERACIÓN PÚBLICA

Rodolfo VÁZQUEZ

El espíritu laico no es en sí mismo una nueva cultura, sino la condición de convivencia de todas las posibles culturas.

Norberto Bobbio

Introducción

En el año 2000 daba inicio en México el llamado «sexenio del cambio democrático». Ello representaba la derrota del partido hegemónico en el poder durante setenta años y el estreno de un gobierno de derecha. Quizás alertando lo que podría significar este tipo de gobierno, en alianza tácita con la iglesia católica -digo tácita porque en México se reconoce jurídicamente la separación de las iglesias y el Estado-¹ y anticipando las posibles consecuencias en materia civil y educativa, se comenzó a enfatizar a través de los medios y de la comunidad intelectual la importancia de la laicidad y de algunos valores y principios afines: la tolerancia, la pluralidad, la separación entre lo público y lo priva-

¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 130, totalmente reformado, Diario Oficial de la Federación, 28 de enero de 1992.

do, la libertad religiosa y el proceso de secularización.²

Tal énfasis resultaba especialmente importante en un fin de siglo y el inicio del siguiente, en lo que se advertía sobre el hecho de un cuestionamiento creciente de la laicidad:

Desde hace algunas décadas, decía el sociólogo Roberto Blancarte, es notorio el proceso de recuperación de espacios públicos por parte de las religiones y no sólo en las áreas de mayor presencia católica; lo vemos en el Islam, en el hinduismo y en los diversos cristianismos. La crisis de la utopía de la modernidad, la incapacidad de ésta para dar respuesta a todos los problemas sociales y de sentido de los individuos, la ausencia de una legitimidad de muchas instituciones políticas, ha conducido a un nuevo planteamiento del papel de las religiones y de las instituciones eclesiales en la actualidad.³

² Véase Rodolfo Vázquez (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, Coyoacán, México, 2007. En esta compilación colaboran Roberto Blancarte, Carlos Pereda, Corina Yturbe, Alberto Sauret, Gilberto Guevara Niebla, Marta Lamas, Luis Salazar Carrión, Alfonso Ruiz Miguel, José Woldenberg, Pedro Salazar Ugarte, Francesco Rimoli y Miguel Carbonell.

³ Roberto Blancarte (comp.), *Laicidad y valores en un Estado democrático*, El Colegio de México y Secretaría de Gobernación, México, 2000, pág. 9. En este libro se recogen los trabajos de Miguel Limón Rojas, Pablo

La apreciación de Blancarte era correcta para el caso de México. Los seis años del gobierno foxista y el tiempo que lleva el actual presidente Felipe Calderón han sido una confirmación de lo que podríamos llamar un reposicionamiento de la religión y un debilitamiento de la laicidad.⁴ Menciono algunos ejemplos.

No hace mucho se abrió el debate en México en torno al tema de la laicidad educativa en las escuelas públicas. Se argumentó, entonces, nada menos que por el Ombudsman nacional, que la prohibición de la enseñanza religiosa en las escuelas era una forma de discriminación negativa hacia aquellos padres de familia que sin tener recursos suficientes para enviar a sus hijos a escuelas privadas confesionales, debían enviarlos, contra sus convicciones, a escuelas públicas laicas.⁵ En el mismo sentido, para el actual

Latapí Sarre, Juan Guillermo Figueroa y Yuriria A. Rodríguez Martínez, Manuel Ceballos, Jean Meyer, Diódoro Carrasco Altamirano y del propio Roberto Blancarte, con una presentación de Andrés Lira.

⁴ El carácter laico del Estado mexicano se reconoce en una ley secundaria, la *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público*, Diario Oficial de la Federación, 15 de julio de 1992.

⁵ Véase una crítica a la posición del Ombudsman nacional, José Luis Soberanes, en Jorge Volpi, «Soldados de Cristo», *Proceso*, No. 1484, 10 de abril de 2005, pág. 54.

presidente del Episcopado mexicano, las leyes mexicanas deben garantizar la libertad religiosa, que es mucho más amplia en su contenido que la libertad de creencia y culto. Hacer valer la libertad religiosa es hacer valer el derecho de los padres de familia a que sus hijos sean educados conforme a su fe y el Estado debe implementar las condiciones y los recursos para que tal libertad religiosa no se vea limitada.⁶ No está demás considerar la advertencia de Claudio Magris con respecto a las consecuencias que se podrían seguir de este argumento:

En nombre del deseo de los padres de hacer estudiar a sus hijos en escuelas que se funden en principios (religiosos, políticos o morales), surgirían escuelas inspiradas en los diversos harapos ocultistas de cada vez mayor difusión, en conventículos estrafalarios e ideologías de todo género. Hay ciertamente padres racistas nazis, estalinistas deseosos de educar a sus hijos (a nuestras expensas) en el culto de su Moloch; padres que pedirían escuelas en las que sus pimpollos no se sienten junto a condiscípulos meridionales. Nacerían probablemente escuelas satanistas, otras prestas a llamar como ‘expertos’ a cartománticos y magos y así sucesivamente⁷

⁶ Véase la entrevista de Rodrigo Vera al presidente del Episcopado mexicano, Carlos Aguiar Retes, en *Proceso*, No. 1574, 31 de diciembre de 2006, pág. 13 ss.

Por supuesto, no es objeto de debate el hecho de que en materias como Historia y Educación Cívica se explique el fenómeno religioso y se enseñe una historia comparada de las religiones. Pero la pretensión del prelado va más lejos en el sentido de incluir la enseñanza de una religión como parte del currículum escolar y financiarla por el Estado. A esta pretensión se añaden otras demandas: el voto pasivo de los ministros de culto; el derecho a expresar sus opiniones en materia política y a asociarse con fines políticos; que las asociaciones religiosas posean medios de comunicación masivos; y que las iglesias reciban subsidios públicos mediante la recaudación de un impuesto especial que recogería y distribuiría el Estado. Al comentar estas demandas, un católico como Pablo Latapí considera que:

[...] se habla de un ‘Estado confesional’ que vendría en sustitución del ‘Estado laico’. [...] A los católicos que vamos depurando nuestra idea de la Iglesia en la dirección contraria –como una comunidad de fieles en la fe cuya seguridad no estriba en el poder temporal, sino en la confianza en Dios, como aparece en el Evangelio- nos chocan profun-

⁷ Citado por Alfonso Ruiz Miguel, «Laicidad, laicismo, relativismo y democracia», en Rodolfo Vázquez (coord.), *op. cit.*, pág. 165, n. 7.

damente estas demandas de la jerarquía eclesiástica.⁸

El tema de la «píldora del día siguiente» es hasta hoy, pese a su no muy lejana autorización, un debate inconcluso que no sólo abanderara la iglesia católica argumentando sus presuntas consecuencias abortivas, sino que a esta cruzada se sumó el secretario de Gobernación en turno y un sinnúmero de asociaciones de padres de familia. Que estas asociaciones y la iglesia católica –y otras iglesias– expresen libremente su opinión es parte del juego democrático en una sociedad plural, pero que el Estado asuma un papel promotor y protagónico en temas que deberían terminar resolviéndose en la conciencia privada de cada mujer, es otro asunto.⁹

En el debate sobre el tema de la clonación terapéutica y la posibilidad de investigación

⁸ Pablo Latapí, *Andante con brío*, FCE, México, 2008, págs. 37-38. Varios líderes religiosos manifestaron su desacuerdo con las pretensiones de la Iglesia Católica. El obispo primado de la Iglesia Anglicana en México, Carlos Touché, dijo desconocer si «detrás hay un intento de los obispos católicos por recuperar el poder y la influencia que tuvieron en el pasado, lo cual significaría un retroceso». *Milenio*, 20 de marzo de 2008, Política, pág. 13.

⁹ Véase Roberto Blancarte, «Es abortiva la anticoncepción de emergencia?», en *Sexo, religión y democracia*, Planeta, México, 2008, pág. 179 ss.

de embriones humanos, algunos dirigentes de la Conferencia del Episcopado Mexicano manifestaron su preocupación sobre el voto de México en las Naciones Unidas a través de un desplegado en los periódicos publicado en octubre de 2004. Lo que llama la atención de este pronunciamiento, en palabras de Roberto Blancarte, es que «No era usual que los obispos expresaran sus puntos de vista sobre temas controvertidos de políticas públicas de manera abierta»; y agrega: «Ellos, a partir de consideraciones de valor y de una cierta idea de la vida, pretendían ponerle un freno a cierto tipo de investigaciones. Poco importaba si con ello se coartaba la posible curación de muchos males que aquejan a la humanidad, como la diabetes, el cáncer o el Alzheimer.»¹⁰ Finalmente, pese a sendos comunicados enviados por asociaciones civiles, entre ellas por el Colegio de Bioética, a la Secretaría de Salud y de Relaciones Exteriores, México decide cambiar su intención de voto inicialmente permisiva, por una prohibitiva.

El 28 de agosto de 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en sesión plenaria por 8 votos contra 3 validar constitucionalmente las reformas legales promovidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Fe-

¹⁰ *Ibid.*, «Iglesia, clonación y democracia», pág. 135 ss.

deral mediante las cuales se despenaliza el aborto en las primeras 12 semanas de embarazo. Sin duda es una decisión de gran relevancia social y, por supuesto, progresista en el concierto de nuestros países latinoamericanos. Lo que me interesa destacar para los propósitos de este ensayo es que los órganos que interpusieron las acciones de inconstitucionalidad en contra de tales reformas fueron la Comisión Nacional de Derechos Humanos a través de su Ombudsman con alegatos claramente metafísicos y religiosos; y la Procuraduría General de la República, órgano del poder ejecutivo federal.

En junio de 2009, el presidente de la República, Felipe Calderón, afirmó categóricamente –con ocasión de la muerte de un cantante pop, que el mismo presidente atribuyó precipitadamente al consumo de fármacos– que la raíz de nuestros males se debe a que nuestra juventud padece de un desconocimiento de dios: «Una juventud, cito textual, que por sus condiciones sociales, familiares, educativas, por falta de oportunidades, tienen pocos asideros trascendentes, tienen poco que creer, no creen en la familia, que tuvieron; no creen en la economía o en la escuela, no creen en Dios porque no lo conocen.»¹¹

¹¹ Véase la crítica de Jesús Silva-Herzog Márquez, «Calderón contra el abismo ateo», en *Reforma*, 29 de junio de 2009.

Y podríamos continuar con los ejemplos señalando la complicidad del gobierno con la jerarquía eclesiástica en los casos de sacerdotes pederastas; o las «macrolimosnas» otorgadas a la iglesia católica por un gobernador estatal en franca violación a la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público; o la más reciente y férrea oposición del gobierno federal y las iglesias para legalizar la unión de dos personas del mismo sexo alegando acciones *contra natura*.

Por desgracia las acciones y actitudes dogmáticas han mostrado la peor cara de las religiones y de las instituciones. No es extraño que esta situación haya provocado una polarización de las críticas y éstas se hayan deslizado hacia formas de «laicismo», que no de laicidad. Norberto Bobbio caracteriza al «laicismo» por su tono beligerante, por un «lenguaje insolente, de rancio anticlericalismo, irreverente y, para decirlo en una palabra, nada laico, emotivo y visceral, que no se expresa con argumentos y, por lo tanto, parece querer rechazar cualquier forma de diálogo...», es decir, aquel laicismo que necesita «armarse y organizarse» degenerando, también, en integrismo, fundamentalismo y radicalismo.¹² Digamos que ésta sería la otra cara

¹² Norberto Bobbio, «Cultura laica y laicismo», texto en respuesta a los intelectuales italianos que firmaron

de la moneda, que también ha encontrado en México manifestaciones claras de rechazo, impugnación y en ocasiones de violento repudio a cualquier manifestación pública de religiosidad.

¿Qué es la laicidad?

Entiendo por laicidad la doctrina que sostiene la imparcialidad del Estado ante las diversas creencias de los ciudadanos en materia de religión o de convicciones metafísicas. Esto quiere decir que: 1. las creencias religiosas o metafísicas, su transmisión y enseñanza se localizan en el ámbito privado; 2. en tanto expresión de un derecho individual, el Estado debe proteger la libertad ideológica, que se manifiesta también en la no profesión de creencia religiosa alguna, así como las ideas antirreligiosas o antimetafísicas; 3. las faltas a la moral de inspiración religiosa no tienen trascendencia política y más bien el Estado debe definir los delitos mediante criterios universalizables; 4. se debe privilegiar el criterio de argumentación y consentimiento de los individuos, a través del voto y del principio de mayoría, frente a la pretensión de la custodia de verdades reveladas por la divi-

un «Manifiesto laico» contra el integrismo religioso (17 de noviembre de 1999), publicado en *El Mundo* de España.

nidad a través de sacerdotes y jerarquías eclesiásticas o comunidades fundamentalistas.¹³

Con respecto a lo público y lo privado, debe aclararse que si bien el ámbito primordial de las creencias religiosas es el privado, la libertad religiosa comprende también el derecho a expresar e intentar expandir las propias creencias en el ámbito público: «desde la construcción de lugares de culto y de enseñanza religiosa hasta las procesiones y el

¹³ Véase Alfonso Ruiz Miguel, «Laicidad, laicismo, relativismo y democracia», en Rodolfo Vázquez (coord.), *op. cit.*, págs. 159-160. Véase también Roberto Blancarte, «Laicidad: la construcción de un concepto universal», en Rodolfo Vázquez (coord.), *op. cit.*, pág. 35. Para Blancarte los tres elementos esenciales de la laicidad son: 1. el respeto de la libertad de conciencia; 2. la autonomía del Estado respecto a las doctrinas y normas religiosas y filosóficas particulares, y 3. la igualdad real de todos los seres humanos y la no discriminación directa o indirecta. Tanto Ruiz Miguel como Roberto Blancarte no parecen distinguir entre neutralidad e imparcialidad. El primero es categórico al advertir que: «mi modelo ideal opta por una laicidad neta y rotunda del Estado, entendida como la más estricta neutralidad posible de los poderes públicos ante toda convicción relativa a la religión, incluidas las creencias no religiosas [...] al Estado le está vedada esa posibilidad [*la de ser laicista*], debiendo limitarse a ser laico, en el sentido de neutral e imparcial entre las diversas creencias en materia de religión», en Alfonso Ruiz Miguel/Rafael Navarro-Valls, *Laicismo y constitución*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 34 y 62.

proselitismo casa por casa.»¹⁴ Lo que importa entender es que el perímetro correcto del ejercicio de esos derechos debe situarse estrictamente dentro de la sociedad civil y no traspasar a la utilización del Estado. Éste debe mantener una posición de imparcialidad frente a todos los cultos, sin privilegiar alguna confesión religiosa por encima de las demás.

También conviene aclarar que imparcialidad no es sinónimo de neutralidad entendida como inacción. En palabras de José Ramón Cossío:

Mantener que la neutralidad estatal frente a las variadas creencias de los ciudadanos exige al Estado no actuar o no pronunciarse es olvidar que, en una gran cantidad de ocasiones, esa abstención no hace sino convalidar un estado de cosas profundamente asimétrico desde el punto de vista de los derechos y libertades de las partes. [...] lo que la Constitución exige fundamentalmente es imparcialidad, no inacción, y que el principio de separación entre las Iglesias y el Estado consagrado en el artículo 130 de la Constitución Federal no exime en muchos casos a los órganos estatales del deber de regular en distintos niveles (legislación, reglamentación, aplicación judicial) cuestiones que se relacionan con la vida religiosa de las personas.¹⁵

¹⁴ *Ibid.*

En este mismo sentido se expresan Michelangelo Bovero y Luis Salazar Carrión. El adjetivo laico puede entenderse desde un punto de vista negativo mínimo de modo tal que para que un Estado sea laico basta con que sea neutral en relación a los diferentes credos religiosos. Sin embargo, reducir la laicidad de esa manera, piensan estos autores, abre las puertas al nihilismo, al relativismo, al indiferentismo o al cinismo. Para evitar caer en tal situación, es necesario que el pensamiento laico no se entienda como la ausencia de valores, sino como la manera de presentar y defender ciertos principios y valores: el pensamiento laico se funda en un principio práctico: la tolerancia; y en un principio teórico: el antidogmatismo. Siendo así, lo propio de una ética laica es colocar como principio fundamental el respeto a la autonomía de los individuos en tanto seres racionales. Bajo este supuesto, tal ética exige una educación ilustrada, condiciones de legalidad y un derecho positivo que reconozca y garantice efectiva-

¹⁵ José Ramón Cossío, «Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas», en *Letras Libres*, abril 2008, No. 112, págs. 64-65. El texto reproduce el voto concurrente formulado por el ministro Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 502/2007, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte el 28 de noviembre de 2007. Para la distinción entre neutralidad e imparcialidad del Estado, véase Rodolfo Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad*, Trotta, Madrid, 2006, pág. 151 ss.

mente los derechos fundamentales de todas las personas por igual.¹⁶ Con otros términos, para Alberto Sauret, lo laico:

...no supone simplemente la aconfesionalidad pasiva del Estado sino activa, concretada en el compromiso de mantener un espacio cívico-político definido por la ética y las instituciones civiles a los efectos tanto de preservar la autonomía de lo político, como de salvaguardar la libertad de conciencia en las convicciones espirituales de la persona.¹⁷

Esta laicidad «activa», en términos de imparcialidad y no de neutralidad, debe distinguirse de la idea popularizada por Sarkozy en la visita de Benedicto XVI a Francia (septiembre de 2008) sobre la laicidad «positiva». Esta última en términos de uno de sus críticos es «aquella fórmula institucional que respeta la libertad de creer o no creer (en dogmas religiosos, claro) porque ya no hay más remedio, pero considera que las creencias religiosas no sólo no son dañinas sino beneficiosas social y

¹⁶ Véase Michelangelo Bovero, «Laicidad y democracia. Consideraciones sobre pensamiento laico y política laica», en *Nexos*, México, julio de 2002; y Luis Salazar Carrión, «Religiones, laicidad y política en el siglo XXI», en Rodolfo Vázquez (coord.), *op. cit.* pág. 149 ss.

¹⁷ Alberto Sauret, *Textos atorrantes*, Ediciones Coyoacán, México, 2008, pág. 127.

sobre todo moralmente.»¹⁸ Apoyándose en Jean Baubérot, Fernando Savater critica con razón tal tipo de laicidad porque significa:

una forma de neoclericalismo, confesional, pero no confeso. Y eso porque un Estado realmente laico no sólo no puede dejarse contaminar por ninguna religión, ni privilegiar ninguna de las existentes sobre las demás, sino que tampoco puede declarar preferible tener una religión o no tenerla.¹⁹

Dicho lo anterior, quisiera detenerme en la cuarta característica señalada por Ruiz Miguel, la de privilegiar la argumentación y el consentimiento de los individuos en una sociedad democrática representativa, por encima de la custodia y eventual imposición de verdades reveladas o convicciones metafísicas por parte del Estado, en colusión abierta o solapada con las autoridades eclesiásticas. Es claro que el pluralismo de creencias últimas en materia religiosa es seguramente inevitable pero, como afirma el autor: «los intentos de imponer una u otra posición en esta materia por otras vías que no sean la argumentación racional y razonable o el ejemplo de la coherencia y la probidad de las

¹⁸ Fernando Savater, «Siempre negativa, nunca positiva», en *El País*, Opinión, 16 de octubre de 2008, págs. 31-32.

¹⁹ *Ibid.*

conductas, son una clara negación de la libertad religiosa a la que todos los seres humanos tienen derecho.»²⁰

Religión y deliberación pública

En términos de Cristina Lafont, la cuestión a debatir sería la siguiente: «¿Es posible realmente articular una noción de lo ‘racionalmente aceptable’ que todos los ciudadanos puedan compartir a pesar de no coincidir en una visión del mundo o en una concepción del bien homogénea?»²¹

No me detendré en el análisis de las presuposiciones pragmático-formales que subyacen a la práctica de la deliberación pública racional: inclusión, simetría y reciprocidad entre los participantes, ausencia de coerción y libertad comunicativa y responsabilidad. Podemos convenir que se pueden cumplir todos estos requisitos y concluir, sin embargo, en una visión del mundo o propuesta de acción no razonable. Me interesa plantear el problema en términos de las razones que puedan ser aceptadas por los demás, y éstas ya no hacen

²⁰ Alfonso Ruiz Miguel, *op. cit.*, pág. 192.

²¹ Cristina Lafont, «Democracia y deliberación pública», en Rodolfo Arango (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, pág. 130.

referencia sólo a los procedimientos sino también a los contenidos.

En *Liberalismo político* John Rawls propone su conocido «consenso sobrepuesto».²² Esta noción se apoya en el supuesto de que la razón común a todos los seres humanos es suficiente para descubrir y justificar nuestras obligaciones morales y políticas. El consenso obtenido con respecto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU sería un claro ejemplo de consenso sobrepuesto.

A partir de tal consenso Rawls distingue entre razón pública y razón privada, distinción necesaria para responder la cuestión de qué tipo de argumentos son aceptables e inaceptables en la deliberación pública. Para Rawls nada impide que los ciudadanos que participan en la deliberación pública política ofrezcan razones procedentes de las doctrinas comprensivas, metafísicas o religiosas, en las que creen, pero siempre y cuando ofrezcan además razones generalmente accesibles a todos los ciudadanos que justifiquen dichas doctrinas. Si estas doctrinas comprensivas no pueden apoyarse en razones públicas paralelas deben excluirse de la deliberación. El problema de esta concepción salta a la vista:

²² John Rawls, *Liberalismo político*, FCE, México, 1995.

¿se puede pedir a un ciudadano que sacrifique sus aspiraciones de corrección sustantiva para satisfacer las aspiraciones de legitimidad democrática? Quien no estuviera dispuesto a hacerlo mantiene su sinceridad a costa de ser excluido o autoexcluirse de la deliberación pública; quien estuviera dispuesto a hacerlo apelaría a razones prudenciales para incluirse en el debate democrático, pero a costa de una buena dosis de sinceridad.

Ronald Dworkin abunda en el dilema que plantea la propuesta de Rawls y se pregunta si en verdad, en sociedades liberales y democráticas, mayoritariamente religiosas y con gobiernos que no escatiman en hacer públicas sus filiaciones religiosas, estarían tan dispuestos los creyentes a mantener sus convicciones separadas de su política, con todo el sistema coercitivo que ello implica, aun cuando pudieran hacerlo. Estados Unidos, por ejemplo, ha sido un país religioso desde sus inicios:

Martin Luther King Jr., nos dice Dworkin, era un hombre de fe, y recurrió a su religión para condenar los prejuicios con una gran efectividad; algunos curas católicos hablando en calidad de curas se han situado en la vanguardia de la lucha por la justicia social en Latinoamérica y en otros lugares. En cualquier caso, los liberales no lograrán que los creyentes dejen a un lado sus conviccio-

nes religiosas cuando asumen el papel de ciudadanos. Este papel requiere sinceridad y autenticidad, lo cual es imposible para esas personas a menos que mantengan sus creencias religiosas en mente. El cisma en torno a la religión en Norteamérica muestra las limitaciones del proyecto del liberalismo político de Rawls, de su estrategia de aislar las convicciones políticas de las convicciones morales, éticas y religiosas más profundas.»²³

En los últimos años Jürgen Habermas ha dedicado algunos trabajos a esta temática retomando y criticando la propuesta de Rawls²⁴ y debatiendo, entre otros, con Joseph Ratzinger.²⁵ Habermas coincide con Rawls en

²³ Ronald Dworkin, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Paidós, Barcelona, 2008, págs. 88-89. Más adelante comentaremos la propuesta de Dworkin desarrollada en el capítulo «Religión y dignidad».

²⁴ Jürgen Habermas, *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona, 2006, especialmente cap. 5, «La religión en la esfera pública». Véase la respuesta a Habermas de Paolo Flores d'Arcais, «Once tesis contra Habermas», en *Claves de la razón práctica*, Madrid, No. 179, enero/febrero 2008; la réplica de Habermas, «La voz pública de la religión», en *Claves de la razón práctica*, No. 180, marzo/abril 2008; y la propuesta de Reyes Mate que tercia en la disputa, «La religión en una sociedad postsecular. El debate entre Habermas y Flores d' Arcais», *Claves de la razón práctica*, Madrid, No. 181, mayo/junio 2008.

²⁵ Jürgen Habermas/Joseph Ratzinger, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, Cenzontle, FCE, México, 2008.

el sentido de que al determinar las medidas políticas coercitivas que vayan a adoptarse, sólo cuentan las razones generalmente accesibles, las «razones seculares». Pero a diferencia de Rawls, Habermas distingue entre una esfera pública informal y una esfera pública formal o institucional, propia de los funcionarios administrativos, legisladores y jueces. En la primera los ciudadanos pueden apelar a razones exclusivamente religiosas en la deliberación siempre y cuando reconozcan la obligación de traducción institucional. Sólo las razones religiosas que puedan traducirse con éxito en razones seculares podrán pasar el filtro institucional y aspirar a ser coercitivas. Con esta distinción, la propuesta de Habermas permite a los ciudadanos en la esfera pública informal expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso si no pueden encontrar traducciones seculares para ellas. De esta manera Habermas solventa el problema de la deshonestidad y permite a los ciudadanos religiosos entender la deliberación pública como un proceso cognoscitivo genuino. ¿Pero hacer esta distinción tan radical entre ciudadanos religiosos y ciudadanos seculares no pondría en peligro los prerequisites de la deliberación pública en términos de simetría de los participantes?

Habermas responde, de acuerdo con las condiciones formales de todo discurso racio-

nal, que no tiene ningún sentido permitir la inclusión de razones religiosas en las contribuciones a la deliberación pública sin el requisito correlativo de exigir que los demás participantes tomen en serio tales contribuciones. Esto es posible si se puede esperar de todos los ciudadanos que no nieguen en principio todo posible contenido cognitivo a esas contribuciones. De aquí que, sorpresivamente, los ciudadanos seculares tienen que cumplir con dos condiciones: 1. abrirse cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas y 2. ayudar a traducir el contenido de las mismas que pueda ser expresado en un lenguaje secular y justificado con argumentos seculares. Habermas es explícito en este punto en su conversación con Ratzinger:

Los ciudadanos secularizados, en tanto que actúan en su papel de ciudadanos del Estado, no pueden negar por principio a los conceptos religiosos su potencial de verdad, ni pueden negar a los conciudadanos creyentes su derecho a realizar aportaciones en lenguaje religioso a las discusiones públicas. Es más, una cultura política liberal puede incluso esperar de los ciudadanos secularizados que participen en los esfuerzos para traducir aportaciones importantes del lenguaje religioso a un lenguaje más asequible para el público en general.²⁶

²⁶ *Ibid.*, pág. 33.

Sin embargo, como señala lúcidamente Lafont, resulta que ahora a diferencia de los ciudadanos religiosos, los ciudadanos seculares son los que no pueden adoptar públicamente la perspectiva cognitiva que se corresponde con sus verdaderas creencias si éstas resultan ser de tipo secular. Estaríamos tratando a los ciudadanos seculares no bajo un criterio normativo sino instrumental y, por supuesto, caeríamos en el mismo dilema de la sinceridad que ya hemos visto en Rawls, nada más que ahora aplicado a los ciudadanos seculares. Más aún, si después de todo este esfuerzo no se encuentran traducciones seculares para las convicciones religiosas, pues éstas quedan excluidas para adoptar las políticas coercitivas que vayan a adoptarse. Creo que llegamos por una vía un poco más tortuosa a las mismas conclusiones de Rawls.

Todo lo anterior sin profundizar en la idea de «potencial de verdad», o contenido cognoscitivo, de los conceptos religiosos. Pensemos un instante cuál sería el potencial de verdad de conceptos religiosos como la encarnación de Cristo, el pecado original, la transubstanciación, la virginidad de María, la resurrección, el juicio final, y así por el estilo, al menos en la confesión cristiana. ¿De qué recursos epistemológicos podría echar mano el ciudadano secular para traducir este lenguaje religioso al público en general? Si

Habermas no tiene en mente este tipo de verdades de fe en los cristianos al momento de ingresar a la deliberación pública y las descarta como no traducibles a un lenguaje secular, y por lo tanto imposible de ser institucionalizadas, entonces el remanente susceptible de traducción es irrelevante. Así, por ejemplo, si un cristiano afirma que «todos somos hijos de Dios» y con ello se interpreta que «todos somos iguales en dignidad», o bien se trivializa lo que en la fe cristiana significa ser «hijo de Dios», o bien se abusa de la analogía entre «hijos de Dios» y «dignidad humana». No encuentro ninguna relación posible entre el concepto de «dignidad humana» y la idea de ser «hijo» de un ser divino trascendente y espiritual, con todos los atributos infinitos. Mucho menos, que por ser todos hijos de un padre con tales cualidades, seamos humanamente iguales.²⁷

²⁷ La idea de «potencial de verdad» parece estar presente en el Rawls joven, fuertemente influenciado por la teología cristiana. Así, por ejemplo, la idea de «separabilidad» como una de las propiedades de los individuos, desarrollada posteriormente en su *Teoría de la Justicia*, parece tener antecedentes en la idea de «resurrección» y de «encarnación» cristianas. El dogma cristiano de la resurrección, por ejemplo: «significa que seremos resucitados en nuestra completa personalidad y particularidad, y que la salvación es la restauración total de la persona, no la destrucción de nuestra singularidad.» De igual manera, el sentido de la encarnación consiste en la posibilidad de establecer una relación directa y perso-

Cristina Lafont profundiza en la crítica a la pretensión de Habermas preguntándose qué significa «tomarse en serio» las razones de los conciudadanos. Según la interpretación de Habermas, como vimos, tomar en serio las razones religiosas a favor de medidas políticas controvertidas requiere que no se niegue de principio la posible verdad de las creencias religiosas. Sin embargo, piensa Lafont, no resulta nada obvio por qué tendría que ser esto así. Más bien, tomarse en serio las razones religiosas exige evaluarlas seriamente en función de sus méritos: es estar preparados para ofrecer argumentos y evidencias en contra que muestren por qué son equivocadas si pensamos que lo son. Con sus palabras:

nal entre nosotros y Dios. Véase John Rawls, *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith* (Edited by Thomas Nagel), Harvard University Press, 2009, especialmente el capítulo uno, págs. 110-128. Qué tanto la comprensión de verdades racionales conduce a una mejor comprensión de ciertas verdades reveladas, o a la inversa, la comprensión de ciertas verdades reveladas permite comprender mejor algunas verdades racionales, es un problema que puede resolverse en el ámbito propio del «contexto de explicación», en cada individuo y de acuerdo con su entorno cultural, pero no deja de existir entre ambas un nexo fáctico o contingente, de ninguna manera necesario. Por lo demás, qué podría significar una relación personal entre un ser infinito y uno finito, o qué podría significar un cuerpo transfigurado en la resurrección es algo que no se compadece con la más mínima sensatez racional.

Tomar en serio las razones religiosas en contra del matrimonio homosexual, por ejemplo, no requiere de los ciudadanos seculares que se abran cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas sobre la perversidad de los homosexuales. Basta, por ejemplo, con que confronten dichas razones con la objeción de tratamiento desigual que implica negar el derecho al matrimonio a un grupo de ciudadanos, si eso es lo que ellos creen. [...] Los ciudadanos seculares puede que no estén cognitivamente abiertos a la posible verdad de las creencias en la perversidad de la homosexualidad, en el creacionismo o cualquier otra creencia religiosa. Pero aún y así, les deben a sus conciudadanos religiosos el esfuerzo cognitivo de mostrar por qué piensan que las medidas coercitivas que ellos proponen son incorrectas.²⁸

De la misma manera:

Los ciudadanos religiosos no pueden justificar las medidas coercitivas que proponen con razones exclusivamente religiosas simplemente porque viven en sociedades con ciudadanos seculares y con ciudadanos de confesiones diferentes. Si quieren cumplir sus obligaciones democráticas no pueden permanecer ‘monolingües’ en su actividad política deliberativa. [...] Eximir a cualquier

²⁸ *Ibid.*, págs. 140-141.

grupo de ciudadanos de la obligación de ofrecer razones accesibles a los demás sería concederles el derecho a ejercer influencia política mediante la deliberación pública...²⁹

Con un afán todavía más analítico, pienso que en la argumentación de Lafont cabría hacer una distinción útil. Según Francisco Laporta cuando un ser humano tiene unas convicciones o creencias cualesquiera, se pueden distinguir tres cosas diferenciadas: el *individuo* que las tiene, el *hecho psicológico* de que las tenga y el *contenido* de esas creencias o convicciones. Tomarse en serio a otra persona es, sin duda, respetarle *como individuo* capaz de diseñar unas creencias y un proyecto vital para sí mismo a partir de ellas. También significa respetar el *hecho psicológico* de que tenga esas creencias: no debemos suponer, por ejemplo, que ese hecho es producto de la mera ignorancia, de un prejuicio, de una estrategia o de una falla psicológica. Pero otra cosa muy distinta es aceptar que respetar a otro sea respetar el *contenido* de sus convicciones o creencias. Éstas no tienen por qué respetarse; más bien –y aquí adquiere fuerza la argumentación de Lafont– han de someterse constantemente a pruebas de validez y control para determinar su grado de fundamento. Por ello, la tan traída y llevada

²⁹ *Ibid.*, pág. 143.

política de reconocimiento, dice con razón Laporta en un tono crítico:

tiende a forzarnos a aceptar y respetar convicciones que, aun siendo quizás erróneas, disparatadas, anticientíficas, inmorales o infundadas, han venido a configurar un *trasfondo* que justificamos en aras de la identidad y autenticidad del individuo que forma parte de una cultura determinada.³⁰

Entendámonos bien. No se está negando el derecho de todo creyente a creer lo que les parezca más adecuado para organizar su plan de vida personal. Lo que se argumenta es que si son ciudadanos y, por tanto, partícipes en la deliberación pública, *y tienen la pretensión de que sus convicciones sean coercitivas*, entonces deben someter los contenidos de las creencias a un escrutinio racional y razonable. La premisa que subyace en el debate es la que prescribe que *es moralmente correcto ejercitar la coerción sólo con base en consideraciones públicamente aceptables*, sin violar el principio de simetría entre los participantes. Esta prescripción supone, en términos de Hugo Seleme, un «deber moral de abstinencia», o en los términos de Rawls, un «deber de civilidad», es decir, la exigencia de no ofrecer

³⁰ Francisco Laporta, «Inmigración y respeto», en *Claves de Razón Práctica*, Madrid, julio-agosto, 2001, pág. 67.

ciertas verdades –consideraciones metafísicas o religiosas- como justificación del ejercicio del poder político.³¹ Así por ejemplo, según Seleme:

Que un católico afirme la incorrección moral del aborto no lo compromete con afirmar la corrección del ejercicio de la coerción estatal para prohibirlo. No es el objeto propio del Catolicismo la valoración moral del ejercicio de la coerción. Abortar y coaccionar son dos conductas distintas por lo que de afirmar la incorrección de una no se sigue nada respecto de la otra./ El ejercicio de la coerción, en cambio, sí es el objeto propio del Liberalismo. La situación es exactamente la inversa a la del Catolicismo. No es su preocupación establecer si conductas tales como el abortar o el blasfemar, son moralmente correctas o incorrectas. Su preocupación consiste en determinar cuándo es moralmente correcto el diseño de un esquema institucional que se aplica coercitivamente, esto es con independencia de si lo desean o no, a los ciudadanos. [...] el Liberalismo señala que la coacción está justificada cuando se ejerce con base en razones que todos pueden aceptar.³²

En esa misma dirección se encamina la propuesta de Dworkin. El problema hoy día,

³¹ Hugo Seleme, «El desafío del católico liberal», en *Doxa*, No. 30, Alicante, 2007, pág. 473 ss.

³² *Ibid.*, págs. 487-488.

piensa este autor, no se ciñe tanto a si el Estado debe ser tolerante o neutral con respecto a todos los credos religiosos pacíficos y también hacia las personas que no profesan ninguna fe, distinguiendo claramente entre el ámbito público y el privado. Estados Unidos es un buen ejemplo en donde casi el 70% de los estadounidenses cree que su presidente debe ser una persona religiosa y cuyo sistema ha sido calificado por la encuestadora Celindda Lake como «la democracia industrializada más religiosa del mundo.»³³ Más bien, el problema es saber sobre qué base debe asentarse el cultivo de nuestra tolerancia. ¿Una nación religiosa que tolera la falta de fe? ¿O una nación laica que tolera la religión? Dworkin argumenta, correctamente, a favor de esta segunda opción.³⁴ Veamos.

El modelo religioso tolerante parte de una concepción de la libertad religiosa que no incluye, por ejemplo, el derecho a abortar, el matrimonio homosexual o la eutanasia activa;

³³ Véase *El Universal*, sección El Mundo, 20 de julio de 2007. Es interesante hacer notar, «que si bien hay un alto número de creyentes (92 % cree en la existencia de un dios o algún espíritu universal), no hay dogmatismo entre la mayoría de ellos y sí, en cambio, diversidad en las creencias y prácticas religiosas», Arturo Balderas, «Brevariario religioso», en *Nexos*, No. 369, septiembre de 2008, pág. 15.

³⁴ Ronald Dworkin, *op. cit.*, pág. 90 ss.

por el contrario, el modelo laico tolerante, sí incluye tales derechos. Lo que no parece congruente en el primer modelo es defender la libertad religiosa extendiéndola a los ateos y agnósticos y, al mismo tiempo, estrechar tal libertad limitando los derechos que pueden hacer valer estos últimos. Su concepción amplia de la tolerancia exige una teoría más general de las libertades. ¿Cuál sería la estructura de estas libertades?

Dworkin propone una formulación inicial: *Las libertades son el derecho a hacer lo que usted quiera con los recursos que son legítimamente suyos*. El alcance de estas libertades no es ilimitado, depende de otros ideales, incluido el ideal de justicia distributiva. Así, las libertades no resultan dañadas cuando el gobierno decide limitar la libertad si tiene alguna *razón distributiva convincente* para hacerlo. Existen dos tipos de justificaciones distributivas limitativas de la libertad: las justificaciones *personalmente estimativas* o las justificaciones *impersonalmente estimativas*. Las primeras apelan a juicios de valor sobre el tipo de vida que es bueno o malo para las personas de cuya vida se trata; mientras que las segundas apelan a algún objeto o hecho que es intrínsecamente valioso, independientemente del valor que posea para las personas. Las primeras no pueden servir de justificación para la coerción estatal, a través

de la regulación jurídica, porque invocan fundamentos personalmente estimativos, aun cuando éstos pudieran ser mayoritarios. Sólo el modelo laico tolerante estaría en condiciones de apelar a justificaciones impersonalmente estimativas como podrían ser los mismos derechos humanos, y en último término el principio de responsabilidad personal, que no es sino otra forma de enunciar el principio de dignidad de la persona.³⁵

Un par de ejemplos del propio Dworkin nos permitirán evaluar el alcance de la misma. El hecho de que el aborto sea un asesinato no depende de si un feto es un ser humano en algún momento poco después de la concepción; más bien depende de si, en esa etapa temprana el feto tiene intereses y por consiguiente el derecho a la protección de los

³⁵ Éste es el sentido de laicidad que anima las siguientes palabras de Pedro Salazar: «el proyecto intelectual de la laicidad está comprometido con el uso de la razón crítica y con la garantía de la libertad de conciencia. El valor objetivo de esos bienes, su importancia para el desarrollo de una vida autónoma y digna, tiende un puente con la agenda de los derechos humanos fundamentales que dota de significado al pensamiento laico contemporáneo. Sin esa referencia a un proyecto ilustrado que refuta y combate proyectos reaccionarios y premodernos, el pensamiento laico carecería de sentido», «¿Existe el pensamiento laico?», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 30, UAM-UNED, diciembre 2007, pág. 89.

mismos. Para Dworkin, el feto no tiene intereses propios porque ninguna criatura los tiene a no ser que haya tenido una vida psíquica capaz de generarlos. Por lo tanto, los fetos inmaduros no tienen derechos, ni el aborto es un asesinato. El hecho de no tener una vida psíquica que posibilite la protección de la misma es una razón impersonalmente estimativa que excluye la prohibición del aborto y permite, a su vez, la protección y expansión de la dignidad de la mujer, que sí tiene una vida psíquica madura, que exige la protección coercitiva a través de la normatividad jurídica.

Asimismo, los jueces que emitieron votos particulares en el Tribunal Supremo de Massachussets expresando su disconformidad con la sentencia que reconocía el matrimonio homosexual sugerían que la prohibición estaría justificada porque un matrimonio heterosexual proporciona un mejor entorno para la educación de los hijos. No hay evidencia significativa, y menos aún, convincente, a favor de esta opinión. Tal punto de vista refleja un juicio basado en valores de tipo religioso, que si bien tienen un fuerte arraigo cultural, no constituyen una razón impersonalmente estimativa para justificar su prohibición.

Para concluir, cada una de las situaciones mencionadas al inicio de este ensayo es, a mi juicio, un claro ejemplo de imposición de *razones personalmente estimativas* que no tienen justificación racional alguna para una posible implementación coercitiva. Contra las imposiciones autoritarias y los fundamentalismos custodiados por instituciones religiosas hay que recordar con Lafont que en una democracia con orientación deliberativa, «no se puede ni se debe garantizar el derecho a inmunizar las propias creencias».³⁶

Conclusión

He tratado de defender y hacer explícita una línea de argumentación que justifica la existencia de un Estado laico tolerante y la necesidad de la deliberación pública en un régimen democrático. Ello con el fin de ofrecer una respuesta positiva a la pregunta de si es posible articular una noción de lo «racionalmente aceptable» que todos los ciudadanos puedan compartir. Sin duda, esta línea de argumentación reivindica la confianza en la razón y su capacidad argumentativa, y se compromete con la defensa coercitiva de los derechos humanos y el reconocimiento de la

³⁶ Ibid., pág. 144.

evidencia empírica proporcionada por la ciencia, proponiéndolos como los mejores candidatos a constituirse en *razones impersonalmente estimativas*. Un Estado laico debe partir del reconocimiento de tales premisas.

LA LAICIDAD Y EL ETERNO RETORNO DE LA RELIGIÓN

Alfonso RUIZ MIGUEL

1. *Introducción*

La religión retorna a la esfera pública. Éste es el tema del que parte la ponencia de Rodolfo Vázquez, con referencia sobre todo a la evolución mexicana. Pero como él mismo lo recoge, es también un tema recurrente en los últimos años en el debate entre varios de los mayores filósofos de la política contemporáneos, de John Rawls a Jürgen Habermas, sin olvidar a Ronald Dworkin, con explícitas referencias sobre todo a Estados Unidos. Y al menos dos libros de estos últimos años corroboran el eterno retorno de la religión: la combativa recopilación de Heclo y McClay *Religion Returns to the Public Square. Faith and Policy in America*¹ y la amplia reflexión histórico- filosófica de Charles Taylor *A Se-*

¹ Hugh Heclo y Wilfred M. McClay, *Religion Returns to the Public Square. Faith and Policy in America*, Washington-Baltimore y Londres, Woodrow Wilson Center Press-The Johns Hopkins University Press, 2003.

*cular Age*². En fin, aunque no sea comparable en relevancia teórica, también en España se podría decir que el debate sobre el tema ha vuelto a resurgir en los últimos años si no fuera porque el retorno de la religión a la palestra pública en nuestro país, de tan repetido y permanente que ha sido siempre, es dudoso que sea retorno.

En mi caso personal, con todo, esta intervención constituye otro indiscutible retorno al mismo tema tras el debate mantenido hace algo más de dos años en este mismo lugar con Rafael Navarro-Valls³. No obstante, quiero destacar dos cambios de tornas significativos entre aquella ocasión y ésta, aparte de la

² Charles Taylor, *A Secular Age*, Cambridge (Mass.)-Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2007. Aunque algo paradójicamente, Taylor viene a realzar la importancia y pervivencia de la religión en la actual «civilización occidental» o «noratlántica» mediante un complejo análisis de las condiciones históricas que, con independencia del fenómeno de la laicidad en la esfera estatal y del relativo y variable retroceso de la fe religiosa, según él han propiciado que en aquella civilización la religión no sea un ya un presupuesto dado y *naïve* sino que subsista en convivencia con una cultura esencialmente immanentista, esto es, permeada por presupuestos científicos independientes de cualquier creencia religiosa (cf. sobre ello, la «Introduction», págs. 1- 21).

³ Cf. Alfonso Ruíz Miguel y Rafael Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2ª ed., 2009.

meramente formal de ocupar la posición de contraponente en lugar de la de ponente. En primer lugar, precisamente por la naturaleza de la ponencia y los títulos de su autor, y al contrario que en la anterior ocasión, ahora mi intervención se centrará más bien en los aspectos filosófico- políticos del debate y será sólo marginalmente jurídica. Y en segundo lugar, la misma posición que hace dos años me situaba netamente a la izquierda de mi oponente me temo que ahora, en parte por los azares de tradiciones y legislaciones tan distantes en esta materia como la mexicana y la española, me va a obligar a precisiones que seguramente me colocarán en un punto más moderado del espectro ideológico.

Pero sin exagerar: en realidad, como mi fundamentación teórica es en lo sustancial coincidente con la de Rodolfo Vázquez, mis comentarios serán sobre todo internos. En general me limitaré a insistir en algunas de sus tesis, intentando sobre todo desarrollar o añadir algunos argumentos en la misma línea, junto a una u otra precisión sobre la interpretación de algún autor. Sólo al final propondré algunas objeciones en discusión con ciertas aplicaciones concretas de la teoría general que compartimos. En adelante, así pues, seguiré ese mismo orden: tras un repaso de las teorías justificativas más pertinentes, concluiré con las aplicaciones concretas.

Propongo considerar las teorías filosófico-políticas sobre laicidad y religión a través del análisis de dos tríadas, en parte superpuestas, que a fin de cuentas reduciré a una contraposición de dos posiciones⁴. La primera tríada es la desplegada en la ponencia de Rodolfo Vázquez, que se inicia con la tesis formulada por John Rawls, a la que se contrapone luego la antítesis de Jürgen Habermas para terminar concluyendo en lo que podría interpretarse como la síntesis superadora de Ronald Dworkin⁵. La segunda tríada, que retrocede respecto de la anterior, es la que el propio Habermas propone como vía intermedia entre

⁴ En esta línea, y con sustanciales coincidencias en el planteamiento, remito en general a dos análisis de Elena Beltrán, muy relacionados entre sí: «Sobre dioses, derechos y leyes, la igualdad en el uso público de la razón», *Revista Internacional de Filosofía Política*, n. 32, 2008, págs. 47- 62; y «Respeto y razón pública, Sobre los límites de la tolerancia», *Historia y Política*, n. 22, julio- diciembre, 2009, págs. 65- 87.

⁵ En intercambio epistolar, Rodolfo Vázquez me precisa amablemente sobre este punto: «No estoy seguro si presenté la posición de Dworkin como la síntesis dialéctica entre Rawls y Habermas. Quizás lo pensé más bien como una extensión del pensamiento de Rawls, más coherente y consistente». No tengo inconveniente en asumir que la interpretación es mía, aunque la noción de «síntesis superadora», como la *aufhebung* hegeliana, no me parece incompatible con la idea de que la posición de Dworkin pudiera ser una extensión de la tesis rawlsiana más coherente y consistente que ella, una posición que más adelante discutiré.

la tesis de Rawls y las decididas defensas de mantener a la religión en la esfera pública de los críticos de éste, Paul J. Weithman y Nicholas Wolterstorff⁶. Por mi parte, la crítica común que merecen tanto estos dos últimos autores como el mismo Habermas (y también Jeremy Waldron)⁷ creo que permite rescatar como indemne la posición de Rawls, a la que más allá de matices sutiles y a la postre inapreciables no veo sustancialmente diferente de la de Dworkin⁸.

⁶ Cf. Nicholas Wolterstorff, «The Role of Religion in Decision and Discussion of Political Issues», en Robert Audi y Nicholas Wolterstorff, *Religion in the Public Square. The Place of Religious Convictions in Political Debate*, Lanham etc., Rowman -& Littlefield Publishers, 1997, págs. 67- 120; y «Audi on Religion, Politics, and Liberal Democracy», en *ibidem*, págs. 145- 165; así como Paul J. Weithman, *Religion and the Obligations of Citizenship*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. Con anterioridad, en 1993, ya Jeremy Waldron había avanzado una posición semejante, cuyos argumentos integraré en la discusión ulterior en el texto: cf. «Religious Contributions in Public Deliberation», *San Diego Law Review*, 30, 1993, págs. 817- 848.

⁷ En efecto, ya con anterioridad, en 1993, Jeremy Waldron había avanzado una posición semejante a la de los anteriores críticos de Rawls, por lo que integraré la discusión en el texto la discusión de algunos de sus argumentos: cf. «Religious Contributions in Public Deliberation», *San Diego Law Review*, 30, 1993, págs. 817- 848.

⁸ Aquí no consideraré críticas frontales de la visión de Rawls emprendidas desde la propia concepción liberal y que merecerían un análisis independiente y extenso, de

2. *Rawls y sus críticos*

La primera tríada comienza con la tesis de Rawls, que en lo esencial reside en la exigencia de que en la deliberación para la imposición de obligaciones públicas —esto es, el ámbito de la coacción jurídica— tanto legisladores como ciudadanos (pues éstos, dice Rawls, deben deliberar como si fueran «legisladores ideales»⁹) no puedan aducir creencias

las que puedo mencionar dos: por un lado, la impugnación de Larry Alexander de la pretensión del liberalismo de situarse en una posición neutral y superior respecto de las creencias religiosas, impugnación que viene a negar la crucial distinción rawlsiana entre concepciones de lo bueno y criterios de justicia, defendiendo al liberalismo como concepción moralmente verdadera que debe considerar falsas las creencias religiosas iliberales y ser intolerante con ellas (vid. «Liberalism, Religion, and the Unity of Epistemology», *San Diego Law Review*, 30, 1993, págs. 763- 797); y, por otro lado, la propuesta de Lucas Swaine, que partiendo de que el liberalismo no ha dado hasta ahora razones convincentes a los defensores de la teocracia, a los que además habría tratado injustamente, pretende, primero, que pueden darse argumentos internos al punto de vista teocrático en favor de la libertad de conciencia suficientes para garantizar los derechos en juego y, segundo, que el modo adecuado de garantizar tales derechos es que todo Estado liberal debe conceder un estatus de «semi- soberanía» territorial a las comunidades religiosas teocráticas, con el límite de que cumplan ciertos mínimos en su sistema educativo y que permitan abandonar libremente la comunidad a sus miembros (cf. *The Liberal Conscience. Politics and Principle in a World of Religious Pluralism*, New York, Columbia University Press, 2006, esp. caps. 2 y 3).

religiosas o filosóficas que no se apoyen además en razones accesibles y aceptables para cualquier ciudadano, sea cual sea su religión o su filosofía.

En este punto, sin embargo, conviene hacer una precisión¹⁰. Cuando se defiende que las creencias religiosas no pueden formar parte de la razón pública, lo único que se dice es que no pueden valer como criterios normativos, pero no que no puedan ser alegadas

⁹ Cf. John Rawls, «The Idea of Public Reason Revisited» *Chicago Law Review*, 64, n. 3, 1997, págs. 765-807, trad. cast. de H. Valencia Villa, «Una revisión de la idea de razón pública», en *El derecho de gentes y «Una revisión de la idea de razón pública»*, Barcelona etc., Paidós, 1999, pág. 769, trad. cast., pág. 160.

¹⁰ Agradezco a José Luis Martí el haberme puesto sobre la pista de esta precisión, cuando me indicó el más complejo caso de la comunidad indígena colombiana de los U'wa, para quienes el territorio en el que han vivido siempre y el petróleo que contienen son sagrados, lo que presentó un grave conflicto en el proceso de expropiación por el Estado colombiano para la explotación por empresas petrolíferas (sobre ello, véase Ángela Uribe Botero: *Petróleo, economía y cultura: el caso U'wa*, Bogotá, Universidad del Rosario--Siglo del Hombre Editores, 2005). Aunque creo que en este conflicto las relevantes razones religiosas o similares de los U'wa operan de modo similar a como indico a continuación en el texto, también tienen un importante peso consideraciones sobre el respeto a la supervivencia de una comunidad cultural específica, la cual, por añadidura, se puede alegar que posee ciertos derechos originarios sobre el territorio en cuestión.

como datos o aspectos a tener en consideración supuestos ciertos criterios normativos no religiosos ni idiosincrásicos. A grandes rasgos, esta es la diferencia entre alegar que el aborto debe ser penalmente prohibido porque Dios imprime el alma humana desde el momento de la concepción, que es una creencia que no puede valer como argumento en el debate político, y sostener que puesto que algunos cristianos tienen dicha creencia ellos no deberían ser obligados a practicar abortos. En realidad, esta segunda afirmación utiliza la creencia religiosa únicamente con un mero carácter descriptivo y no normativo, como premisa auxiliar de un razonamiento cuyo criterio normativo relevante, más o menos explícito, es el principio de libertad religiosa (del cual, naturalmente, cabrá también discutir su alcance y límites).

Lo que los críticos de Rawls impugnan es la exclusión de las creencias religiosas como premisas normativas relevantes o válidas en el debate público. En el caso de que el creyente no pueda añadir tales razones imparciales e independientes de las religiosas, surge la pregunta de los críticos, entre otros de Habermas, de que cómo «se puede pedir a un ciudadano que sacrifique sus aspiraciones de corrección sustantiva para satisfacer las aspiraciones de legitimidad democrática». En tal caso, como Rodolfo Vázquez recuerda, al

creyente se le situaría ante el dilema de o bien ser sincero pero quedar al margen de la deliberación o bien participar estratégicamente en el debate democrático a costa de su sinceridad (e incluso de su propia identidad, como añaden los críticos que comento a continuación).

En posición antitética a la de Rawls, Habermas se enfrenta al problema con la solución alternativa de que, al menos en la esfera pública informal —esto es, en la deliberación en el seno de la sociedad civil, previa y distinta de la esfera institucional, y especialmente en el parlamento, para la que acepta la posición de Rawls—, los ciudadanos puedan apelar directamente a sus creencias religiosas y similares bajo la pretensión de que los no creyentes deben aceptar cierto contenido cognitivo de aquellas creencias y ayudar a traducirlas a razones comunes propias de un lenguaje secular. De lo contrario, aduce Habermas, los laicos impondrían a los creyentes una carga argumentativa asimétrica por el hecho de pretender que éstos separen su identidad religiosa de sus creencias políticas¹¹. Pero, como bien señala Rodolfo

¹¹ Cf. Jürgen Habermas, *Zwischen Naturalismus und Religion*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 2005; trad. cast. de varios autores, por la que se cita, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006, págs. 13- 14, 115- 119, 134- 140 y 144- 147.

Vázquez, Habermas se enfrenta así a un dilema alternativo al de Rawls, ahora por el lado del ciudadano no religioso, que si no quiere socavar (naturalmente, a los ojos de Habermas) la legitimidad de su contribución a la deliberación democrática debe sacrificar la sinceridad y autenticidad de sus propias creencias en materia religiosa para participar en tal deliberación.

Antes de pasar a la supuesta síntesis superadora por parte de Dworkin de la tensión entre Rawls y Habermas, puede ser pertinente dar un salto atrás para considerar la segunda tríada y detenerse en los argumentos que pretenden sustentar la posición de Habermas, quien, como avancé, en realidad parece buscar, si no una síntesis, sí al menos una vía intermedia entre Rawls y algunos de sus más radicales y severos críticos en esta materia. En efecto, tanto Paul Weithman como, de manera más expresa, Nicholas Wolterstorff coinciden en impugnar el núcleo de la idea rawlsiana de que los ciudadanos religiosos y las comunidades e iglesias deban asumir en la deliberación pública la carga de distinguir entre sus creencias y valores propios y los valores políticos presuntamente comunes e imparcialmente asumibles, hasta el punto de autocensurarse respecto de los primeros. Aunque la principal diferencia entre ambos autores es que mientras Weithman habla úni-

camente de los ciudadanos en general, Wolterstorff defiende expresamente que también el legislador «debe decidir como mejor juzgue [...] a la luz de todo lo que crea, incluida su religión o irreligión, según sea el caso»¹². En todo caso, ambos coinciden en señalar que la carga de disociar la religión y la política no sólo resultaría asimétrica y discriminatoria para los creyentes sino sobre todo que afectaría a su identidad e integridad personal. Habermas, que considera esta objeción «contundente»¹³, lima sin embargo sus consecuencias excluyendo expresamente su aplicabilidad en la «esfera pública institucional», en la que recupera la exigencia rawlsiana del apoyo en razones imparciales e

¹² Wolterstorff, «The Role of Religion...» cit. (como en nota 6), pág. 118; en los párrafos anteriores, Wolterstorff también parece aplicar la misma idea, con alguna cautela, a jueces y miembros del poder ejecutivo, pero su argumento no es del todo claro, como constata Audi («Wolterstorff on Religion, Politics, and the Liberal State», en *Religion in the Public Square...* cit. [como en nota 6], pág. 142).

Por su parte, como indico en el texto, Weithman no aplica su doctrina, al menos de manera expresa y directamente, a las decisiones oficiales, utilizando un concepto amplio de ciudadanía referible a lo que en algún momento llama «ciudadanos ordinarios» (cf. *Religion and the Obligations of Citizenship* cit. [como en nota 6], pág. 117; cf. también, pág. 3 y cap. I).

¹³ Habermas, *Entre naturalismo y religión* cit. (como en nota 11), pág. 135.

independientes de las religiosas¹⁴. Y por cierto que lo hace en parte con el bien pertinente argumento del riesgo de desintegración de la comunidad política en luchas religiosas¹⁵, un argumento dirigido en especial frente a la posición de Wolterstorff, la cual, añado por mi cuenta, parece ser tan escéptica sobre el consenso basado en razones públicas como dogmática sobre la validez de las creencias religiosas¹⁶.

¹⁴ La revista *Claves de Razón Práctica* ha publicado varios textos relativos a la polémica de Habermas con Flores d'Arcais y a algunas de sus secuelas: Paolo Flores d'Arcais, Flores d'Arcais, Paolo, «Once tesis contra Habermas», trad. cast. de Alejandro Pradera, *Claves de Razón Práctica*, n. 179, enero 2008, págs. 56- 60; Jürgen Habermas, «La voz pública de la religión. Respuesta a las tesis de Paolo Flores d'Arcais», trad. cast. e introducción de Juan Carlos Velasco, *Claves de Razón Práctica*, n. 180, marzo 2008, págs. 4- 6; Jürgen Habermas y Paolo Flores d'Arcais, «La religión en la esfera pública», *Claves de Razón Práctica*, n. 190, marzo 2009, págs. 7-21 (incluye el texto de Habermas «Repetita iuvant» y el de Flores d'Arcais, «La insostenible distinción de Habermas», ambos publicados previamente en *Micromegas*, trad. cast. de Alejandro Pradera); Manuel Reyes Mate, «El debate Habermas/Flores d'Arcais. La religión en una sociedad postsecular», *Claves de Razón Práctica*, n.181, abril 2008, págs. 28-33; y José María Ruiz Soroa, «Religión en democracia», *Claves de Razón Práctica*, n. 182, mayo 2008, págs. 4-11. Sobre el tema, véase también Rafael Díaz- Salazar, *Democracia laica y religión pública*, Madrid, Taurus, 2007, esp. cap. I.

¹⁵ Cf. Habermas, *Entre naturalismo y religión* cit. (como en nota 11), pág. 142.

A mi modo de ver, más allá de aquel riesgo de desintegración y de estos sesgos dogmáticos, el problema básico de posiciones como las anteriores, incluida la más limitada de Habermas, es que ellas sí incurren en un dilema sin escape que, a mi modo de ver, permite dirimir su debate con Rawls y su presunto dilema. Y es que las creencias religiosas carecen de la especial pretensión de objetividad exigible a las proposiciones morales de justicia, esto es, aquellas que en un sistema democrático sólo son imponibles coactivamente tras una deliberación con razones que pretendan ser aceptables para todos. Por verdaderas o válidas universalmente que se consideren por sus creyentes, las creencias religiosas se suelen reconocer, y en todo caso han de reconocerse, como idiosincrásicas y, por tanto, como carentes de dicha pretensión de objetividad, en el sentido de que no son susceptibles de aceptación de forma voluntaria ni racional, sino como producto de un acto de fe, sea por la aceptación incuestionada producto de la educación infantil o sea a partir de un deslumbramiento, conversión o proceso similar idénticamente no racional ni volunta-

¹⁶ También Waldron, curiosamente, expresa cierto escepticismo frente a la «sequedad y relativa inarticulación» de la «reflexión fundadora (*foundational writing*) en el pensamiento liberal secular moderno» («Religious Contributions...» cit. [como en nota 7], pág. 846).

rio. Y ese rasgo las convierte en irrelevantes e inaceptables en un debate como el democrático, en el que se pretende imponer decisiones coactivamente vinculantes para todos los ciudadanos¹⁷.

Las iglesias cristianas, olvidada ya la estricta y sangrienta obediencia al evangélico «compelle intrare», reconocen hoy dicho rasgo casi universalmente¹⁸, aunque una religión

¹⁷ Aunque para rechazar ambos aspectos, Nicholas Wolterstorff distingue entre la cuestión de que la religión no deba ser determinante de las decisiones políticas y la de que no deba ser una razón alegable ante los demás («The Role of Religion...» cit. [como en nota 6], pág. 69). Sin embargo, aunque ambas sean relevantes como cuestiones morales, en el sentido de que afectan al foro interno de cada cual, sólo la segunda es aquí relevante como cuestión de ética política y posible objeto de crítica pública.

¹⁸ No soy en absoluto experto en el tema, y un comentario de Dworkin me inclina a pensar que en Estados Unidos existen grupos cristianos fundamentalistas que no caben en la caracterización anterior del texto, entrando más bien en la alternativa sucesiva, también del texto: «Muchos conservadores religiosos —escribe Dworkin— [...] no] creen que la religión sea inaccesible a los ateos, tampoco piensan que el dios al que honran deniegue su gracia a esas personas; piensan más bien que los ateos se niegan con tozudez a abrir sus corazones a la verdad» (*Is Democracy Possible Here?. Principles for a New Political Debate*, Princeton- Oxford, Princeton University Press, 2006, págs. 64-65; trad. cast. de E. Weikert García, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Paidós, 2008, pág. 88).

como la islámica, tanto en sus manifestaciones originarias como al menos en sus defensores actuales más radicales, parece partir del criterio opuesto de que la fe religiosa se puede y hasta se debe imponer llegado el caso por la violencia. Pero esta última posición resulta tan manifiestamente insostenible que se puede considerar, sin más, como irrazonable en el sentido rawlsiano. De tal manera, el dilema sin escape para la persona religiosa reside en que debe reconocer que sus razones idiosincrásicamente religiosas, como toda razón idiosincrásica sea o no religiosa, no pueden ser argumento válido para quienes no compartan su misma fe, so pena de situarse en el terreno de la irrazonabilidad del fanático.

En este punto resulta oportuno poner en cuestión la diferencia marcada por Habermas entre la esfera pública informal y la esfera oficial o institucional. Aunque con propósitos justamente opuestos a los aquí defendidos —que por lo que se verá enseguida estoy lejos de suscribir—, creo que, a grandes rasgos, tiene razón Waldron en considerar errónea la distinción esencial entre ciudadanos ordinarios y legisladores en lo que afecta a la deliberación y al voto desde el punto de vista de una aceptable doctrina democrática: primero, porque al igual que el legislador, el ciudadano no actúa privadamente cuando delibera o ejerce su voto, voto que por lo demás

puede tener efectos legislativos en ciertos referendos; y, segundo, porque la relación de representación política, aun no siendo simple ni mecánica, establece una básica conexión entre la deliberación de los ciudadanos y la de los legisladores¹⁹

Frente a la posición de Rawls se han alegado sobre todo dos argumentos de distinto signo, no siempre claramente distinguidos pero ninguno de los dos convincente. Uno, meramente reactivo o defensivo, pretende que debemos aceptar las razones religiosas porque tampoco hay plena seguridad de una sólida fundamentación de las razones que el liberalismo considera aceptables en el debate público²⁰. Pero, salvo que se adopte un excep-

¹⁹ Cf. «Religious Contributions...» cit. (como en nota 7), ap. III.

He cualificado mi afirmación con la expresión «a grandes rasgos» porque puede ser relevante y sensata alguna diferencia jurídica, como más tarde indico en la nota 26.

²⁰ En tal sentido, Waldron impugna que el «consenso superpuesto» rawlsiano «es probable que sea, en el mejor de los casos, indeterminado», («Religious Contributions...» cit. [como en nota 7], pág. 839), afirmando que «no tenemos (ni deberíamos tener) una noción tan segura de consenso público, ni requisitos de equidad para el debate tan exigentes como para excluir que cualquier punto de vista tenga su efecto en el mercado de las ideas» (*ib.*, pág. 842); por su parte, Weithman objeta que la idea de accesibilidad que está detrás de la exigencia de que las razones sean aceptables para todos es oscura,

ticismo que destruye la propia idea de deliberación presupuesta en esta polémica, me parece que en tal argumento hay un claro *non sequitur*, pues que no sepamos con seguridad qué razones son válidas y decisivas en una discusión no implica que no podamos saber con seguridad que hay ciertas razones claramente inválidas, que podemos perfectamente descartar.

El otro argumento, más activo o positivo, es que las creencias religiosas pueden contener algo de verdad, en el sentido de que pueden incorporar alguna razón válida desde un punto de vista jurídico-político. Este argumento tiene dos versiones, una más radical que otra. En la línea más radical, Wolterstorff exige únicamente que la alegación de las razones religiosas en el debate público se haga en forma civilizada, respetando las reglas democráticas y teniendo como objetivo a la justicia y no al autointerés²¹. Y ejemplificándolo personalmente como «creyente religioso», a propósito del debate sobre

mal definida y altamente controvertible («hardly self-explanatory, [...] ill-specified or highly controversial»: cf. *Religion and the Obligations of Citizenship* cit. [como en nota 6], pág. 9).

²¹ Cf. «The Role of Religion...» cit. (como en nota 6), págs. 112- 113, así como «Audi on Religion...», en *Religion in the Public Square...* cit. (como en nota 6), pág. 146.

si la asistencia social es una cuestión de caridad o de derechos, añade:

«Yo pienso que todo el mundo tiene un *derecho* a un acceso justo a los medios de subsistencia. He llegado a creer esto reflexionando sobre lo que los escritores bíblicos dicen sobre los pobres»²².

Bien. Es muy significativo que Wolterstorff aduzca su *reflexión* sobre unos textos, reflexión que muy bien podría contener razones independientes de la mera autoridad religiosa, la cual habría así operado en el plano del contexto de descubrimiento, del mismo modo que, según la leyenda, Newton descubrió la ley de la gravedad cuando le cayó una manzana mientras dormía. Pero si en el argumento de Wolterstorff la idiosincrásica autoridad de la Biblia por sí sola pretendiera tener alguna fuerza, ese apoyo sería tan impertinente en el contexto de la justificación en un debate público como alegar que se ha llegado a la misma conclusión tras un sueño, por haberlo leído en los posos de una taza de café o por el aspecto de las entrañas de un pájaro.

También Weithman viene a asumir una posición radical similar, defendiendo que la

²² «Audi on Religion...» cit. (como en nota 6), pág. 162.

única condición para que los ciudadanos puedan basar su voto *sólo* conforme a sus visiones morales y religiosas comprehensivas es que «crean sinceramente» en la justificación de su imposición coactiva, y que, además de la anterior condición, quienes por similares razones aboguen en el debate público por unas u otras medidas concretas estén «dispuestos a indicar lo que ellos creen que justificaría la adopción de las medidas»²³. Pero lamentablemente, según yo lo veo, se trata de condiciones tanto más fáciles de cumplir cuanto más dogmática o fundamentalista sea la posición religiosa. Frente a ello es el caso de insistir, con Rawls, en que la idea de razón pública exige que la utilización de la coacción que es característica del poder político sea decidida no por las que se consideren las mejores razones según la propia idea de la verdad absoluta, sea religiosa o secular, sino

«por razones que puedan ser compartidas por todos los ciudadanos en tanto libres e iguales... [...]. El liberalismo político considera que esta insistencia sobre la verdad absoluta en política es incompatible con la ciudadanía democrática y la idea de la ley legítima»²⁴.

²³ *Religion and the Obligations of Citizenship* cit. [como en nota 6], págs. 121 y 124.

²⁴ «The Idea of Public Reason Revisited» cit. (como en nota 9), pág. 771; trad. cast., pág. 162.

La línea más moderada del argumento anterior, suscrita por Waldron o por Habermas, concede que las razones públicas no pueden ser en último término específicamente religiosas pero que, teniendo en cuenta la carga de verdad que puede haber en ellas, deben poderse llevar al debate público porque pueden sugerir ideas justas y nuevas. Para ese surgimiento es fundamental, me parece, la propuesta de la traducción de las razones religiosas a razones comunes (o, si se quiere, «seculares»), bien clara al menos en Habermas²⁵. Sin embargo, a mi modo de ver,

²⁵ Y más ambigua y oscura en Waldron, quien, ilustrando su argumento con un avance del tema de su libro *God, Locke, and Equality: Christian Foundations of John Locke's Political Thought* (Cambridge, Cambridge University Press, 2002), afirma: «Queda abierto qué y cuánto queramos traducir de esta herencia en una comprensión secular. Por el momento, el tipo de concepciones religiosas que subyacen a obras como el *Segundo Tratado* de Locke siguen siendo válidas para nosotros como ricas fuentes de *sugerencia* [intimation] para desarrollar nuestras teorías del hombre y la sociedad, la justicia y la economía, la igualdad, la libertad y la dignidad. [...] ...recurrirnos periódicamente a esa fuente como inspiración, o para extraer el tejido de varios hilos de la argumentación, o para una nueva especificación de un problema, o simplemente para ver desde un nuevo ángulo un viejo material. No hacemos eso *por* su carácter teológico, pero tampoco retornamos al material lockeano *a regañadientes*, por así decirlo, *a pesar* del lenguaje sobre Dios. Volvemos a escritores en la tradición cristiana del Derecho natural y de los derechos naturales porque esa es la herencia en la que seguimos

reconocer la necesidad de tal traducción es aceptar el fundamento sobre el que se basa la defensa rawlsiana de la razón pública. Si las creencias religiosas valieran por sí mismas no tendrían que traducirse a razones aceptables para todos, pero si necesitan esa traducción es, precisamente, porque se reconocen como no aceptables para todos.

Hasta aquí he venido afirmando que las creencias en materia religiosa, como cualquier creencia idiosincrásica, son irrelevantes e inaceptables en el debate democrático, en el que no pueden ser alegadas como argumento normativo válido para todos. Ahora conviene añadir la precisión, sobre la que retornaré al final, de que aquella inaceptabilidad y ese no poder ser alegadas de las razones religiosas, se mantiene y se debe

extrayendo un cuerpo de teoría secular, y en absoluto es claro que hayamos completado tal tarea (o, en realidad, que haya sólo una manera de completarla)» («Religious Contributions...» cit. [como en nota 7], pág. 847). Ahora bien, si el objetivo es completar un «cuerpo de teoría secular», no niego la posible utilidad de cualquier material en el contexto de descubrimiento pero, como cuestión de justificación, el qué y el cuánto de la traducción de las razones teológicas a seculares no debería depender de lo que «queramos» (sino, si acaso, de lo que podamos) y nuestro retorno a las razones teológicas en cuanto tales deberá tener la finalidad de superarlas o trascenderlas, es decir, valorar el material lockeano más allá —y a fin de cuentas, según yo lo veo, «a pesar»— de sus apelaciones a Dios.

mantener en el plano de los deberes cívicos, de la moral social, sin que, al menos en principio, deba convertirse en una obligación jurídica, y todavía menos amenazada con cualquier tipo de sanciones²⁶. Se trata de un *caveat* similar al «*silete theologi in munere alieno*», que terminó por imponerse históricamente no en forma coactiva sino por la extensión de su convicción y por la fuerza de sus razones en el ámbito intelectual y social de la modernidad occidental. Todo ello significa que cualquier ciudadano puede *de hecho* alegar creencias religiosas en un debate público sin que nadie le sancione por ello (en España, así lo hacen los obispos con particular frecuencia). Pero ante ello debería ser un clamor la réplica de que tales alegaciones son irrelevantes e impertinentes en el marco de una deliberación pública imparcial.

En resumen, si el conjunto de mi argumentación resulta convincente, no puede estar fundada la pretensión de Weithman y Wolterstorff o, aunque de modo más circuns-

²⁶ Digo «al menos en principio» porque nada excluye la posibilidad de la anulación mediante el control de constitucionalidad de leyes que tengan una eminente y rotunda motivación religiosa por contradecir el principio constitucional de aconfesionalidad o neutralidad en materia religiosa, como también sería judicialmente anulable una sentencia en la que una motivación esencial fuera de carácter religioso.

crito, Waldron y Habermas de aceptar la incorporación de las creencias religiosas e incluso de otorgarles una cierta prioridad en la esfera pública, entendida ésta como la esfera de la deliberación de aquellas decisiones que deben adoptarse como coactivamente obligatorias para la comunidad. En esa deliberación, tanto si es informal como si es institucional, los argumentos religiosos son tan irrelevantes e impertinentes como la visión que cada cual pueda tener sobre la virtud o virtudes que se propone cultivar para lograr su perfección moral o sobre si para él y los sacerdotes del propio culto debe preferirse la abstinencia sexual a la promiscuidad.

3. *De Rawls a Dworkin*

La conclusión anterior conduce a aceptar a grandes rasgos la posición rawlsiana sobre la razón pública, que, tanto para las personas religiosas como para las no religiosas²⁷, obli-

²⁷ Me parece bien pertinente la insistencia de Rawls en este punto (cf., por ejemplo, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, págs. 220-225; trad. cast. de Antoni Domènech, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, págs. 255-260; así como «The Idea of Public Reason Revisited» cit. [como en nota 9], págs. 775-78, trad. cast., págs. 167-172), que contrasta con la más estrecha teorización de Robert Audi, para quien la contraposición esencial se presenta entre razones seculares y religiosas (cf. «Liberal Democracy

ga a distinguir entre lo que se defiende como concepción comprensiva, que incluye los criterios relativos a los modelos de virtud o bondad, y todo lo que afecta a la esfera de lo correcto, que es la propia de la imposición coactiva y en cuya deliberación no pueden ser relevantes ni decisivos *erga omnes* los argumentos del primer tipo, sino los formulados en términos de razonabilidad, reciprocidad y aceptabilidad universal. ¿Qué ha corregido o superado Dworkin respecto de la posición de Rawls? A mi modo de ver bien poca cosa, salvo una malinterpretación, una distinción que no distingue y una precisión menor y a su vez ulteriormente precisable.

La malinterpretación reside en que Dworkin atribuye a Rawls la pretensión de que los creyentes religiosos deben separar o aislar sus convicciones religiosas de sus criterios políticos. Sin embargo, lejos de mantener tal tesis, lo que Rawls ha venido a defender es la posibilidad y la necesidad de la convergencia de las distintas concepciones (no en el sentido débil de un mero *modus vivendi*, sino en el fuerte del *overlapping consensus* o «consenso

and the Place of Religion in Politics», en *Religion in the Public Square...* cit. [como en nota 6], págs. 23-33; así como «Moral Foundations of Liberal Democracy, Secular Reasons, and Liberal Neutrality Toward the Good», *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, n. 19, págs. 216-218).

por superposición») en los principios básicos de una «democracia constitucional razonable», principios que se pueden no sólo fundamentar sino también argumentar, al menos en relación con los correligionarios, en distintas doctrinas comprensivas, religiosas o seculares²⁸. Es bien sorprendente, además, que Dworkin pretenda replicar a Rawls citando aprobatoriamente cómo Martin Luther King recurrió a su religión en defensa de los derechos civiles²⁹, cuando en *Political Liberalism* Rawls ejemplifica precisamente con el caso de Luther King su defensa de un «punto de vista incluyente» de la razón pública, que es el

«que permite a los ciudadanos, en determinadas situaciones, presentar lo que consideren la base de los valores políticos arraigada en su doctrina comprensiva, mientras lo hagan por vías que robustezcan el ideal de la razón pública» (1993, pág. 247, así como págs. 249- 250, trad. cast., págs. 283 y 284-286, respectivamente).

A mi modo de ver, sin embargo, lo más criticable de la posición de Rawls sería precisamente esta poco clara falta de aislamiento entre razones comprensivas (religiosas o

²⁸ Cf. Rawls, «The Idea of Public Reason Revisited» cit. (como en nota 9), págs. 782-783 y la expresiva nota 46; trad. cast., págs. 174-175.

²⁹ Cf. Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*... cit. (como en nota 18), pág. 65; trad. cast., pág. 88.

no) y los criterios políticos, al menos si es correcto mi argumento frente a la alegación de razones de carácter religioso o similar, que abogaría más bien en favor de un punto de vista menos incluyente. Desde este punto de vista, aun sin negar que puedan ser presentadas ante y para los correligionarios, tales razones deben considerarse más bien impertinentes e irrelevantes en la deliberación general. Y en realidad, esta misma parece haber terminado siendo la «revisada» y última posición de Rawls sobre la razón pública como argumentación dirigida a los otros³⁰.

Junto a la malinterpretación, Dworkin propone superar «las limitaciones del proyecto

³⁰ Cf. Rawls, «The Idea of Public Reason Revisited» cit. (como en nota 9), págs. 786-787; trad. cast., págs. 179-180, donde distingue claramente entre el «razonamiento público» —que debe apelar «a las concepciones públicas de la justicia, y por ende a pruebas verificables y a hechos sujetos al escrutinio público, para llegar a conclusiones sobre lo que consideramos más razonable en materia de instituciones y estrategias políticas»— y «otras dos clases de discursos que se han de mencionar, aunque ninguno expresa una forma de razonamiento público»: uno es la declaración de las propias razones comprensivas, religiosas o no, con la que no se pretende convencer a todos sino expresar la razonabilidad de ciertos puntos de partida que convergen en la concepción pública de la justicia, y el otro es la conjetura, por la que sugerimos que doctrinas comprensivas ajenas a las nuestras pueden respaldar una dicha concepción de la justicia.

del liberalismo político de Rawls, de su estrategia de aislar las convicciones políticas de las convicciones morales, éticas y religiosas más profundas», mediante una propuesta distintiva que en realidad no distingue nada:

«Debemos adoptar una estrategia diferente. No hemos de intentar excluir del debate político las convicciones más profundas de las personas. Al contrario, [...] debemos intentar convencer a los conservadores religiosos de que su pretensión de fundir religión y política del modo que proponen hoy es un error porque contradicen ciertos principios muy básicos que también forman parte de su fe. [...] En el capítulo 1 afirmé que casi todos aceptamos el segundo principio de la dignidad humana, el principio que nos exige a cada uno de nosotros asumir la responsabilidad personal por nuestras convicciones éticas, incluyendo las concepciones religiosas. Los seguidores de las tradiciones religiosas que actualmente florecen en Norteamérica aceptan este principio, [...] que] impide que nos subordinemos a otras personas que pretenden elegir por nosotros una fe religiosa e imponérsela. Los norteamericanos religiosos y también laicos aceptarían este compromiso de rechazar la subordinación; según ello, la fe debe ser una cuestión de convicción interna, no de compulsión externa»³¹.

³¹ Cf. Dworkin, *Is Democracy Possible Here?...* cit. (como en nota 18), págs. 65-66, trad. cast., pág. 89.

Pero según yo lo entiendo, no sólo la distinción rawlsiana entre concepciones comprensivas y razones públicas gira en torno a la idea de que las primeras no pueden ser objeto de imposición coactiva, lo que si no coincide de lleno al menos converge relevantemente con el criterio dworkiniano, sino que la «estrategia» de Rawls es indistinguible de la de Dworkin en la medida en que toda la argumentación de aquél está también dirigida a convencer a todos, religiosos y no religiosos, de la corrección de la misma idea esencial.

La única precisión que Dworkin añade a la posición de Rawls, en fin, es la doble distinción, bien recogida en el texto de Rodolfo Vázquez, entre, de un lado, el modelo de «nación religiosa tolerante» y el de «nación laica tolerante» (con objeto de defender este segundo) y, de otro lado, entre «justificaciones personalmente estimativas» y «justificaciones impersonalmente estimativas» (con objeto de sostener que la intervención estatal sólo es legítima por el segundo tipo de razones). Tengo a mi vez sendas precisiones a estas dos distinciones, que comentaré en orden inverso al anterior.

La distinción entre justificaciones personal e impersonalmente estimativas pretende diferenciar el ámbito de las concepciones sobre la

forma de vida intrínsecamente valiosa o no valiosa para la propia persona y el de los juicios sobre el valor de acciones y estados de cosas que nos afectan interpersonalmente. Sólo en este segundo ámbito es según Dworkin legítima la intervención estatal, mientras que la interferencia en el primero violaría el principio de responsabilidad individual por la propia vida y los propios valores éticos, que es uno de los principios esenciales que configuran la dignidad humana³². Ahora bien, esta distinción no es sino una reformulación más de la distinción rawlsiana entre la esfera de lo bueno y la de lo correcto o justo. No tengo inconveniente alguno en aceptar que la distinción de Dworkin la reformula de una manera más intuitiva y hasta más precisa, si bien ninguna denominación que sea mínimamente sintética, como también lo es ésta, puede dar cuenta completa de los matices de una construcción teórica. De hecho, el propio Dworkin debe precisar que las limitaciones de la libertad basadas en justificaciones impersonalmente estimativas son aceptables «en principio», pues «también deben respetar los principios distributivos apropiados»³³. Pero puestos a precisar más, uno diría que mientras la idea de «justificación personalmente estimativa» resulta afortunada desde un punto de vista «libe-

³² Cf. *ibidem*, págs. 70- 71; trad. cast., págs. 95-96.

³³ Cf. *ibidem*, págs. 70-; trad. cast., 95.

ral» para excluir la intervención estatal, en cambio la de «justificación impersonalmente estimativa» puede resultar indebidamente amplia. En efecto, tomada literalmente y en cuanto parte de una dicotomía exhaustiva, uno diría que tal categoría no se agota en la esfera de lo justo o correcto, pues también son impersonalmente estimativas posibles intervenciones estatales en prosecución no de la justicia sino de la generosidad, la beneficencia o la solidaridad, que sin embargo, salvo que se puedan mostrar coincidentes con razones de justicia, parece que deben dejarse a la libre voluntad de las personas.

La otra distinción dworkiniana, que tal y como se presenta pretende recoger dentro de la categoría de «nación laica tolerante» los criterios derivados del principio de neutralidad estatal en materia religiosa³⁴, me parece

³⁴ Traducido a los términos en que yo mismo lo planteé en mi escrito en polémica con Navarro-Valls, el modelo de «nación religiosa tolerante» de Dworkin refleja de manera muy fidedigna tanto formas de confesionalidad estatal con libertad religiosa como la construcción de la laicidad positiva, mientras que el modelo de «nación laica tolerante» es caracterizado por idénticos rasgos a los que yo utilicé para caracterizar la neutralidad estatal en materia religiosa: «permisivo con la religión», «no se compromete más con el ateísmo que con la religión», «no se define respecto de si alguna religión es la mejor, si es que alguna lo es», excluye la religión y la antirreligión en los ceremonias oficiales,

terminológicamente confundente porque puede interpretarse como si en esta materia no fuera posible la neutralidad. Un argumento muy esgrimido en España por los católicos, obispos y seglares, es que la laicidad no positiva, esto es, la que no se compromete en considerar favorablemente a las regiones y en fomentarlas y ayudarlas particularmente, en especial en el terreno educativo, no es en realidad laica o neutral sino «laicista», en el sentido de hostigadora de las religiones en provecho de la irreligión. Pero esa rígida alternativa «o conmigo o contra mí» es sencillamente falsa. Tan falsa y parcial como lo sería el eventual agravio de un «laicista» en el anterior sentido, es decir, de un ateo militantemente antirreligioso, que se quejara por el hecho de que el Estado no adopte un imaginario «laicismo positivo» que favorezca

juramentos y celebraciones públicas, evita toda discriminación o favorecimiento a grupos religiosos en los servicios públicos, excluye el rezo y la enseñanza de cualquier religión en las escuelas públicas (aunque no de la historia y el papel de las religiones) y, en suma, trata «la libertad de religión como un caso de un derecho más general a la libertad ética y no simplemente religiosa» (cf. Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*... cit. [como en nota 18], págs. 58-61; trad. cast., págs. 81-84; compárese lo anterior con lo afirmado por mí sobre la neutralidad estatal en materia religiosa en Ruiz Miguel, «Para una interpretación laica de la Constitución», en Ruiz Miguel y Navarro- Valls, *Laicismo y Constitución* cit. [como en nota 3], esp. § 4).

especialmente su posición alegando que si no lo hace está tomando partido por la religión. La laicidad estatal consiste precisamente en no tomar partido en materia religiosa, ni a favor ni en contra, esto es, tanto entre las diversas creencias religiosas como en relación con las creencias no religiosas y antirreligiosas. Como se ha dicho eficazmente, no es «neutralidad entre las religiones, sino [...] neutralidad hacia las religiones»³⁵, que, por cierto, es un criterio perfectamente asumible, como posición para el Estado, tanto por personas religiosas que lamentan la presunta expansión del ateísmo como por laicistas que deploran la existencia de las religiones³⁶. Ese criterio está en el punto perfectamente medio, o neutral, entre las distintas posiciones a propósito de la religión, que es, justa-

³⁵ Beltrán, «Sobre dioses, derechos y leyes...» cit. (como en nota 4), pág. 50.

³⁶ Remito sobre ello a Alfonso Ruiz Miguel, «Laicidad, laicismo, relativismo y democracia», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n. 199, julio 2007, págs. 43 ss; también en Rodolfo Vázquez (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, págs. 165 ss.

Un excelente ejemplo de cómo una persona religiosa, en concreto católica, puede no sólo aceptar sino fundamentar el punto de vista laico tan honesta como inteligentemente lo ofrece Hugo Omar Seleme, «El desafío del católico liberal», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 30, 2007, págs. 471-490.

mente, el mismo punto que adopta y defiende Dworkin³⁷.

4. *Neutralidad, imparcialidad y aplicaciones concretas*

Este es momento oportuno para introducir una nueva discusión, en este caso sobre la diferencia propuesta Rodolfo Vázquez entre neutralidad e imparcialidad, que, como advierte con razón, yo he usado como sinónimos en mis escritos sobre el tema. Para Vázquez, mientras la neutralidad puede sugerir la idea de inacción o, en palabras de José Ramón Cossío, de «no actuar o no pronunciarse» con el resultado de convalidar situaciones asimétricas, lo que sería exigible al Estado es la imparcialidad, que le permite e incluso le exige intervenir regulando cuestiones relacionadas con la religión. Es en este punto de la argumentación de Vázquez cuando se alude

³⁷ Prueba de que entre el modelo de «nación religiosa tolerante» y el de «nación laica tolerante» no cabe propiamente una vía intermedia, sino que el segundo modelo es precisamente la vía media entre un Estado religiosamente comprometido y uno ateo o «laicistamente» comprometido, es que, como advierte Dworkin, en la práctica pueden darse distintas mezclas de aquellos dos primeros modelos, pero reflejando políticas contradictorias y no una vía neutral distinta y superadora (cf. *Is Democracy Possible Here?*... cit. [como en nota 18], págs. 56-57; trad. cast., pág. 79).

expresamente a la Constitución mexicana y a su principio de separación entre Estado e iglesias, lo que me conduce a la discusión pendiente de la aplicación a ciertos casos concretos del principio de laicidad, con lo que concluirá esta contribución. Antes de ello, sin embargo, me parece necesario hacer una consideración general sobre la diferencia entre neutralidad e imparcialidad.

En teoría cabría distinguir la neutralidad de la imparcialidad porque aunque ambas implican un cierto distanciamiento por encima de las partes, mientras la neutralidad sugiere no estar ni con una ni con otra parte, la imparcialidad puede resultar tanto en esa actitud intermedia como en la de apoyar a una u otra de las partes, o en parte a las dos, si así lo dictan la razón o las reglas aceptables³⁸. Pues bien, en lo que se refiere a la actitud del Estado en cuestiones genuinamente religio-

³⁸ Esta es sólo una de las posibles formulaciones de la diferencia. En una línea bien diferente, Wolterstorff ha distinguido entre dos interpretaciones de la *neutralidad* estatal en materia religiosa: una de *separación*, que excluye favorecer o entorpecer a cualquier religión, y otra de *imparcialidad*, que permite favorecer a las religiones siempre que se haga «equitativamente» con todas ellas («The Role of Religion...» cit. [como en nota 6], págs. 75-76). Esto, por cierto, pone de manifiesto la facilidad con la que el término «imparcialidad», seguramente por su connotación valorativa, puede ser llevado a distintos puntos del espectro ideológico.

sas, esto es, cuando se trata de optar entre unas u otras opciones religiosas y/o antirreligiosas, creo que la neutralidad es la política adecuada. No obstante, creo que debe aceptarse que el Estado no debe ser estrictamente neutral sino más bien imparcial en el sentido de Vázquez, y específicamente frente a las conductas religiosamente motivadas, al menos en dos ámbitos circunscritos y en realidad al margen del amplio ámbito de lo meramente opinable en materia religiosa, que es el que consideré en mis escritos sobre el tema: por una parte, en el conflicto entre religión y derechos básicos, lo que no requiere mayor explicación, y, por otra parte, en el ámbito de la tensión entre religión y ciencia, que aparece no sólo como una tensión de actitud metodológica y no sólo de contenidos, en la medida en que la actitud científica exige prescindir de cualquier hipótesis explicativa en términos religiosos. En este tipo de tensiones, no cabe duda de que el Estado no debe ser neutral pero puede ser perfectamente imparcial cuando en materia de enseñanza e investigación favorece y fomenta en exclusiva tanto la actitud científica como la divulgación de los conocimientos científicamente adquiridos.

En todo caso, la imparcialidad defendida por Rodolfo Vázquez como diferente de la neutralidad tiene varias aplicaciones relativas

al debate mexicano que merecen ser consideradas con cierto detalle. Quiero advertir de antemano que la regulación constitucional mexicana me parece envidiable en general, en cuanto que impide acuerdos con el Estado Vaticano como los que se firmaron en la transición española, todavía hoy en vigor. En realidad, de los seis puntos que Vázquez menciona al comienzo de su ponencia, comparto sus críticas a tres de ellos: así, conforme a lo que he defendido en éste y en escritos anteriores, coincido plenamente en la justificación de mantener la laicidad en las escuelas públicas y en la exclusión de la enseñanza religiosa en los planes de enseñanza, como también me parecen del todo infundadas las subvenciones al clero mediante impuestos³⁹, y, en fin, tampoco tengo nada que objetar a las críticas a las autoridades públicas que toman partido en asuntos públicos, legales o judiciales con argumentos de carácter religioso. Sin embargo, tiendo a no compartir las reticencias de Vázquez a propósito del reconocimiento a los ministros de distintos cultos y a

³⁹ Sólo excluiría el modelo alemán, en el que el Estado únicamente cumple una función recaudatoria, a través de una adición plenamente voluntaria al impuesto sobre la renta, pero no el sistema español, en el que el porcentaje asignado del impuesto «al sostenimiento de la Iglesia Católica» y/o a «finés sociales» es voluntario pero aminora la participación de tales contribuyentes en el conjunto de los gastos del Estado.

las iglesias y asociaciones religiosas de derechos básicos como el sufragio pasivo, la asociación política y la expresión de opiniones políticas, incluida la libertad de poseer o administrar medios de comunicación, todo ello, naturalmente, con la igual reserva del derecho igualmente básico de cualquiera a la crítica, incluso escandalizada y despiadada, por el modo en que se ejercen aquellos derechos básicos por tal o cual iglesia.

Entiendo que el origen del debate procede de las limitaciones que la Constitución mexicana impone a los ministros de cultos e iglesias, bajo la inspiración del «principio histórico de la separación entre el Estado y las iglesias» establecido al inicio del artículo 130, que luego va excepcionando uno por uno los derechos citados, que por lo demás se declaran de forma general en otros artículos de la Constitución (como los arts. 6, 7 y 9 y 35)⁴⁰.

⁴⁰ Así, el art. 130 d) reconoce el derecho a votar pero no a ser votados de los ministros de cultos y su letra e) dice que «los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna», añadiendo enseguida la prohibición estricta de formar «agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa».

Por lo que he podido ver, las limitaciones a libertad de creación de medios de comunicación se encuentran no en la Constitución sino únicamente en la vigente Ley de

Naturalmente, aparte de declarar mi ignorancia sobre el grado de eficacia en la práctica de tales limitaciones, mi pretensión aquí sólo puede ser la de considerar su justificación en el plano filosófico- jurídico, que debería extenderse a casos en buena parte similares aunque distantes, como el de Turquía. En todo caso, para anticiparlo clara y polémicamente, me parecen excepciones a derechos básicos difícilmente justificables tanto por alguna tipo de razón intrínseca, relativa a la naturaleza de los derechos mismos, como en términos del principio general de neutralidad o imparcialidad en materia religiosa. Veámoslo por partes, primero en relación con las razones intrínsecas, para concluir con una reflexión sobre el principio de neutralidad.

Partiendo del principio de que no es la extensión de cualquier derecho fundamental sino su limitación lo que debe justificarse, es cierto que resultan excepcionalmente admisibles restricciones a algunas categorías de ciudadanos del derecho al sufragio pasivo

Asociaciones Religiosas y Culto Público, de 15 de julio de 1992, cuyo artículo 16 establece la prohibición de que las asociaciones religiosas y los ministros de culto posean o administren «cualquiera de los medios de comunicación masiva», excluyendo de tal prohibición a «las publicaciones impresas de carácter religioso» (agradezco a Rodolfo Vázquez la información sobre esta Ley).

como garantía de la división de poderes para ciertos funcionarios del propio Estado, como suele ocurrir con la inelegibilidad como parlamentarios de jueces o de miembros de las fuerzas armadas⁴¹. En el caso del clero, que forma parte de la sociedad civil y no del Estado, la única razón intrínseca imaginable para negarle ese derecho de ciudadanía sería considerarle como extranjero por la razón que Locke utilizó en su *Carta sobre la tolerancia* para negar la tolerancia de la Iglesia católica: su deber de obediencia a otro príncipe, el Papa de Roma. Pero, aparte de que la limitación mexicana se refiere a los ministros de cualquier culto (incluidos, seguramente, los que en ciertas religiones cristianas offician informalmente⁴²), tomar en serio el argumen-

⁴¹ Tales causas de inelegibilidad quedan sin efecto mediante la renuncia a la respectiva función, usualmente inmediatamente precedente. En el caso mexicano, sin embargo, el art. 14 de la citada Ley de Asociaciones Religiosas exige la renuncia al ministerio del culto con una antelación de cinco años respecto del momento de su elección popular (y de entre tres años y seis meses de su nombramiento como cargos públicos, según sean superiores o no).

⁴² Así, el artículo 12 de la Ley de Asociaciones Religiosas dice en general: «Para los efectos de esta Ley, se consideran ministros de culto a todas aquellas personas mayores de edad a quienes las asociaciones religiosas a que pertenezcan confieran ese carácter. Las asociaciones religiosas deberán notificar a la Secretaría de Gobernación su decisión al respecto. En caso de que las asociacio-

to vaticano convertiría a la norma en infraincluyente y animaría a negar la plena ciudadanía no sólo al clero sino también al conjunto de la feligresía católica.

En cuanto a la limitación del derecho de asociación política al clero y a la restricción de que los partidos utilicen denominaciones asociadas a una religión, creo que en principio se encuentran bastante lejos de las razones de connivencia y apoyo de la violencia que en Alemania o España se han utilizado, y no sin discusión doctrinal, para justificar la prohibición de partidos políticos. Y algo similar debe decirse sobre las limitaciones a la libertad de expresión, incluida la libertad de prensa, que por un lado pecan de clara sobreinclusividad, por establecerse en general y afectar también a materias no políticas, y por otro lado chocan con el principio general, propio de los sistemas democrático- liberales, de la posibilidad de expresión de cualesquiera ideologías, incluidas las antidemocráticas (salvo, repito, aunque el caso sea debatido, en caso de conexión estricta con organizaciones violentas).

nes religiosas omitan esa notificación, o en tratándose de iglesias o agrupaciones religiosas, se tendrán como ministros de culto a quienes ejerzan en ellas como principal ocupación, funciones de dirección, representación u organización».

Con independencia de los argumentos anteriores, ¿podría ser suficiente, como razón extrínseca, el principio de neutralidad o aconfesionalidad estatal, entendido como imparcialidad? Tal vez podría argumentarse que si el Estado no debe comprometerse con ninguna confesión religiosa, por ello mismo está obligado a garantizar que ninguna confesión en cuanto tal pueda afectar a las decisiones políticas vinculantes. Alguien podría añadir que a algo semejante conduce mi argumentación en favor de excluir las razones idiosincrásicamente religiosas y similares de cualquier debate público que comprometa el uso de la coacción estatal. En esta línea, en fin, tal vez se me podría replicar que los problemas de infra y sobreinclusión que acabo de indicar serían solventables mediante una norma constitucional que prohibiera llevar al debate público razones manifiestamente no relevantes, como las derivadas de creencias idiosincrásicas, religiosas o no, las meramente interesadas o, por qué no, las palmariamente contrarias a criterios científicos.

Sin embargo, como ya avancé páginas atrás, aunque algo semejante pudiera suponerse como derivable de mi criterio y de los principios de una deliberación ideal, yo estimo claramente preferible que tal norma no se establezca o que, en caso de existir, permanezca en el limbo de las proclamaciones y

buenos deseos constitucionales sin sanción jurídica en vez de poder ser utilizada por tribunales constitucionales o electorales, por ejemplo como vía para excluir partidos o candidaturas o para controlar y alterar judicialmente los resultados de las elecciones políticas. Como el propio Rawls lo consideró expresamente en *Political Liberalism*, «el ideal de ciudadanía impone un deber moral, no jurídico, el deber de civilidad...»⁴³. En efecto, de modo similar al deber cívico de votar o a la prohibición de mentir, manipular o apelar al exclusivo autointerés en los discursos de los políticos, yo también creo que el compromiso con los requisitos de una buena deliberación debe dejarse a la cultura y la moralidad cívica y no imponerse por ley⁴⁴. Lo que quiere decir que la discusión sobre qué argumentos son razonables y cuáles no debe ser objeto del propio ejercicio de la deliberación democrática entre los distintos participantes y, al final,

⁴³ *Political Liberalism* cit. (como en nota 27), pág. 217; trad. cast., pág. 252 (en la que traduzco «legal» por «jurídico»). En similar sentido, cf. Selemé, «El desafío del católico liberal» cit. (como en nota 36), pág. 479. Por su parte, sea o no exacto, es aceptable la idea de Nicholas Wolterstorff de que «[n]adie ha propuesto nunca criminalizar tal conducta [de inspirar y argumentar sus criterios políticos en razones religiosas: ARM]; sería exigible por la desaprobación social» («The Role of Religion...» cit. [como en nota 6], pág. 79).

⁴⁴ No obstante, es pertinente aquí volver a hacer la salvedad de la nota 26.

ser decidida por cada votante. A fin de cuentas, ningún sistema democrático ha establecido, y por buenas razones, el control o la petición de cuentas sobre las razones por las que el ciudadano decide su voto, por más que la buena doctrina diga, con John Stuart Mill, que tal voto no debe tener «más que ver con sus deseos personales que el veredicto de un jurado»⁴⁵. Sin duda que esa libertad tiene riesgos, pero éste es uno de esos riesgos que son parte del precio que se debe pagar por la democracia.

⁴⁵ *Considerations on Representative Government* (1860), en *Three Essays. On Liberty. Representative Government. The Subjection of Women*, introd. de Richard Wollheim, Oxford etc., Oxford University Press, 1975, pág. 302. Sin mencionar este texto de Mill, ha vuelto sobre la misma idea Jeremy Waldron, «Religious Contributions...» cit. (como en nota 7), págs. 828-829.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

La independencia judicial y el argumento contramayoritario

Rodolfo VÁZQUEZ

Eugenio Raúl Zaffaroni escribía en 1992:

la teoría política de la jurisdicción en América Latina casi brilla por su ausencia, salvo muy contadas y honrosas excepciones.[...] El tremendo descuido de la teoría política y constitucional del Poder Judicial nos conduce a una cruel paradoja: la ciencia jurídica latinoamericana profundiza temas de derecho de fondo y procesal a niveles que en ocasiones igualan y superan los de los países centrales, pero se desentiende casi en absoluto de la estructura institucional del poder que tiene por función, precisamente, la aplicación de esos conocimientos.[...] En nuestras universidades es mínimo el tiempo que se dedica a la enseñanza de la normativa del Poder Judicial, y en cuanto a investigación, es muy poco lo que se ha hecho en los aspectos sociológicos y en la teoría política.¹

¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, «Dimensión política de un poder judicial democrático», en Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, Porrúa-UNAM, México, 2004, pág. 113.

En este mismo orden de ideas, desde mediados de los noventa, José Ramón Cossío y Héctor Fix-Fierro, entre otros académicos mexicanos, se lamentan de los escasos estudios en perspectiva no jurídica que se han realizado en México sobre el Poder Judicial.² De igual manera, para Christian Courtis: «la teoría jurídica ha producido pocas herramientas teóricas para analizar los rasgos y el sentido» de una mayor visibilidad de los tribunales de justicia.³ Paradójicamente, esta escasez contrasta de forma notable con lo que algunos autores han llamado la «expansión global» del poder de los jueces.⁴

La última ola democratizadora hizo pensar a muchos que había llegado la hora de América Latina para transitar -como ya se estaba operando en Europa desde hacía muchos años- de un Estado legislativo o legal hacia un Estado constitucional de derecho. En los últimos años, sin embargo, se percibe en la región, como dijo algún analista político, una «epidemia de poderes especiales» en Vene-

² Véase Carbonell, Fix-Fierro y Vázquez (comps.), *op. cit.*, págs. XI-XII.

³ Christian Courtis, «Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales», en Carbonell, Fix-Fierro y Vázquez (comps.), *op. cit.*, págs. 389-390.

⁴ Véase Neal Tate y Torbjörn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995.

zuela, Bolivia, Ecuador, Nicaragua, Colombia y Argentina. En este último país se ha abusado de los decretos de necesidad y urgencia más que en cualquier otro momento de periodos presidenciales y en agosto de 2006 el gobierno de Kirshner obtuvo «superpoderes» del Congreso para permitirle al jefe de gabinete reasignar fondos del presupuesto nacional sin autorización específica del Congreso. Ello en vísperas de elecciones presidenciales. Todo indica, como bien decía Zaffaroni, que lejos de enfilarnos desde un Estado legal de Derecho a uno constitucional, involucionamos –otra vez- hacia un Estado «decretal» de Derecho.⁵ En este contexto no es raro, como sucedió hace 15 o 20 años que la ciudadanía dirija la mirada hacia el poder judicial. La diferencia es que ahora no estamos saliendo de dictaduras, sino que venimos de regreso de la oleada democrática.

En México, en particular, existen condiciones objetivas que explican la expansión del poder de los jueces. Una de ellas es el proceso de democratización y las sucesivas reformas de 1988 y 1994 al sistema judicial, que crearon una atmósfera adecuada para problematizar el tema de la independencia judicial: 1988 resulta un año bisagra en México por la sospecha de fraude electoral y, al mismo

⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *op. cit.*, pág. 120.

tiempo, la generación de condiciones de competencia política; y por la otra, porque las reformas al Poder Judicial de 1987, implementadas en 1988, ubican a este último en una relación diferente con el poder político, es decir, convierten a la Corte en un Tribunal Constitucional.⁶ Unida a esta condición, comienza a percibirse un papel activo de los tribunales en la medida en que se incrementó el nivel de contenciosidad a partir de las reformas al artículo 105 constitucional, que contempla tanto las acciones de inconstitucionalidad como las controversias constitucionales. Otra condición objetiva en México es el redimensionamiento del Poder Judicial a partir de un cuestionamiento a fondo del principio de división de poderes: de un partido hegemónico a un gobierno dividido en las cámaras que favorece un mayor equilibrio entre los poderes. Finalmente, compartida por muchos países de la región, una creciente desconfianza de la ciudadanía en los partidos políticos que ha reorientado la mirada hacia el Poder judicial como un factor de equilibrio para la gobernabilidad democrática.⁷

⁶ Véase Karina Ansolabehere, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, FLACSO-Fontamara, México, 2007, nota 46, pág. 124.

⁷ Véase Carbonell, Fix-Fierro y Vázquez, *op. cit.*, págs. X-XI.

Un caso en México puede ejemplificar algunas de las condiciones señaladas. La Corte estableció que eran inconstitucionales algunos artículos de la Ley Federal de Radio y Televisión que permitían: la expansión automática, sin trámite alguno, de los concesionarios hacia las telecomunicaciones y además sin pago de contraprestación; el refrendo automático de concesiones de radio y TV; la subasta (y no el concurso) como mecanismo para la asignación de las concesiones; y el plazo fijo de 20 años para las mismas. Lo interesante del caso es que el proyecto de reforma de Ley fue aprobado por unanimidad en la Cámara de diputados; pasó a la Cámara de senadores y en ésta logra la mayoría con la inconformidad de un grupo minoritario de senadores. Esta situación provocó una gran polémica en la opinión pública y comenzó a destaparse el lobby intenso de las dos cadenas televisivas más importantes del país con diputados y senadores. Se evidenció a un Congreso supeditado a los poderes fácticos en pleno periodo electoral.

De acuerdo con el art. 105 la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes federales puede ejercerse, entre otros, por el 33 % de los integrantes del Senado. Se alcanzó ese porcentaje y se procedió a la acción. Contra todo lo esperado el ministro ponente hizo público su proyecto, y en el Pleno de la Corte

se decide transparentar todo el proceso: los ministros reciben a las partes interesadas, escuchan a expertos en la materia y debaten frente a las cámaras del canal judicial votando punto por punto en varias sesiones plenarias. Este procedimiento inusual de la Corte generó una avalancha de artículos periodísticos y comentarios televisivos y radiofónicos justificadamente elogiosos. Uno de los artífices de la transición democrática en México expresó, después de la decisión de la Corte: «Nuestra germinal democracia creó las condiciones y requiere de una Corte constitucional. La SCJN ha empezado a transitar por esa ruta».⁸ Lo que quedó en claro después de todo este proceso fue la actitud oportunista de todos los partidos políticos en el Congreso y, al mismo tiempo, la necesidad de salvar ese déficit democrático depositando la confianza en los ministros de la Corte.⁹

La Corte asumió, como decía, el papel de equilibrador para una gobernabilidad demo-

⁸ José Woldenberg, «La Corte en democracia», *Reforma*, México, 14 de junio de 2007.

⁹ Para un seguimiento puntual y crítico de la resolución de la Corte, la respuesta del Congreso a través de la reforma constitucional en materia electoral, los amparos interpuestos y el estado de la cuestión actual, véase Saúl López Noriega, *Democracia, poder y medios de comunicación*, Fontamara-Fundación Konrad Adenauer, México, 2009, especialmente «Posdata: México y sus ogros mediáticos», págs. 299-348.

crática. Sin embargo, esta repentina legitimación de la Corte creó cierta amnesia en la opinión pública con respecto a fallos no muy lejanos al momento de la decisión sobre el caso de los medios en los que aquélla había mostrado más bien un rostro conservador y pragmático. La Corte se había pronunciado sobre la supeditación del derecho a la libertad de expresión a criterios holistas en términos de nacionalismo y seguridad nacional¹⁰; en un cambio de criterio, resolvió a favor de la constitucionalidad de la pena vitalicia permitiendo así la extradición a Estados Unidos de un grupo de narcotraficantes¹¹; en una contradicción de tesis resolvió a favor de ciertos procedimientos en materia de violencia intrafamiliar en perjuicio de las mujeres afectadas¹²; y sólo una semana después del fallo sobre los medios, con una interpretación literal y legalista de un precepto constitucional, negó a un órgano autónomo del Estado la posibilidad de interponer controversias constitucionales cuando se invade precisamente su

¹⁰ Véase Santiago Vázquez Camacho (comp), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, Porrúa, México, 2007. En esta compilación se reúnen los trabajos de Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró, Francisca Pou y Javier Ortiz.

¹¹ Véase Pedro Salazar Ugarte, «Prisión vitalicia», en *Nexos*, No. 354, México, junio 2007.

¹² Véase Arturo Zaldívar, «Violencia intrafamiliar e indefensión», en *Nexos*, 354, México, junio 2007.

autonomía.¹³ En todos los casos, es justo decirlo, la decisión ha estado dividida y debe destacarse en varios de ellos el voto argumentado en minoría o particular de algunos ministros.

Pues bien, en este marco emergente del poder judicial en contextos democráticos, o mejor, en países en transición democrática, en el que las Cortes presentan el lado oscuro y luminoso de las decisiones, aciertos e inconsistencias y en la que aún no sabe cómo reaccionar frente al debate abierto y público, que en ocasiones ella misma provoca, y reforzada la facultad de estos órganos judiciales para controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas -leyes o decretos, por ejemplo- que dictan los órganos democráticos, legislativo o ejecutivo,¹⁴ la pregunta parece pertinente: ¿debe asumir la Corte este papel tan relevante?

No es sino hasta estos últimos años que el debate sobre la justicia constitucional y el

¹³ Véase Leo Zuckermann, «Poco a poco, los partidos están matando al IFE», en *Excélsior*, México, 14 de junio de 2007.

¹⁴ Sobre la supremacía de la Constitución y el control judicial de constitucionalidad en sus antecedentes históricos véase Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1979; primera edición corregida en Fontamara, México, 1998, Capítulo IX.

proceso democrático ha cobrado un gran vigor académico e intelectual en los países de habla castellana. El debate se ha centrado en dos tipos de críticas o problemas. Un conjunto de éstas se ha orientado, desde la teoría y filosofía política, a reflexionar en torno a la noción de «independencia judicial»; otras voces, desde la teoría y filosofía jurídica, han razonado en contra del control judicial de constitucionalidad a partir de la ya célebre «dificultad contramayoritaria». Quiero detenerme en cada una de ellas y argumentar: 1. a favor de la independencia judicial externa, pero sobre todo, interna, como condición necesaria aunque no suficiente para el ejercicio de la actividad judicial, y 2. asumiendo con seriedad la dificultad contramayoritaria, argumentar a favor de la justicia constitucional como condición necesaria, pero de nueva cuenta no suficiente, para la existencia de un Estado democrático de derecho. Este último entendido bajo una concepción sustantivista «débil» de la democracia.

1.1. Independencia judicial y legitimidad política de la actuación judicial

Podemos entender por independencia judicial en un sentido negativo y externo el que:

[...] la decisión de los jueces sea producto de su interpretación de los hechos presenta-

dos en la causa y del derecho correspondientes al caso, antes que de interferencias y presiones de alguna de las partes del caso, del gobierno, la legislatura, los medios de comunicación, poderes fácticos, organizaciones no gubernamentales, otros jueces, opinión pública, órganos no jurisdiccionales del sistema de justicia, etc.¹⁵

En América Latina comienza a identificarse con cierta claridad tres momentos en la relación entre Poder Judicial y política democrática a partir de la noción de independencia judicial: a) preocupación por la capacidad de control del Poder Judicial al poder político (década de los setenta y ochenta) (Clark, Verner); b) preocupación por la construcción de independencia (fines de los ochenta y mediados de los noventa) (Linz, O'Donnell); c) preocupación por los alcances de la independencia (fines de la década de los noventa en adelante) (Gargarella, Sunstein); o en clave de medios y fines, de la independencia judicial entendida como un fin en sí misma para asegurar la gobernabilidad democrática, es decir, desvinculada de la reflexión sobre el Poder judicial, se pasa a la comprensión de la independencia judicial como un medio, es decir, como condición necesaria aunque no suficiente para la consolidación y la calidad democrática; para llegar a la idea de indepen-

¹⁵ Karina Ansolabehere, *op. cit.*, pág. 22.

dencia judicial como una situación no necesariamente deseable y, sobre todo, problemática para la democracia. Para esta última concepción:

[...] un Poder Judicial más independiente no necesariamente es un Poder Judicial más efectivo o más democrático en el sentido de contribuir con sus decisiones a profundizar el proceso político democrático. El Poder Judicial no sólo es confiable, también puede ser sospechoso respecto de la democracia.¹⁶

En contraste, para la segunda concepción:

Conforme se supera el análisis de las transiciones políticas para enfocar los problemas del nuevo régimen (ya sean democracias nuevas o recuperadas), la posibilidad de hablar de calidad democrática invita a superar el criterio restringido de las elecciones limpias y competitivas y ampliar las condiciones necesarias para que una democracia pueda llamarse tal.¹⁷

Esta segunda concepción, que hace de la independencia judicial una condición necesaria, pero no suficiente para la consolidación democrática, parte del diagnóstico de un Poder judicial descrito como dependiente del

¹⁶ *Ibid.*, pág. 51.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 34.

poder político, inaccesible para los sectores de menores recursos, ineficiente para resolver las controversias en forma rápida y oportuna y desprestigiado ante la ciudadanía. A partir de este diagnóstico asume que el buen funcionamiento del Poder judicial es garantía de la vigencia del Estado de derecho y de la seguridad jurídica como condición para una economía abierta. De lo que se trata, entonces, es que el Poder judicial supere las fallas anteriores y se consolide como guardián del Estado de derecho de cara a la consolidación de las nuevas democracias. El Poder judicial se concibe así como contrapeso del Poder ejecutivo y de los poderes fácticos para constituirse en una instancia facilitadora de la rendiciones de cuentas horizontal, una garantía del derecho frente a la política y una función de equilibrio entre los poderes del Estado.¹⁸ La independencia judicial se constituye, entonces, como una condición *sine qua non* para que el poder judicial ejerza sus funciones con un mínimo de objetividad, transparencia e imparcialidad y así contribuya a la consolidación y calidad de un Estado democrático de derecho.

Es cierto, como afirma la tercera concepción de la independencia judicial, que el Poder judicial puede asumir el rol de un actor

¹⁸ Véase, *ibid.*, págs. 34-35.

autointeresado, que sus decisiones puedan fluctuar de acuerdo con el contexto político, que se convierta en un actor política y económicamente influyente, pero todas estas críticas invitan a pensar en la necesidad de un diseño institucional, no con el fin de socavar la independencia judicial sino de asegurarla. Como afirma Raz:

las normas que se refieren a la independencia del poder judicial -métodos de designación de jueces, garantía de inamovilidad, procedimientos de fijación de salarios y otras condiciones de su función- están hechas para garantizar que los jueces procedan libres de presiones extrañas y sean independientes de toda autoridad, salvo de la autoridad del derecho. Dichas normas son, por tanto, esenciales para preservar el Estado de derecho.¹⁹

Ahora bien, la noción de independencia judicial no sólo tiene el sentido externo, que se acaba de señalar, sino también un sentido interno. Y esto tiene que ver con la relación que guardan entre sí los órganos judiciales inferiores con el o los órganos-límite superiores. No es lo mismo tener un control «débil» sobre los órganos inferiores y, por consiguiente, contribuir a una mayor cercanía de los jueces con las demandas del pueblo, que

¹⁹ Joseph Raz, *La autoridad del derecho*, UNAM, México, 1985, págs. 271-272.

mantener un control «fuerte» sobre los órganos inferiores y evitar con ello la canalización efectiva y expedita de las demandas sociales. Tomemos el caso de las Cortes argentina y mexicana. La primera se asemeja al perfil de «primus inter pares», es decir, capacidad de control débil de la Corte sobre las instancias inferiores del Poder judicial y capacidad de las instancias inferiores del Poder Judicial de operar como contrapeso fuerte sobre la Corte; mientras que la Corte mexicana se asemeja al perfil de «soberano absoluto», es decir, capacidad de control fuerte de la Corte sobre las instancias inferiores del Poder Judicial y escasa capacidad de éstas para actuar como contrapesos fuertes de la primera.²⁰ Pensemos, por ejemplo, en dos variables importantes: 1. la capacidad de control de las cortes sobre la carrera judicial, y 2. las normas de uso de la jurisprudencia de la Corte para los jueces y magistrados.

La baja capacidad de la Corte argentina para controlar las instancias inferiores se explica porque éstas constituyen un grupo profesional con condiciones privilegiadas de funcionamiento: la existencia de una carrera judicial, concursos de oposición, fuerte sindicalización de los empleados, estabilidad de los secretarios y prosecretarios de juzga-

²⁰ Véase Karina Ansolabehere, *op. cit.*, pág. 148 ss.

dos, entre otras. Esto explica, en parte, que no existan reglas explícitas de obligatoriedad de la jurisprudencia sentada por la Corte argentina en relación con los tribunales inferiores. Contrariamente, en la Corte mexicana existe una fuerte influencia de la misma en los procesos de designación y remoción de jueces y funcionarios. Aún con la creación del Consejo de la Judicatura, la Corte mexicana cuenta con mayoría en la composición, cuya presidencia le corresponde, y puede revisar y revocar sus decisiones. Coherente con ello existen criterios explícitos de obligatoriedad de las tesis de jurisprudencia aprobadas por la Corte para los tribunales.

El modelo mexicano limitaría la independencia interna de los jueces con el efecto perverso de la escasa creatividad y compromiso de los mismos con la ciudadanía. Las decisiones tienden a desplazarse a las instancias superiores a través de un control centralizado que juega en contra del federalismo judicial: una corte como soberana absoluta que refuerza las bondades del argumento contramayoritario. El control difuso, para el modelo argentino, presentaría las consecuencias inversas abriendo los canales a las demandas sociales con la autoridad judicial en los niveles inferiores, reforzando el federalismo judicial y limitando, entonces, los alcances del argumento contramayoritario.

El diseño institucional juega un papel determinante.

Ahora bien, dicho lo anterior: ¿cómo se relaciona la independencia judicial con la legitimidad política de la actuación judicial? El debate, como sabemos, se ha planteado entre dos extremos: o la autorestricción judicial a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la democracia formalista (los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas); o bien, el activismo judicial y el decisionismo sin contrapesos democráticos que, pese a los riesgos, posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos fundamentales –y de manera relevante el de las minorías- consagrados en la Constitución

Tengo la impresión que cuando se plantea este debate, que analizaré en unos instantes, se hace por lo general imaginando las posiciones en estado puro y contraponiendo los antismodelos desde una u otra posición: o el tipo ideal de parlamento *vs.* una «visión apocalíptica de la jurisdicción»; o el parlamento convertido «en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos» *vs.* el ideal de juez imparcial e incorrupto.²¹ Creo, además, que se maneja la falsa idea, como bien lo ha demostrado Courtis, que la autorestricción

judicial conduce a decisiones de tipo conservador, mientras que el activismo judicial conduce a decisiones de tipo progresista, cuando lo cierto es que nada impide pensar que el activismo judicial tenga tintes conservadores.²²

En la línea de Gargarella, Sunstein y quizás del propio Waldron, se es más proclive a hacer valer el argumento contramayoritario y a criticar el perfil de «soberano absoluto» o de «actor metapolítico» que caracteriza, por ejemplo, a la Corte mexicana. No defiendo este perfil y simpatizo, en términos de independencia interna, con un perfil «primus inter pares», como se da en la Corte argentina, pero de aquí no se sigue que debamos hacer valer el argumento contramayoritario en países en procesos de democratización y busquemos la legitimidad judicial de origen, digamos por vía electoral²³; o que cuestionemos el

²¹ Véase Juan Carlos Bayón, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto Sanchís (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Madrid, 2004, pág. 100, n. 92, en donde cita críticamente a Perfecto Andrés Ibáñez.

²² Chritian Courtis, *op. cit.*, pág. 410 ss.

²³ En un caso insólito, la Nueva Constitución Política de Bolivia, en vigor desde el 7 de febrero de 2009 tras ser aprobada en referéndum, contempla en su art. 182,

control de constitucionalidad porque, de no hacerlo, se daría luz verde a un decisionismo judicial reaccionario y aristocrático. Junto a la legitimidad de origen también existe una legitimidad de ejercicio, y es ésta la que me parece que al final de cuentas justifica la necesidad de una justicia constitucional.

1.2. *La dificultad «contra-mayoritaria» y el control judicial de constitucionalidad*

En hispanoamérica el debate ha adquirido carta de ciudadanía desde mediados de los noventa a partir de las obras pioneras de Carlos Nino²⁴, Roberto Gargarella²⁵ y Víctor Ferreres.²⁶ A éstos se han incorporado ya un sinnúmero de voces eminentes, algunas de ellas recogidas en el número inaugural de

párrafo I, que: «Los Magistrados y las Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos y elevados mediante sufragio universal». Para un comentario crítico a la «nueva oleada de reformas [constitucionales] en Latinoamérica, véase Roberto Gargarella, «Cambiar la letra, cambiar el mundo», en *El País*, Madrid, 13 de octubre de 2008.

²⁴ Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

²⁵ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

²⁶ Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

*Discusiones.*²⁷ La última versión de la propuesta de Juan Carlos Bayón (2004), tiene razón Moreso, cierra en cierto modo el debate y «a partir de ahora quien quiera referirse seriamente a esta cuestión deberá partir de dicho trabajo y, en este sentido, cierra una puerta y abre otra hacia una morada más amplia y luminosa.»²⁸ En México, el debate comienza a desarrollarse a partir de algunos textos de Miguel Carbonell²⁹ y de Pedro Salazar³⁰ y ha sido recogido y promovido, con la participación de varios académicos, en la revista *Nexos*.³¹ Con estos antecedentes me atrevería a decir que este debate es ya parte de la agenda de autores mexicanos y va adquiriendo una especial fisonomía, dadas las cir-

²⁷ Participan en este número José Juan Moreso, Roberto Gargarella y Juan Carlos Bayón, Bahía Blanca, Argentina, noviembre 2000.

²⁸ José Juan Moreso, «Bayón acerca de los fundamentos del constitucionalismo», inédito.

²⁹ Miguel Carbonell, *La Constitución en serio*, Porrúa-UNAM, México, 2001; (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; *Los derechos fundamentales en México*, UNAM, México, 2004.

³⁰ Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 2006.

³¹ Véase *Nexos* Nos. 329 (mayo 2005); 332 (agosto 2005); 342 (junio 2006); 344 (agosto 2006) y 354 (junio 2007). Varios de estos trabajos son recogidos en Rodolfo Vázquez (comp.), *Corte, jueces y política*, Nexos-Fontamara, México, 2007.

cunstancias de nuestros países latinoamericanos en transición o en proceso de consolidación democrática.

Como sabemos, el constitucionalista estadounidense Alexander Bickel advirtió sobre la dificultad contramayoritaria con los siguientes términos:

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora [...] El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.³²

En palabras del filósofo del derecho Genaro Carrió:

Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes

³² Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962, pág. 16 ss.

de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos.³³

Las circunstancias de la «dificultad contramayoritaria», en términos de Víctor Ferreres³⁴, podrían resumirse en las tres siguientes:

1. *La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional.* La ley que hay que enjuiciar proviene de un Congreso elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, no es elegido periódicamente por el electorado por sufragio universal. En México el ejecutivo federal (el presidente de la República) propone una terna al Senado y éste elige al futuro ministro de la Suprema Corte entre los miembros de la terna presentada. En esta elección no participa la Cámara de diputados.

³³ Genaro Carrió, «Una defensa condicionada de la *Judicial Review*», en Carlos Nino *et al.*, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 148.

³⁴ Víctor Ferreres, *op. cit.*, págs. 42-45.

2. *La rigidez de la Constitución.* El Congreso no puede neutralizar fácilmente (a través de la reforma constitucional) la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la Constitución sólo puede reformarse a través de un procedimiento gravoso. En México de acuerdo con el art. 135 de la Constitución «se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de los legisladores de los Estados».
3. *La controvertibilidad interpretativa de la Constitución.* La interpretación del texto constitucional es problemática (especialmente en materia de derechos y libertades), dada la abundancia de «conceptos esencialmente controvertidos» y de colisiones entre las diversas disposiciones.

Con respecto a esta última circunstancia, vale decir que si se parte de la idea de que el juez sólo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y éstos no son seleccio-

nados por el voto mayoritario. Pero si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa -ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica- surge la siguiente pregunta: ¿Quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?

Dicho lo anterior, si aceptamos con seriedad la dificultad contramayoritaria, la pregunta a responder sería la siguiente: ¿Qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado democrático de Derecho? Digo aceptando con seriedad esta dificultad, porque existen teorías que la niegan o simplemente minimizan su importancia. Tal es el caso de Ronald Dworkin cuando justifica la necesidad de la justicia constitucional porque son los jueces los encargados de velar por las pre-condiciones de la democracia. Lo que esto supone es que el juez debe acertar en sus decisiones para compensar el costo democrático que supone anular una ley votada por el Congreso. Es claro que Dworkin acepta que los jueces se equivocan, pero se equivocan menos que los congresistas. La pregunta entonces es por qué los jueces se equivocan menos que los congresis-

tas o por qué aciertan más veces.³⁵ La respuesta a estas preguntas no quedan muy claras en la propuesta dworkiniana, menos aún, cuando el propio Dworkin, como hace notar Bayón, sostiene que la decisión constituyente acerca de si han de constitucionalizarse derechos como «triumfos frente a la mayoría» debe adoptarse mediante un referéndum, es decir, bajo un criterio mayoritario.³⁶

Otro caso es el de Ernesto Garzón Valdés cuando argumenta que en regímenes democráticos se requiere que el juez «cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y, por otra, que mantenga una manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver».³⁷ El juez adopta frente a las normas básicas del sistema, en términos de H. Hart, un «punto de vista interno», que a diferencia del «punto de vista externo», no se apoya en razones prudenciales de costo-beneficio o de

³⁵ Véase Ronald Dworkin, «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996.

³⁶ Véase Juan Carlos Bayón, *op. cit.*, pág. 88. Bayón cita a Dworkin en «Constitutionalism and Democracy», *European Journal of Philosophy* 3, 1995, pág. 10.

³⁷ Ernesto Garzón Valdés, «El papel del poder judicial en la transición democrática», en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 129.

negociación-compromiso. Este último es el ámbito reservado a lo político:

La función de los jueces supremos, continúa Garzón, no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad³⁸

La pregunta, entonces, es cómo garantizar la independencia judicial si los jueces son designados, finalmente, por el poder político. Garzón menciona, por ejemplo, la elección de los jueces por un periodo determinado sin posibilidad de reelección, y no por vida; o bien, la designación de los jueces con la aprobación de los dos tercios del Parlamento, y podríamos añadir otras disposiciones. Pero el esfuerzo de Garzón se concentra en la noción de *confianza*: «Con respecto a los tribunales supremos, afirma Garzón, en vez de hablar de *responsabilidad democrática* conviene utilizar el concepto de *confiabilidad judicial*». Ésta supone el aseguramiento de ciertos límites infranqueables en lo que Garzón ha dado en llamar el «coto vedado», y así, la competencia de control de calidad de los tribunales supremos: «se reduce a aquellas disposiciones que afectan a los principios y

³⁸ *Ibid.*, pág. 131.

derechos de lo que suelo llamar el ‘coto vedado’ a la discusión y negociación legislativa y/o gubernamental». Para el coto vedado vale la prohibición de reforma. Garzón ejemplifica con el artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana.³⁹

La propuesta de Garzón se enfrenta a la «paradoja de las pre-condiciones», sobre la que volveré más adelante, y al hecho de que: «no hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos en general y los legisladores en particular actúen *sistemáticamente* movidos por consideraciones de interés propio, y nunca por razones de principio que sean expresión de diferentes concepciones de lo justo»;⁴⁰ tal como lo han puesto de manifiesto, entre otros, Jeremy Waldron y Cass Sunstein. El punto de vista interno no es privativo, entonces, de la actividad judicial.

Finalmente, para Luigi Ferrajoli, los derechos humanos constituyen una «esfera de lo indecidible»:

³⁹ Ernesto Garzón Valdés, «El consenso democrático: Fundamento y límites del poder de las minorías», en *Isonomía*, No. 12, ITAM-Fontamara, México, 2000, pág. 24.

⁴⁰ Juan Carlos Bayón, *op. cit.*, pág. 100.

Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones»⁴¹

La Constitución atrinchera y garantiza tales derechos y no se sujeta al consenso de la mayoría:

Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. [...] El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías»⁴²

⁴¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 24.

⁴² Luigi Ferrajoli, «Pasado y futuro del estado de derecho», en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo

A partir de este argumento Ferrajoli justifica la justicia constitucional como garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

De nueva cuenta, nos enfrentamos aquí a la «paradoja de las pre-condiciones» y a la «amenaza de las mayorías». Si esta última se constituye en una amenaza es porque Ferrajoli presupone que los derechos son por definición derechos de las minorías o de los más débiles frente o contra las mayorías. Si bien este argumento tiene su peso, es claro que no tiene por qué ser necesariamente malo que la mayoría sea hostil a las pretensiones de una minoría, especialmente cuando ésta se manifiesta como injusta y socialmente dominante.⁴³

A la pregunta que se formula Moreso: ¿Está justificada la idea de primacía de la constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?⁴⁴ La respuesta, estoy de acuerdo con él, debe ser afirmativa y en esta dirección

Vázquez, *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina*, Siglo XXI, México, pág. 203.

⁴³ Véase Juan Carlos Bayón, *op. cit.*, págs. 103-104

⁴⁴ José Juan Moreso, «Derechos y justicia procesal imperfecta», *Discusiones*, Año 1, No.1, Bahía Blanca, 2000, pág. 101.

se encaminan los autores que hemos citado. Este atrincheramiento no tiene que ver solamente con los derechos civiles y políticos, sino también con los llamados genéricamente derechos sociales.

Sin embargo, de la respuesta afirmativa a la pregunta anterior: ¿se sigue que está justificado establecer un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes⁴⁵ asumiendo las circunstancias de la dificultad contramayoritaria, en los términos de Ferreres? Para contestar esta pregunta hay que comenzar por aceptar con Gargarella y Bayón, y a diferencia de los autores analizados, que la objeción democrática al constitucionalismo debe tomarse en serio. En términos de Bayón:

Hacer frente a la pregunta fundamental de si dos criterios distintos de legitimidad del poder que en principio nos parecen igualmente esenciales e irrenunciables conviven armoniosamente en una relación de complementariedad libre de fricciones o, por el contrario, pueden colisionar y resultar difíciles de acomodar en un diseño institucional coherente

Adoptar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes ordinarias supone

⁴⁵ *Ibid.*

un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional, es decir, por «el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas.»⁴⁶ Por lo tanto, si aceptamos este costo: ¿es necesario sostener la justicia constitucional como relevante para la construcción de un Estado democrático de derecho? Pienso que la respuesta, de nueva cuenta, debe ser afirmativa, contra la opinión de Bayón y de Moreso, pero para explicar el alcance de la misma me gustaría traer a la discusión las propuestas de John Ely, de Carlos Nino y de Robert Alexy.

Un buen intento en favor de una participación activa de los jueces es el de que se constituyan, como propone Ely, en *controladores del mismo procedimiento democrático*. Una concepción deliberativa de la democracia maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas; etc. Las reglas del proceso democrático

⁴⁶ *Ibid.*, pág. 76.

deben estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.

Ahora bien, son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, como afirma John Ely, se convertirían entonces en una especie de *referee* del proceso democrático. Cumplirían con una función de «limpieza de canales» que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías.⁴⁷

Si alguien preguntara por qué para corregir y ampliar el proceso democrático son mejores los jueces que los órganos democráticos, la respuesta sería que si el proceso está viciado, estos últimos se hallan imposibilitados para arbitrar acerca de su corrección puesto que, como resulta obvio, carecería de valor

⁴⁷ John Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980. Véase Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 694-695.

epistémico. Que los jueces pueden equivocarse, no hay duda alguna, pero el efecto de un control judicial de índole *procedimental* consiste en promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático. Su función sería la de preservar y promover el *proceso* mismo de participación democrática y para este propósito el juez debe asegurar un mínimo, no un máximo, de derechos y libertades individuales; precisamente aquellos derechos que hagan posible el proceso democrático: los civiles y políticos. En esta dirección se encaminan, por ejemplo, las propuestas de Bobbio, Bovero, Pintore y Salazar, liberales todos ellos, defensores de lo que conciben como una concepción «procedimental» de la democracia contrapuesta a una concepción «sustantiva» como la sostenida, por ejemplo, por Garzón Valdés, Ferrajoli, Courtis y Carbonell.

Bien vistas las cosas: «la diferencia entre las dos opciones no es sino la mayor o menor extensión del conjunto de derechos que se supone que deben ser concebidos como precondiciones de la democracia.»⁴⁸ Digamos, en otros términos, que el debate no opera en términos de la oposición entre democracia procedimental y democracia sustantiva, sino entre dos versiones de la democracia sustan-

⁴⁸ Juan Carlos Bayón, *op. cit.*, pág. 81.

cial: una «fuerte» que extiende la consideración de los derechos hasta incluir los derechos sociales, y otra «débil», que considera únicamente los derechos civiles y políticos. Hecha esta aclaración, entonces, el problema de unos y otros es enfrentarse a la paradoja de las pre-condiciones de la democracia: en el extremo, como sostiene Bayón, «el procedimiento democrático alcanzaría su valor pleno cuando apenas quedaran cuestiones sustanciales que decidir por mayoría.»⁴⁹ A esta paradoja se agrega el carácter controvertible de los derechos que deberíamos considerar «precondiciones de la democracia», su alcance y cómo deberían resolverse los conflictos entre los mismos.

Con respecto a la paradoja de las pre-condiciones no alcanzo a percibir en la crítica de Bayón por qué la misma debe proceder con respecto a la versión sustantiva «débil» de la democracia, como sí parece que debe proceder con respecto a la versión sustantiva «fuerte». La versión sustantiva «débil» comprometería con la justicia constitucional en tanto necesaria para preservar esos prerequisites mínimos –los derechos civiles y políticos– pero dejaría un amplio margen para cuestiones sustanciales –precisamente las que se relacionan con los derechos positivos al bien-

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 80.

estar económico y social- a decidir por mayoría o mediante el concurso de los parlamentarios con la justicia constitucional. Y la razón me parece obvia: los problemas de justicia distributiva que tienen que ver directamente con el bienestar de la población, especialmente de los más necesitados, no pueden reservarse exclusivamente a los «tiernos favores del poder judicial».⁵⁰ Más aún, como afirma Ackerman:

Incluso si una corte constitucional estuviera dispuesta a tomar en serio tales garantías textuales, los jueces carecerían de la capacidad terapéutica para ordenar las grandes apropiaciones presupuestales necesarias para transformar los «derechos positivos» en realidades sociales. Al final de la jornada, las «garantías» constitucionales de bienestar social no valdrán ni el papel en el cual fueron escritas./ Todavía peor, el fracaso de los jueces para hacer cumplir los derechos positivos puede desmoralizar sus esfuerzos para proteger derechos más tradicionales de libertad negativa [...] En este escenario, el orgulloso esfuerzo activista por constitucionalizar la libertad positiva puede de hecho ser contraproducente, legitimando un abandono a gran escala del proyecto de protección liberal de los derechos.⁵¹

⁵⁰ Véase Bruce Ackerman, *La nueva división de poderes*, México, FCE, 2007, pág. 119 ss.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 121.

En esta misma dirección se encaminan los argumentos de Francisco Laporta:

Una rígida protección jurisdiccional de ese tipo de derechos sociales* abocaría al poder judicial a decidir explícita o implícitamente sobre la conformación y desarrollo del proceso de producción o distribución de recursos, y ello –dejando a un lado las cuestiones de eficiencia que plantearía esta más que discutible «elaboración judicial del presupuesto»- entraría directa o indirectamente en contradicción con el principio democrático. Sería la superposición de ciertos derechos sociales al procedimiento democrático, el establecimiento de ciertos límites de política económica a la capacidad de sufragio como instrumento de diseño y puesta en práctica de un programa económico apoyado en la mayoría de los ciudadanos.⁵²

* El autor se refiere en este párrafo –y la distinción me parece pertinente- a los derechos sociales como derechos prestacionales, distintos a los derechos sociales como libertades. Con respecto a estos últimos, como el derecho a afiliarse libremente a los sindicatos o el derecho de huelga, su reconocimiento en el texto constitucional, al igual que con los derechos civiles y políticos, va acompañado por la atribución a los titulares, cuyo derecho ha sido violado, de un procedimiento jurídico especial (un recurso de amparo, por ejemplo) ante una jurisdicción también especial.

⁵² Francisco Laporta, «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema», en Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto Sanchís, *Constitución y derechos fundamentales*, pág. 317.

Las advertencias de Ackerman y de Laporta son correctas, pero reitero, no deben llevarnos a la conclusión de que más valdría no contemplar los derechos sociales en la carta constitucional. Su inclusión es necesaria para demarcar el «coto vedado» a la decisión de la mayoría y para excluir que el legislador los ignore. Lo que importa destacar es que la garantía de estos derechos debe ser una tarea compartida por el poder judicial y por el órgano de representación popular.⁵³ Para estos derechos el control abstracto de inconstitucionalidad de la ley emanada del legislador no debe concluir *ipso facto* en la declaratoria por parte del órgano constitucio-

⁵³ La exigibilidad judicial de los derechos socioeconómicos se justifica en términos de la salvaguarda de un mínimo social al que toda persona debería tener acceso. Con respecto a ese mínimo, como afirma Marcelo Alegre: «opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción. En cambio, el ideal más amplio de la igualdad relacional, que opera por encima de ese mínimo, es un ideal cuya implementación debe estar a cargo, en forma protagónica, por los órganos democráticos.» *Igualdad, derecho y política*, Fontamara, México, 2010, pág. 108. No creo que Alegre esté en desacuerdo con la idea de que para determinar las medidas tendientes a la satisfacción de los mínimos, en tanto supone una decisión de carácter presupuestal, pueda ser una tarea compartida con los órganos de representación popular, si bien en este caso el protagonismo corresponda a los órganos judiciales.

nal de la invalidez e inaplicabilidad de la misma. Esquemas como los adoptados por Canadá en términos de un reenvío o el de Nueva Zelanda⁵⁴ y la posibilidad de un diseño institucional que contemple la creación de algún órgano autónomo no judicial que se ocupe de la protección efectiva de los derechos sociales parecen ser alternativas más compatibles con las demandas democráticas. En el ámbito de una democracia deliberativa, Roberto Gargarella siguiendo a Dennis Thompson, no excluye la revisión judicial de constitucionalidad como un posible arreglo institucional, pero los jueces pueden actuar razonablemente de manera respetuosa con el legislador ensayando alternativas posibles:

Pueden decidir, en un caso determinado, bloquear la aplicación de una ley expedida por el Congreso, forzándolo así a repensarla; pueden declarar que cierto derecho ha sido violado, sin imponer a los legisladores una solución particular; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo determinado sin ocupar el lugar del legislador al no decidir cuál solución particular debe adoptarse; pueden asimismo sugerirle al legislador una serie de soluciones

⁵⁴ En Nueva Zelanda, desde 2001, el *Human Rights Review Tribunal* puede emitir «declaraciones de incompatibilidad» de una ley con el *Bill of Rights*, sin invalidarla ni inaplicarla.

alternativas, dejando así la decisión final en sus manos.⁵⁵

Por lo que toca al carácter controvertible de los derechos, me parece que ha tendido a exagerarse, llevando a Kelsen, como sabemos, al extremo de defender una constitución de detalle y no de principios abstractos. Pienso con Moreso que aún los denominados ‘conceptos esencialmente controvertidos’ disponen de casos de aplicación clara. Las concepciones que no atribuyan la cualidad de «buen jugador» de fútbol a Pelé, o de «soneto profundo» a algunos de los sonetos de Shakespeare, o de «pintura metafísica» a algunos de los cuadros de Giorgio de Chirico, ejemplifica Moreso con razón, pueden ser tildadas de concepciones equivocadas.⁵⁶ Cuando se piensa en los derechos y libertades exigibles para asegurar el procedimiento democrático no veo el carácter controvertido, por ejemplo, del «derecho a votar en secreto» cuando se quiere significar que un ciudadano sin aparente coacción se dirige hacia una urna e introduce una papeleta, con su preferencia

⁵⁵ Roberto Gargarella, «¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?», en Rodolfo Arango (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y CESO, Bogotá, 2007, págs. 393-394.

⁵⁶ José Juan Moreso, *Discusiones*, pág. 103.

electoral, a resguardo de la vista de terceros. Digamos una vez más con Moreso:

el ámbito de los desacuerdos no ha de ser exagerado. Nadie puede razonablemente defender que es correcto moralmente torturar a los niños para divertirse o traicionar a los amigos. El desacuerdo sólo es inteligible, en moral y en otros ámbitos humanos, en el contexto de un trasfondo de acuerdo.⁵⁷

Regresemos a la posición de Ely. Éste, quizás a su pesar, da otro paso hacia una versión más sustantiva que procedimental de la democracia. Además de los derechos de participación en el proceso político se debe asegurar otro tipo de derecho: el derecho a no ser discriminado. Ely piensa que la democracia se basa en el principio de igual consideración y respeto de las personas. La regla democrática es expresión del principio igualitario, que está en la base de la democracia, y del cual es posible derivar el derecho a no ser discriminado, e incluso, los mismos derechos de autonomía individual: hay una unidad de fondo entre liberalismo y democracia. De esta manera, el procedimiento democrático no se valora meramente por su mayor o menor valor instrumental, sino en sí mismo, es de-

⁵⁷ José Juan Moreso, «Bayón acerca de los fundamentos del constitucionalismo».

cir, posee un valor intrínseco «para la calidad moral de la vida cívica», en términos de Rawls. El principio de no discriminación, el derecho a no ser discriminado, es una precondition de la democracia, y no parece ser nada controvertible la incorrección que se sigue de excluir a una persona, por ejemplo, por aquellas características raciales o sexuales en cuya posesión no ha mediado acto intencional alguno. La democracia, entonces, descansa sobre una precondition que es necesario asegurar frente a los posibles embates de la mayoría o de una minoría poderosa. Creo que aceptar esta precondition no compromete aún con una concepción sustantiva «fuerte» de la democracia.

De acuerdo con Carlos Nino, el argumento de la custodia de la autonomía de los individuos⁵⁸ se sustenta sobre el valor epistémico de la democracia, dado principalmente por la inherente tendencia hacia la imparcialidad que tiene un procedimiento de discusión amplio y con idénticas posibilidades de participación. Según Nino, si aceptamos que existen dos tipos de principios morales posibles: los

⁵⁸ Véase Carlos S. Nino, «Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad», en *et al.*, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 97 ss.

intersubjetivos (públicos), que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos; y los *autorreferentes* (privados), que valoran una acción por los efectos en la propia vida de acuerdo con ideales de excelencia humana, entonces, el principio de imparcialidad y, por lo tanto, el valor epistémico de la democracia, no se aplica con respecto a las acciones autorreferentes o privadas, dado que la validez de un ideal de excelencia humana no depende de que sea aceptable por todos en condiciones de imparcialidad. Siendo así, los jueces no tienen razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, debiendo revisar y si es el caso descalificar las leyes y otras normas democráticas de índole *perfeccionista* que pretendan imponer ideales de virtud personal. En este sentido, según Gargarella: «‘La idea, en principio, sería que en las cuestiones de moral privada... ni las autoridades políticas ni los jueces deben tener poder de injerencia» pero si esto es así, se cuestiona Moreso con razón, entonces hay un coto vedado (el de la moral privada), pero ¿quién lo protege?»⁵⁹

Por último, con respecto a Alexy, piensa este autor que para conciliar el control de constitucionalidad con la representación de-

⁵⁹ José Juan Moreso, *Discusiones*, pág. 106.

mocrática se debe analizar el concepto de «representación argumentativa» en el marco de un constitucionalismo discursivo. Éste empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad.⁶⁰

Alexy parte de un modelo de democracia no exclusivamente decisionista sino también argumentativa, es decir, de una democracia deliberativa: «la relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, mediante argumentos.» A diferencia de la representación parlamentaria, que es al mismo tiempo decisionista y discursiva, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa. Pero, ¿cuáles serían las condiciones de una verdadera representación argumentativa para no caer en idealizaciones y no declarar cualquier argumento como un argumento de representación del pueblo? Para Alexy existen dos condiciones fundamentales:

- (1) la existencia de argumentos correctos y razonables y (2) la existencia de personas

⁶⁰ Véase Robert Alexy, «Ponderación, control de constitucionalidad y representación», en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, Fontamara, México, 2005, pág. 89 ss.

racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables. [...] Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control.⁶¹

Una ciudadanía activa, que incluye a los responsables de los medios de comunicación y, por supuesto, a la comunidad académica y universitaria, resulta idónea para la aceptación racional y razonable de la argumentación judicial. Sólo así se garantizaría la legitimidad de la actuación judicial. Las herramientas a disposición de los jueces para lograr tal legitimidad serían, en palabras de Christian Courtis:

la transparencia y publicidad de su actuación, la calidad argumentativa de sus decisiones, la independencia de criterio, el desarrollo de una jurisprudencia sobre derechos fundamentales, y la sensatez de su posicionamiento frente a cuestiones que susciten el debate de la opinión pública./ Por lo contrario, la oscuridad o ausencia de fundamentación de las decisiones judiciales, la sospecha de cercanía con los poderes políticos y la notoriedad de la defensa de sus privilegios e

⁶¹ *Ibid.*, págs. 102-103.

intereses corporativos han resultado, tradicionalmente, en la deslegitimación de la actuación del poder judicial, y difícilmente podrían contribuir a mejorar su imagen ante la ciudadanía.⁶²

Es en este reconocimiento de la actividad de los jueces constitucionales, en tanto especialistas en el análisis de los derechos fundamentales sin distracción alguna con otras funciones, y en tanto obligados a motivar y fundamentar con calidad sus decisiones, que descansa el criterio de corrección que permite determinar por qué se deba presumir que ellos aciertan más que los congresistas y se justifique, así, la justicia constitucional. De esta manera, la legitimidad de la actuación judicial:

está vinculada con la aceptación de sus resultados por la ciudadanía. La ausencia de legitimidad electoral de los jueces no constituye un impedimento para generar legitimidad de ejercicio frente a la ciudadanía. En este sentido, el poder judicial no necesariamente expresa valores contramayoritarios en sus decisiones.⁶³

⁶² Christian Courtis, «La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía», en *Nexos*, No. 329, México, mayo, 2005, pág. 37.

⁶³ *Ibid.*

Además, debemos reconocer con Moreso que no todo control de constitucionalidad se ejerce contramayoritariamente:

A menudo los órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad no deciden contramayoritariamente, sino que tratan de determinar cuál es el derecho vencedor en un caso de conflicto de derechos constitucionales (así ocurre muy a menudo con el recurso de amparo en sistemas constitucionales como el español, o como en el mexicano). Esta es una función claramente jurisdiccional y sea el caso fácil o difícil no tienen ninguna decisión a la que mostrar deferencia (como no fuere a las suyas anteriores).⁶⁴

En síntesis, a la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva «débil» y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda precondition de la democracia, resulta totalmente implausible;⁶⁵ si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondition fundamental que es el dere-

⁶⁴ José Juan Moreso, *Discusiones*, págs. 103-104.

⁶⁵ Véase, *ibid.*, págs. 80-81

cho a no ser discriminado; y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone -con una comprensión adecuada de la independencia judicial- un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella, favorezca, ahora sí, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.

Tales razones me llevan a pensar que en la situación límite en la que el órgano reformador de la Constitución introduzca en ésta una norma *inconstitucional*, que ponga en riesgo el mismo proceso democrático -y que se accione a la justicia por la vía del amparo o de la acción de inconstitucionalidad- corresponde al órgano límite en su calidad de Tribunal Constitucional dirimir el conflicto tanto en sus aspectos procedimentales, como con respecto al fondo mismo del problema y, en su caso, expulsar la norma del ordenamiento. No se trata, entonces, de asumir funciones de legislador puesto que el órgano judicial no tiene facultades «iniciativas» sino sólo «controladoras»; ni tampoco se trata de abrir

las puertas al decisionismo como espero haber mostrado en este ensayo.⁶⁶

⁶⁶ Me aparto en este punto de las conclusiones de Pedro Salazar desarrolladas en «Y, ¿dónde quedó el soberano?», *Nexos*, No. 369, México, septiembre de 2008, págs. 8-10. El mejor servicio que se puede prestar a la democracia es asegurar que el órgano mayoritario no se extralimite custodiando, precisamente, las precondiciones de la democracia. Este desacuerdo no tiene nada que ver con la idea, que ambos compartimos, que ante el conflicto entre el derecho a ultranza a la libertad de expresión alegado por vía de amparo por algunos intelectuales y el duopolio televisivo en México, frente a la equidad en el proceso electoral, prevalezca esta última sobre la primera, como precondición *sine qua non* de cualquier proceso democrático.

DE LO POSIBLE A LO DESEABLE

Las circunstancias de la jurisdicción y de la política en democracia

Josep M. VILAJOSANA

Introducción

Pocos asuntos hay de mayor relevancia en el diseño institucional de las modernas democracias que el tratar de definir el papel que deben jugar los Tribunales constitucionales en ellas¹. Y es que alrededor de esta materia orbitan de una u otra manera algunos de los problemas centrales de la filosofía política contemporánea. Sin embargo, no está de más recordar el servicio que en este punto le ha prestado a la filosofía política la perspectiva de la teoría y la filosofía del derecho. Este hecho ha justificado que en alguna ocasión se hablara justamente de un giro jurídico de la filosofía política, en el sentido de que buena parte de ésta ha surgido de las facultades de Derecho, al menos por lo que hace a Estados

¹ A lo largo de este trabajo voy a tomar en consideración únicamente países democráticos que cuenten con Constituciones que reconozcan derechos individuales y que tengan un control centralizado de constitucionalidad a través de un Tribunal Constitucional.

Unidos (Ryan, 1998: 404). En el centro de la explicación de este fenómeno se halla justamente el papel activo que ha jugado la Corte Suprema de ese país a la hora de promover los derechos civiles y políticos de grupos des-aventajados.

Ese papel activo ha puesto sobre el tapete al menos dos temas problemáticos. Uno, que tiene que ver –dicho brevemente– con la cuestión de si esos derechos han sido inventados o han sido descubiertos por parte de los miembros del alto Tribunal; otro, que se refiere a las dudas acerca de la adecuación democrática de su autoridad. Ambos problemas no son totalmente independientes, pero aquí concentraré mi atención en el segundo. Veremos que el mencionado giro jurídico está justificado, por cuanto muestra, entre otras cosas, que para afrontar un problema que pudiera parecer *exclusivo* de la filosofía política como es el de la legitimidad de las instituciones, es preciso tomar conciencia clara, entre otras cosas, de la teoría de la interpretación y de la aplicación del derecho, algo a lo que los juristas y los teóricos del derecho han dedicado bastante atención.

El texto de Rodolfo Vázquez que precede al presente trabajo versa sobre dos problemas que están relacionados con la cuestión de legitimidad a la que acabo de referirme: la

independencia judicial y el argumento contra mayoritario. Tengo la impresión, sin embargo, que sobre estos problemas las distintas posiciones están ya muy sólidamente establecidas en el debate contemporáneo, con lo que poco se puede añadir, como no sea el hecho de sumarse con mayores o menores reservas a algunas de ellas (en español, por ejemplo, véase la recopilación de trabajos acerca del neoconstitucionalismo en Carbonell, 2003). En efecto, los términos de este debate, tal como yo lo veo, podrían ser descritos poco más o menos en los siguientes términos.

En general, se admite que los órganos legislativos no se encuentran obligados a justificar explícitamente las decisiones que adoptan. El mero hecho de haberse dictado respetando el procedimiento —que básicamente gira en torno al principio de la mayoría— es justificación suficiente para la imposición de una norma. El ejercicio del poder judicial, en cambio, se describe como una competencia cuyas resoluciones están claramente delimitadas, porque deben ser adoptadas ajustándose a derecho y, además, explícitamente fundadas en él. Si esta descripción es correcta, la ventaja de un sistema político con un control judicial de constitucionalidad, radicaría en que el control de la actividad *discrecional* de un poder democrático es asignado a un órgano que si bien no es representativo, tampoco

ejerce su competencia de manera discrecional.

Sin embargo, a menudo el derecho no impone respuestas unívocas, entonces en esos casos difíciles es el juez, y no el derecho, el que determina la solución al caso. Este reconocimiento de la discrecionalidad de los intérpretes conlleva una modificación de la valoración de las relaciones entre el poder legislativo y el judicial. Si la discrecionalidad no sirve para discriminar entre las actividades del poder legislativo y judicial, entonces sólo restaría admitir que es la legitimidad de origen el único criterio relevante de valoración. Puesto que el Parlamento se entiende que es el depositario de la soberanía popular, entonces la solución sería colocar al poder legislativo por encima del judicial. La función del poder judicial se encontraría justificada, si acaso, como límite a aquellas decisiones que se dictan sin respetar el principio de la mayoría. De este modo, el poder judicial se convertiría en un árbitro del *procedimiento* seguido para la decisión, pero no juzgaría acerca del *contenido* de la misma.

La respuesta a este argumento se refiere a la inevitable intervención del poder judicial en cuestiones que exceden a la custodia de aspectos puramente procedimentales. Por ejemplo, aún cuando fuese verdad que en un

sistema democrático la última palabra sobre el alcance del coto vedado (expresión de Garzón, 1989) no está necesariamente reservada al poder judicial, todavía es necesaria la actividad judicial para resolver conflictos *individuales* de los derechos expresados en el catálogo constitucional. La función legislativa no es resolver directamente casos individuales sino situaciones abstractas, y no existe garantía de que sus soluciones ofrezcan la precisión suficiente para ordenar de manera exhaustiva los diferentes derechos admitidos en el coto vedado. En otras palabras, en el trasfondo de este debate late un peligro especular: que los jueces se conviertan en legisladores, pero también que los legisladores se conviertan en jueces (Bouzat, Esandi y Navarro, 2001).

Lo asentado que se hallan estas posiciones en el debate es una de las razones por las que voy a seguir una estrategia indirecta a la hora de abordar estas cuestiones. Otra de las razones es la siguiente. De acuerdo con el planteamiento de tantos autores, entre los que se cuenta Vázquez, estamos frente a algunas cuestiones de carácter normativo: ¿Hay que propugnar la independencia judicial? En caso afirmativo, con qué contenido y alcance. ¿Es conveniente un diseño institucional que favorezca el activismo judicial o no?; ¿Es justificable el control de constitucionalidad? etc.

Ahora bien, antes de avanzar respuestas directas a estos y otros interrogantes normativos no está de más preguntarnos si algunos de los caminos que uno pueda proponer son viables o no. La maniobra que propongo consiste de algún modo en dar un paso atrás con el fin de intentar delimitar lo que podríamos denominar el ámbito de lo posible, pero no porque crea que hay que reducir un asunto de esta envergadura a una cuestión simplemente de método, sino porque considero que es la forma en que cobra sentido la discusión acerca de lo deseable. Desear lo imposible es una quimera; desear lo necesario, una necesidad. Por tanto, únicamente tiene sentido plantearse lo deseable dentro del ámbito de lo posible.

1. *Cuestiones metodológicas*

1.1. *La realidad y los ideales*

En el fondo de las discusiones que se suelen plantear acerca de si debe predominar la legitimidad del Parlamento frente a la del Tribunal constitucional late un problema metodológico importante. Si lo que se pretende es hacer una comparación entre dos elementos (para simplificar: Tribunal constitucional y Parlamento), cabe llevarla a cabo de cuatro maneras distintas en función de que lo comparado sea un modelo ideal de institución

o cómo ésta se desempeña de hecho: a) Tribunal real/Parlamento real; b) Tribunal ideal/Parlamento ideal; c) Tribunal real/Parlamento ideal; d) Tribunal ideal/Parlamento real.

Las tendencias dominantes en la discusión son las opciones c) y d). Así, quien quiere defender las bondades del Tribunal Constitucional frente a las del Parlamento presenta un cuadro del funcionamiento del primero en el que resulta muy difícil reconocer a sujetos de carne y hueso ejerciendo funciones jurisdiccionales, mientras los perfiles del segundo son dibujados con trazos gruesos dando una imagen apegada a una realidad nada favorecedora del funcionamiento de las democracias existentes. Aunque al final del trabajo matizaré esta observación, la posición de Ronald Dworkin encajaría en la opción d). La figura de su ya famoso juez Hércules es un ejemplo indudable de idealización (Dworkin, 1986). Waldron ha formulado una crítica general en este sentido, indicando que la tendencia dominante en los últimos años habría sido esencialmente ésta. Pero su insistencia en dotar de realismo a las actividades de los jueces ha ido acompañada por su parte de una versión un tanto irreal de la democracia parlamentaria (que el autor prefiere denominar «visión optimista»: Waldron, 2006), que lo acercaría a la opción c), y que le ha valido precisamente las mismas críticas que él realiza a quienes han

mantenido una posición próxima a d) (cfr. Posner, 2000).

No obstante, parece que lo adecuado en estos casos es plantear la cuestión de la comparación en términos parejos. O versión ideal frente a versión ideal, o versión realista frente a versión realista. Ahora bien, la cuestión es algo más compleja de lo que supondría escoger entre las opciones a) y b). Hay que descartar de entrada una solución excesivamente simple que consistiría en decir que la opción a) es propia de un estudio empírico (oportuna, pues, para la sociología del derecho o la ciencia empírica), mientras que la opción b) se correspondería con un análisis normativo (adecuado a la filosofía política y, por ende, a lo que aquí nos ocupa). Seguramente, por lo que respecta a la opción a), las cosas son así. Pero cuando nos hallamos en el terreno de la filosofía política (o de la filosofía normativa del derecho), hay que preguntarse si es correcto prescindir de las características reales de aquellas instituciones acerca de las cuales se va a emitir un juicio normativo. La respuesta tiene que ser negativa, pero matizada. Negativa, por cuanto no es pensable prescindir de cómo son las cosas, dada la función que suele asignarse a la filosofía política como saber capaz de ofrecer indicaciones relativas a cómo deber ser el mejor diseño institucional de una sociedad; pero matizada,

ya que, tratándose de una teoría *normativa*, no tiene sentido limitarse a la mera descripción del funcionamiento *actual* de las instituciones.

Pero, si esto es así, ¿cuál de las opciones en juego, a) o b), sería adecuada a la filosofía política? Para contestar esta pregunta es preciso examinar más detenidamente cuál es el estatus que le corresponde a una teoría normativa. Una vez hecho el análisis, quedará claro que si la construcción de un ideal parece irrenunciable, también lo es que el mismo sea de aplicación a un estado de cosas que sea alcanzable. Por tanto, no se trata de tener en cuenta sólo el estado actual de las cosas, sino el funcionamiento *potencial* de las instituciones: no basta con la mera descripción de cómo son las instituciones, pero tampoco podemos ir más allá de lo que puedan llegar a ser.

Para ir desbrozando el camino, cabe empezar por el análisis de las opciones que están en juego al proponer una teoría normativa relevante para el diseño institucional.

1.2. *El estatus de una teoría normativa*

A la hora de establecer cuál debe ser el estatus de una teoría normativa puede resultar de utilidad empezar por una serie de observaciones de John Rawls. Aunque el interés de

este autor se centre en cuestiones propias de una teoría de la justicia, hay aspectos metodológicos, tanto de su posición como la de sus adversarios, que pueden iluminar otros temas de filosofía política, como el que aquí nos ocupa.

Rawls considera que la filosofía política como disciplina tiene cuatro objetivos centrales: 1) centrarse en las cuestiones que generan conflictos políticos y tratar de establecer, en la medida de lo posible, las bases de un posible acuerdo filosófico y moral; 2) contribuir a la percepción que tienen los individuos de la sociedad y de ellos mismos como miembros, orientándoles en la búsqueda de fines coherentes con una sociedad justa; 3) reconciliar a los individuos con sus instituciones mostrándoles la fundamentación de las mismas; y 4) mostrar cuál es el mejor orden al que podemos aspirar teniendo en cuenta las constricciones derivadas de condiciones históricas y otros límites prácticos.

Estas cuatro funciones se satisfacen a través de los dos roles que Rawls atribuye a una concepción de la justicia. Por un lado, dice que debe proporcionarnos un criterio de distribución de cargas y beneficios que nos permita justificar las instituciones y evaluar las pretensiones que los individuos dirigen hacia ellas. Este sería el rol *restringido* u

ordenador, mediante el cual se satisfarían 1) y 4). Por otro lado, las instituciones justas educan a los individuos en los valores implícitos en la propia concepción, como por ejemplo, una determinada idea de persona y de sociedad (Rawls, 2001: 56). Este es el rol *amplio* o *educativo* de una concepción de la justicia, y es el que permite que se satisfagan 2) y 3).

El énfasis en la idea de acuerdo (1) y, sobre todo, la exigencia de operar dentro de lo posible (4), muestran que Rawls concibe la filosofía política como una disciplina práctica: «La filosofía política está relacionada con la política porque debe estar preocupada, así como no debe estarlo la filosofía moral, por las posibilidades políticas prácticas» (Rawls, 1999: 447). El interés por este carácter práctico se traduce en el deber (técnico) de observar determinados hechos relativos a la teoría social y la psicología humana a la hora de elaborar una concepción de la justicia.

Hay quien considera que Rawls no es consecuente con su intento de elaborar una concepción de la justicia práctica ya que, a pesar de que incorpora ciertos hechos (como el pluralismo razonable, o la escasez moderada), también se sirve de una serie de idealizaciones (como el pleno cumplimiento, o las plenas capacidades) que harían que sus

dos principios sean inservibles como guía para resolver los problemas que afectan a nuestra sociedad (cfr. Farrelly, 2007 y Sen, 2009).

Sin embargo, con el fin de entender el alcance de esta objeción y el sentido en el que cabe afirmar que la teoría de Rawls tiene una aspiración práctica, es necesario introducir su distinción entre *teoría ideal* y *teoría no-ideal* (Rawls, 1971, rev: 8).

En la literatura posterior el uso de estas categorías se ha modificado ligeramente (cfr. Stemplowska, 2008 y Robeyns, 2008). Una teoría es considerada ideal si ofrece una guía para el diseño institucional y la actuación de las personas en condiciones ideales, las cuales, no necesariamente deben referirse al pleno cumplimiento (como entendía Rawls), sino que pueden ser relativas a las capacidades de los individuos, a la cantidad de recursos disponibles, etc. En cambio, una teoría es considerada no-ideal si elabora sus principios teniendo en cuenta, además del cumplimiento parcial (como entendía Rawls), las contingencias históricas, sociales y económicas que nos afectan².

² Agradezco a Jahel Queralt sus observaciones al respecto y las útiles indicaciones bibliográficas que me ha proporcionado.

La concepción de Rawls es ideal ya que no sólo ignora la mayoría de estas contingencias sino que además recurre a varias idealizaciones. Lo relevante ahora es aclarar en qué sentido puede ser *práctica* una concepción de la justicia que es *ideal*. La clave está en la idea de *utopía realista* que Rawls utiliza para referirse a su teoría. Una concepción es realistamente utópica cuando elabora sus principios teniendo en cuenta las mejores condiciones sociales previsibles. A diferencia de una teoría no-ideal, la utopía realista ignora determinados hechos que se dan en nuestras sociedades (como los efectos de injusticias históricas), lo que hace que sea *ideal*; pero sí que tiene en cuenta aquellas circunstancias consideradas como condiciones permanentes (como la pluralidad moral en el contexto de una democracia), y por esa razón decimos que es *realista*. Lo segundo es lo que lleva a Rawls a afirmar que «[l]os objetivos de una concepción de la justicia dependen de la sociedad a la que va dirigida» (Rawls, 1999: 421), y que «los principios de justicia no son... verdaderos en todos los mundos posibles. En particular, dependen de características bastante específicas y limitaciones de la vida humana que dan lugar a las circunstancias de la justicia» (Rawls, 1999: 351).

Así pues, el enfoque rawlsiano, a pesar de ser ideal, es práctico en el sentido de que

«extiende lo que ordinariamente se consideran como límites de la posibilidad política práctica» (Rawls, 1993: 6). Nos muestra cuál es el mejor orden social que *podemos* alcanzar dadas las características del mundo en el que vivimos. Obviamente, saber cuando estamos en el terreno de lo políticamente posible y cuando en una *utopía no realista* es una cuestión difícil ya que exige determinar qué constricciones, de las que nos afectan aquí y ahora, son superables y cuáles no (cfr. para la teoría de la democracia Estlund, 2008: cap. XIV).

La dimensión práctica del enfoque rawlsiano se aprecia mejor si comparamos su concepción con otras teorías ideales más extremas que consideran que los principios *fundamentales* de la justicia deben ser independientes de la naturaleza humana y otras cuestiones que afectan a su realización. Una versión elaborada de esta concepción la ofrece G.A. Cohen. Según este autor, «[l]a cuestión para la filosofía política no es qué debemos hacer sino qué debemos pensar, incluso cuando lo que debemos pensar no tiene relevancia práctica» (Cohen, 2003: 243). Desde esta posición, no resulta problemático afirmar algo que para Rawls sería incoherente: «esto es lo que la justicia requiere, pero no hay ningún modo de llevarlo a cabo». Así pues, la finalidad práctica que Rawls le atribuye a la filoso-

fía política tiene una consecuencia metodológica que consiste en elaborar la concepción de la justicia observando ciertas condiciones empíricas que afectan a su implementación y que hacen que sea una concepción realizable en las mejores condiciones previsibles. De este modo, la *utopía realista* rawlsiana se sitúa en una posición intermedia entre el *realismo político* de las concepciones no ideales (que puede hallarse en Carens, 2000 y en Geuss, 2008) y el *idealismo extremo* de las concepciones totalmente insensible a los hechos como la de Cohen.

Rawls defiende el uso de presupuestos ideales de esta manera: «la razón para empezar por la teoría ideal es que proporciona, creo, la única base para una comprensión sistemática de estos problemas [los que se dan en circunstancias no-ideales] más apremiantes» (Rawls, 1971, rev.:8). El modo en el que la teoría ideal contribuye a resolver los problemas que tenemos aquí y ahora no es a través de recomendaciones prácticas y pautas específicas, sino indicándonos los valores que debemos sopesar en la elaboración de nuestras políticas, y ofreciéndonos las razones que justifican la importancia de dichos valores, de modo que nos sea más fácil ponderarlos en circunstancias no-ideales.

1.3. *El ámbito de lo posible*

Lo dicho en la sección anterior pone de relieve que la filosofía política requiere, por el hecho de ser normativa, un componente ideal; pero, al mismo tiempo, por ser práctica necesita una adecuación a la realidad. La combinación de ambos elementos da como resultado una teoría como la que está pensando Rawls, pero que aquí podemos emplear en una esfera distinta de la relativa a la justicia distributiva.

En el debate que ahora nos ocupa existe una preocupación por articular intuiciones que no son siempre claramente compatibles. Básicamente dos son las relevantes en esta discusión. Por una parte, el temor a leyes que limiten derechos fundamentales se concibe como el fundamento para otorgar al poder judicial un contrapeso a las decisiones de otras instituciones políticas. Por otra parte, el temor a que las convicciones morales de un grupo minúsculo de personas, los jueces, impida la aprobación de leyes que cuentan con un consenso generalizado, es el que lleva a entablar el debate acerca de la naturaleza y justificación del control judicial de constitucionalidad de las leyes.

En lo que sigue me propongo analizar cuál sería la dosis mínima de realismo que debería

cumplir una teoría normativa que persiga hacer frente a esas intuiciones. En concreto, voy a referirme, en el apartado 2, a lo que denominaré las circunstancias de la jurisdicción, para en el apartado 3 analizar las circunstancias de la política. Las primeras harían referencia a la labor de los órganos jurisdiccionales, mientras que las segundas se aplicarían a la concepción del funcionamiento de los parlamentos.

Como es sabido, Rawls habla de las circunstancias de la justicia, como ya lo había hecho Hume (Hume, 1739-1740: Libro III, Parte II, sección II, pars. 494-495, 665) para referirse a aquellos aspectos de la condición humana, como la escasez moderada y el altruismo limitado de las personas, que hacen que la justicia como virtud y como práctica sea posible a la vez que necesaria (Rawls, 1971: 126-130). Waldron, como veremos, utiliza esta misma idea aplicada a lo que llamará las circunstancias de la política. En mi caso, añadiré a renglón seguido lo que considero indispensable tener en cuenta respecto a la tarea de los jueces, consistente en la interpretación y la aplicación del derecho. Son factores que marcan límites a lo que es pensable exigir a esa tarea, por lo que los llamaré las circunstancias de la jurisdicción. El análisis de las circunstancias de la jurisdicción y de la política nos mostrará el ámbito de

lo posible. Una vez delimitado ese ámbito, será el momento de examinar varias cuestiones relativas a la teoría de la democracia, con el fin de poner de relieve algunos aspectos poco sensatos de algunas posiciones que convierten sus propuestas en utopías no realistas. En concreto, mencionaré algunos de los problemas que presenta la democracia deliberativa y el valor epistémico que se vincula a la democracia, ambos puntos defendidos por Vázquez.

2. Las circunstancias de la jurisdicción

La actividad consistente en la interpretación y la aplicación del derecho llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, en general, y por un Tribunal constitucional, en particular, está sometida a una serie de imponderables, nacidos del carácter de esa misma actividad, y que limitan en gran medida el ámbito de lo que uno puede desear con sentido, bien sea porque el objeto del deseo es directamente imposible, bien sea porque el coste de su elección es, por diversas razones, inaceptable. Pasaremos revista a tres de estos límites, que vienen dados, en primer lugar, por el lenguaje en que se expresan las normas jurídicas, en segundo lugar, por el carácter sistémico con el que son concebidas y, por último, por la presencia en los sistemas jurídicos de elementos inequívocamente morales

(para más detalles, remito a Vilajosana, 2007: cap. III). Una vez hecho esto, añadiré algunas aplicaciones específicas que tienen estos límites respecto al tema que nos ocupa.

2.1. Límites que plantea el lenguaje natural

Los textos normativos están formulados, pues, en lenguaje natural con la finalidad de facilitar la comprensión del mensaje a los destinatarios. Es por ello que todos los problemas que presenta este tipo de lenguaje a la hora de poder determinar con precisión el significado de las expresiones utilizadas, se trasladarán a la actividad de interpretación jurídica, la cual consiste precisamente en la atribución de significado a los textos normativos. Estos problemas son la ambigüedad, la vaguedad y la textura abierta del lenguaje.

Una palabra es ambigua si, dentro de una comunidad lingüística determinada, tiene varios significados posibles. Normalmente, la ambigüedad de los términos no es demasiado problemática por cuanto el contexto lingüístico y la situación pragmática permiten determinar cuál es el significado en cuestión en una ocasión determinada. Más problemas plantea, en cambio, la vaguedad.

La vaguedad es un problema de imprecisión del lenguaje que afecta a los conceptos de

clase y que es distinto al de la ambigüedad. Ahora no estamos frente al desconocimiento del significado de una palabra (puede ser que lo tengamos muy claro después de haber analizado el contexto y la situación, o simplemente lo hayamos estipulado), sino de la indeterminación de la extensión o denotación de la palabra (los objetos nombrados por ella) en relación con su connotación o intensión (las propiedades definitorias). Como explicación del fenómeno de la vaguedad se suele utilizar la metáfora del foco de luz. El significado de una palabra sería como un foco de luz con el que iluminamos el mundo. Habría, así, una zona de total luminosidad, en la que existiría un criterio automático de aplicación de la palabra a determinados objetos (que caerían dentro del haz luminoso), otra de total oscuridad, en la que tendríamos un criterio de exclusión automático de aplicación de la palabra a determinados objetos, y, por último, una *zona de penumbra* que se caracterizaría porque en ella se carece de criterio automático de aplicación o de exclusión del término. Es la existencia de esta zona de penumbra la que permite afirmar que el significado de una expresión es vago y en los casos que caen dentro de ella sólo cabe decidir (Hart, 1961: cap. VII).

Sin embargo, el hecho de no tener dudas sobre la aplicación de una palabra o haber

eliminado la vaguedad a través de la decisión a la que antes se aludió, no debe llevarnos a pensar que hay conceptos generales que no son vagos, porque todos lo son, aunque sea *potencialmente*. El desconocimiento que tenemos de las propiedades que pueden llegar a tener en el futuro los objetos, hace posible esa vaguedad potencial, llamada por Carnap «vaguedad intensional» (Carnap, 1960) y por Waismann «textura abierta del lenguaje» (Waismann, 1951:119).

Si se nos pide que hagamos explícita la connotación de una palabra, podemos indicar un cierto número de propiedades definitorias y creer que el resto de propiedades posibles no incluidas entre ellas están excluidas como no relevantes. Sin embargo, esta creencia es errónea. En puridad, sólo pueden considerarse excluidas como irrelevantes las propiedades posibles que han sido tomadas en consideración, pero no las que no lo han sido. Cuando se presenta un supuesto en el que aparece alguna o algunas de estas propiedades que no habíamos tomado en consideración, es normal que surjan dudas que no pueden ser eliminadas por un proceso mecánico o deductivo a partir del significado usual de la palabra. En este sentido, puede decirse que el uso de esa palabra está abierto, no decidido de una vez por todas. Como dice Waismann, cuando pensamos haber delimitado completamente

las palabras de clase, el caso insólito nos muestra que en un aspecto no contemplado faltaba tal determinación. No existe un criterio que sirva para incluir o excluir todos los casos posibles, por la sencilla razón de que no podemos prever todos los casos posibles.

Esta es una idea especialmente fructífera en el ámbito jurídico. Si bien hay que decir que no tiene sentido dar ejemplos de normas que padezcan esta textura abierta, ya que ello podría ocultar el hecho de que *todas las normas generales* tienen esa vaguedad potencial. Si se regula el comportamiento de una sociedad a través de normas generales y abstractas, la vaguedad resulta inevitable.

Si todo lo anterior es cierto, hay un primer conjunto de límites respecto a lo que podemos decidir postular como *desideratum* acerca de la actividad judicial. Si las normas jurídicas van a seguir siendo formuladas a través de lenguaje natural y si una institución va a seguir siendo la encargada de resolver casos individuales a través de normas generales, entonces hay que asumir que en un aspecto importante (los casos que caen en la zona de penumbra y en los que se pone de relieve la textura abierta del lenguaje) no hay elección. No es posible decidir tener o no tener un poder judicial sin discrecionalidad respecto a estos extremos.

2.2. *Límites que plantea la concepción sistemática del derecho*

Otra suerte de límites a aquello que puede ser decidido vendría dado por el hecho de que las normas jurídicas se entiende que forman un sistema normativo (es decir, un conjunto de normas más alguna relación entre ellas). Los problemas más destacados al respecto son la presencia de lagunas y de contradicciones.

En relación con un determinado sistema jurídico, existe una laguna si un supuesto de hecho no está correlacionado con ninguna consecuencia jurídica (prescindo aquí de la definición técnica que se da en Alchourrón; Bulygin, 1971.). Los juristas consideran que determinados argumentos pueden servir para colmar las lagunas, por ejemplo, el argumento a contrario y el argumento por analogía.

Aunque hay varias versiones del *argumento a contrario*, tal vez la más empleada sea la que considera que del hecho de que una norma atribuya una determinada consecuencia normativa a una determinada clase de sujetos, debe entenderse que a otra clase de sujetos le será de aplicación la consecuencia normativa contraria (Guastini, 2000). El argumento *a contrario*, entendido de esta forma, no es un argumento lógicamente válido. Pese a ello es

muy utilizado por los juristas a la hora de resolver casos de laguna normativa.

Por otro lado, la estructura de un *argumento analógico* es la siguiente. En primer lugar, se parte de que un determinado supuesto de hecho o caso (C_1) no está regulado por las normas de un determinado sistema jurídico, es decir, que no viene establecida una solución normativa, lo que significa que existe una laguna normativa. En segundo lugar, se asume que otro supuesto de hecho o caso (C_2), que guarda con el anterior una *semejanza relevante*, sí que está regulado en ese mismo sistema (éste establece una determinada solución normativa): «Si C_2 , entonces S». En tercer lugar, se concluye que por analogía hay que atribuir a aquel primer supuesto (C_1) la solución normativa que el sistema jurídico contempla para el segundo (C_2): «Si C_1 , entonces S».

Un somero vistazo a su estructura basta para darse cuenta que el argumento analógico, al igual que sucede con el argumento a contrario, es un argumento creador de normas, siempre que lo utilice un juez dentro de sus competencias. Precisamente, es a través de la creación judicial de una norma que se puede colmar la laguna que previamente se ha detectado.

Ahora bien, nótese que los mencionados argumentos van siempre en sentido inverso. Si se utiliza el argumento *a contrario* se justifica (aunque no sea de una manera lógicamente válida) la aplicación a un determinado supuesto de una solución normativa (por ejemplo, que la conducta *p* está permitida). En cambio, si se utiliza el argumento por analogía en el mismo caso de laguna, se justifica (tampoco en sentido lógico) la solución normativa contraria (en este caso que la conducta *p* está prohibida). El decidirse por una u otra vía no está previamente determinado por las normas jurídicas de un determinado sistema jurídico. Por eso, en estos casos puede decirse que la decisión del juez es discrecional.

Por lo que respecta a las contradicciones normativas, cabe decir que hay una *antinomía* en relación con un determinado sistema jurídico si un determinado supuesto de hecho está correlacionado con al menos dos soluciones incompatibles entre sí.

Los juristas han ido desarrollando determinados criterios para, como habitualmente se dice, resolver estas antinomias (véase Bobbio, 1964; Mendonca, 2000: cap. 10.2). Tales criterios son el *criterio cronológico*, el *criterio jerárquico* y el *criterio de especialidad*. Pero su utilización presenta algunos inconvenientes. En primer lugar, es posible que haya

normas antinómicas para las cuales estos criterios no sean de utilidad: así, normas dictadas en el mismo momento, del mismo rango jerárquico y que no están en la relación general-especial (lo cual podría darse, por ejemplo, en una misma Constitución). En segundo lugar, los propios criterios pueden entrar en conflicto entre sí y no siempre está claro cuál de ellos debe prevalecer en estos casos.

Sin embargo, si con estos criterios no se pueden solventar algunas antinomias, entonces de nuevo en estos casos se abre paso la discrecionalidad del juez para determinar la norma aplicable al supuesto de que se trate.

2.3. Límites que plantean los componentes morales del sistema jurídico

Hay dos cuestiones principales a través de las cuales penetra la discusión moral en el razonamiento que deben desarrollar los jueces y tribunales en nuestros ordenamientos jurídicos. Por un lado, la que tiene que ver con la presencia de conceptos esencialmente controvertidos y, por otro lado, la que se plantea con la existencia de principios jurídicos que tienen un componente moral y que pueden colisionar. Estos límites, que son de gran importancia en relación con el entero sistema jurídico, cobran una especial relevan-

cia precisamente en el ámbito de la interpretación constitucional, por ser la Constitución el lugar en el que suele aparecer el listado de derechos individuales con carga moral.

2.3.1. Conceptos esencialmente controvertidos

Se trata de una subclase de conceptos vagos (la idea procede de Gallie, 1955-1956; véase también Waldron, 1994). Los conceptos esencialmente controvertidos se definen por las siguientes características:

a) Son valorativos, en el sentido de que atribuyen a los casos de aplicación del concepto la posesión de un valor positivo o negativo.

b) Su estructura interna es compleja de manera que permite criterios distintos que compiten entre sí para reconstruir su significado.

c) Existen algunos casos, reales o hipotéticos, que son paradigmas de la aplicación de tales conceptos.

Sólo añadiré una aclaración respecto al tercer rasgo. Es oportuno distinguir entre lo que sería un concepto radicalmente confuso y lo que es un concepto esencialmente contro-

vertido. Por esa razón, debe ser posible identificar casos paradigmáticos de aplicación del concepto. Se puede discutir acerca de si tal o cual jugador de fútbol es o no un buen jugador, pero deben existir casos paradigmáticos que no sean discutidos por las diversas concepciones futbolísticas (por ejemplo, Pelé o Maradona). Si alguien quisiera intervenir en una discusión al respecto, y de la concepción que mantuviera se dedujera, por ejemplo, que Pelé no ha sido un buen jugador de fútbol, entonces difícilmente se podría pensar que está hablando en algún sentido relevante de *lo mismo* que los demás.

Muchos de los conceptos morales que solemos utilizar de manera corriente son esencialmente controvertidos, especialmente los denominados *densos*, que son aquellos que tienen un sólido componente descriptivo en una determinada sociedad, como por ejemplo, los conceptos de honesto o valiente (Williams, 1985: cap. 8). Este tipo de conceptos son jurídicamente relevantes en la medida en que aparecen en nuestros ordenamientos jurídicos, en especial en las Constituciones. Por ejemplo, el artículo 15 de nuestra Constitución prohíbe los tratos inhumanos y degradantes. El delimitar el contenido de estos conceptos supone embarcarse en una discusión moral, por ejemplo acerca del sentido y alcance de la dignidad humana. Puesto que

sobre ello existirán concepciones distintas en pugna, el hecho de elegir entre ellas dota a quien escoge, en este caso los jueces, de poder discrecional. No quiere esto decir que los jueces pueden adoptar cualquier decisión al respecto. Las concepciones entre las que cabe elegir tienen un límite, que viene dado por los casos paradigmáticos. Torturar a alguien por placer, por ejemplo, no parece ser un caso que una concepción de lo que es la dignidad humana pueda admitir. Si lo admite diremos que no está hablando de lo mismo que el resto de concepciones (no se está refiriendo al mismo concepto).

2.3.2. *Los principios jurídicos*

La expresión «principios jurídicos» es utilizada con muchos sentidos diversos (Atienza; Ruiz Manero, 1996: cap. I; Guastini, 1996: cap. V). Para algunos autores, que siguen una distinción propuesta por Dworkin (Dworkin, R., 1977: cap. II), cabe distinguir entre las normas jurídicas prescriptivas dos subclases: la clase de las *reglas* y la de los *principios*.

Hay dos diferencias entre las reglas y los principios que resultan en este punto relevantes. En primer lugar, las reglas tienen condiciones de aplicación, mientras que los principios no. Esta diferencia en la estructura de ambas clases de disposiciones tiene su reflejo

a la hora de su aplicación a casos concretos. Sin establecer en qué condiciones se aplicará una determinada consecuencia jurídica, no es posible la resolución de un determinado caso. Por tanto, frente a la colisión entre principios, que carecen por definición de tales condiciones, se debe establecer un mecanismo cuyo resultado final sea una regla que sí las tenga. En segundo lugar, las reglas funcionan de la forma todo-o-nada, mientras que los principios se comportan en función de su peso en la argumentación. Esto tiene como consecuencia que en el caso de las antinomias (conflicto de reglas), por ejemplo entre *R1* y *R2*, una vez establecido por el criterio que sea que la regla *R1* es la que debe ser aplicada, entonces *R2* se considera total o parcialmente inválida, es decir, no perteneciente al sistema jurídico de que se trate. Por ello, *R2* no será aplicable ni en el caso presente ni en casos futuros. En cambio, cuando dos principios entran en colisión, supongamos *P1* y *P2*, el hecho de que un determinado caso se resuelva dando preferencia a uno de ellos (*P1*), no significa que el otro (*P2*) sea inválido. Lo que ocurre es que, en determinadas circunstancias, se dirá que *P1* precede a *P2*. Si las circunstancias son distintas, entonces *P2* precederá a *P1*.

El método de la ponderación se emplea justamente para establecer esta relación de precedencia entre principios. Lo cual signifi-

ca que habrá que determinar en qué *condiciones P1* precede a *P2* y en qué *condiciones* se da la situación inversa. Una vez se hayan establecido cuáles son estas condiciones relevantes, se podrá formular la regla que resuelva el caso concreto (este método se halla en Alexy, 1986: 81-98; para una discusión adicional, véase Martínez, 2007: cap. III).

El hecho de que nuestros ordenamientos jurídicos contengan disposiciones que se comportan como principios pone sobre el tapete de nuevo la posibilidad de que la moral se acabe incorporando al derecho. Y esto por dos razones.

En primer lugar, por el hecho de que estos principios suelen contener en su enunciación conceptos esencialmente controvertidos (honor o intimidad, por ejemplo), cuya dilucidación comporta necesariamente un debate moral. Si esto es así, como ya dije antes, el determinar el *contenido* de estos principios ya supone entrar de lleno en una argumentación moral.

En segundo lugar, aunque ya hubiéramos identificado el contenido de los principios, queda por dirimir cuáles son los *criterios* que permitirán establecer la relación de precedencia necesaria para proceder a su ponderación. Y parece que, al menos en la mayoría de los

casos, estos criterios los ha de proporcionar una teoría político-moral, más o menos desarrollada. En efecto, los criterios de relevancia respecto a las circunstancias en las cuales una información podrá ser emitida legalmente o el establecimiento de los límites al derecho de información (límites marcados por el derecho a la intimidad y al honor, por ejemplo) parece que consistirán en alguna medida en razones morales.

En resumen, si ese acepta lo dicho en las anteriores secciones, entonces parece claro que los jueces tienen un amplio margen de discrecionalidad, *se quiera o no*, originado al menos por estas razones:

a) Por los límites que presenta todo lenguaje natural, dada la ambigüedad de algunas de las palabras que aparecen en los textos normativos, pero sobre todo de la vaguedad actual y potencial de sus conceptos generales.

b) Por la presencia de lagunas normativas, las cuales pueden colmarse a través de la utilización de dos argumentos como son el argumento *a contrario* y el analógico que conducen a soluciones totalmente contrapuestas.

c) Por fenómenos tales como las contradicciones normativas, cuya resolución no siempre se produce por criterios automáticos.

d) Por la presencia en las disposiciones jurídicas de conceptos esencialmente controvertidos, que requieren en aquellos casos no paradigmáticos tomar partido por alguna de las concepciones político-morales en pugna.

e) Por la colisión entre principios que exige una ponderación, la cual requerirá también una apelación a alguna teoría político-moral.

2.4. Relevancia de estos límites

A continuación, podemos apreciar algunas posibles aplicaciones de los límites que acabo de esbozar respecto a cuestiones que se discuten acerca de la jurisdicción constitucional, la protección de derechos y la legitimidad democrática de los Parlamentos

2.4.1. La legitimidad del Parlamento

Ligado a lo anterior, cierto es que la discusión acerca del contenido de los conceptos esencialmente controvertidos y el establecimiento de los criterios de relevancia para determinar la prevalencia entre principios podría ser llevada a cabo por el poder legisla-

tivo. Pero es cierto a medias. El poder legislativo puede afrontar estas cuestiones en abstracto y ofreciendo soluciones generales, pero no podrá realizar el proceso de aplicación, que es el propio de la jurisdicción. Ante esta evidencia, hay quien se resiste de todos modos a dar la última palabra a los jueces y pretende preservar la primacía del legislativo con la recomendación de que no se legisle incluyendo elementos morales y que se evite utilizar la adscripción de derechos a través de disposiciones sin condiciones de aplicación como serían los principios. En este punto coincidirían, por distintas vías, los defensores de las constituciones de detalle y quienes son partidarios del llamado positivismo normativo o ético. Ahora bien, cabe plantear al respecto dos cuestiones. La primera, si es posible una Constitución que reconozca derechos fundamentales sin formularlos a través de principios. La segunda, aunque ello fuera posible, si es deseable hacerlo.

Según Waldron, por ejemplo, el derecho moderno al ser un producto de un Parlamento democrático posee una legitimidad que no tienen otras posibles fuentes del derecho. En última instancia, opina que ese valor le viene al derecho positivo porque suprime la arbitrariedad. De este modo, la manera de conservar ese valor y de preservar la dignidad de la legislación es atenerse a sus estrictos límites

respecto a la función jurisdiccional, que se plasmarían en la idea de no introducir nunca consideraciones morales o de otro tipo a la hora de interpretar el derecho y mantenerse fieles al texto de la ley (Waldron, 1999a: 95-105).

Esta posición, sin embargo, tiene algunos problemas que afrontar. En primer lugar, dadas las mencionadas circunstancias de la jurisdicción, cierto ámbito de discrecionalidad de los jueces no es susceptible de ser suprimido a voluntad. Si las disposiciones jurídicas (el texto de la ley) van a ser formuladas a través de lenguaje natural, la vaguedad actual y potencial es inevitable. Por ello, en los casos de la zona de penumbra los jueces tomarán decisiones no amparadas previamente por el texto de la ley. Si el derecho se concibe como un sistema, aparecerán lagunas y contradicciones. Respecto a las primeras, los jueces podrán optar entre utilizar el argumento a contrario o el analógico, sin que el texto de la ley indique cuál de los dos es el que hay que emplear en cada caso. Si hay normas contradictorias aplicables al mismo caso, el juez deberá decidir cuál de ellas aplica y los criterios al uso no llevan siempre a un resultado unívoco e indiscutible.

Por último, admitamos a efectos meramente argumentativos (y es mucho admitir), que

sea posible en nuestras democracias conceder derechos individuales de los que aparecen en los listados usuales en nuestras Constituciones sin usar conceptos esencialmente contrvertidos ni formulaciones a través de principios. Una pregunta sigue en pie: ¿sería deseable hacerlo? La respuesta es negativa. Veamos por qué.

Los partidarios del positivismo ético o normativo, entre los que se cuenta Waldron, son proclives a pensar que la introducción de elementos morales en un sistema jurídico hace inevitable que disminuya la seguridad jurídica de los destinatarios de las normas (cfr. Scarpelli, 1965; Campbell, 1996, Waldron, 1999b). Al respecto hay que preguntarse por qué nos interesa la seguridad. Seguramente nuestro interés en ella se basa en que pensamos que contribuye a aumentar nuestra autonomía: el saber a qué atenernos es básico para que seamos capaces de desarrollar los planes de vida que elijamos. Puede parecer, entonces, que la seguridad es directamente proporcional a la autonomía. Sin embargo, esto no es así. Por un lado, no está dicho que la presencia de términos morales contribuya de una forma desproporcionada a no saber a qué atenerse. Al menos, en los casos paradigmáticos, eso no será así. Por otro, esa especie de ley de la proporcionalidad, según la cual a mayor seguridad, mayor

autonomía, en realidad no se da. A veces, si se quiere aumentar la autonomía hay que prescindir en algún grado de la certeza en la decisión. Y estamos acostumbrados a ello. Piénsese, si no, en los casos del reconocimiento de causas de justificación en materia penal o la inclusión de los vicios del consentimiento en la parcela del derecho civil. Un sistema jurídico sin el reconocimiento de tales causas y tales vicios sin duda sería más cierto. Por tanto, en ambos casos se aumenta la inseguridad, pero no es a costa de la disminución del ámbito de autonomía personal, sino al contrario. Nos parece sensato renunciar en estos supuestos a algún grado de certeza y seguridad, *precisamente* porque consideramos que aumenta nuestra autonomía personal (cfr. Moreso, 2001 y Moreso y Vilajosana, 2004: cap. VII).

2.4.2. *El argumento del precompromiso*

La aplicación anterior de los límites citados iba en una dirección crítica respecto a los defensores de la superioridad del Parlamento frente a la jurisdicción constitucional. Pero tales límites también pueden ir en un sentido inverso, como puede apreciarse al analizar la justificación del atrincheramiento del coto vedado a través del conocido argumento del precompromiso o estrategia Ulises y que menciona Vázquez (para una defensa del mis-

mo, cfr. Moreso, 1998 y 2009). Se trataría, en definitiva, de establecer en un determinado momento como ejercicio del poder constituyente un catálogo de derechos junto a mecanismos que impidan o dificulten enormemente su eventual modificación futura en un momento de debilidad del poder constituido.

Ahora bien, como ha puesto de relieve Bayón, lo que en el plano individual hace que las estrategias Ulises sean verdaderos medios indirectos de preservar la racionalidad y la autonomía es que sea el propio agente que decide atarse las manos el que controle el propósito y alcance de la ligadura que se impone. Pero la auto limitación colectiva mediante la instauración de una constitución rígida no funciona así. Al menos, no mientras la constitución contenga principios extraordinariamente abiertos cuyo alcance va a ser fijado por las interpretaciones del órgano de control: porque entonces la comunidad no se fuerza a hacer en t_2 exactamente aquello que en t_1 quería hacer en t_2 , sino aquello que en t_2 decida (por mayoría) el órgano de control que es el sentido más defendible de aquellos límites fijados en abstracto en t_1 . Esto no es disponer *ex ante* del control de limitaciones auto impuestas: es simplemente ponerse en manos del juicio de otro. La diferencia, concluye este autor, es demasiado grande como para pretender que se trata de mecanismos

análogos que preservan por igual la autonomía a largo plazo de los que ponen límites a sus acciones futuras (Bayón, 2003: 225).

2.4.3. *¿Se puede decidir tener o no una política activista?*

De los límites examinados se pone de relieve que no resulta del todo claro que querría decir que es posible optar por tener una política activista respecto de la jurisdicción o no, como parece dar por descontado Vázquez, por ejemplo. Lo cierto es, empero, que en los casos mencionados (que caen en la zona de penumbra, lagunas, conceptos esencialmente controvertidos no paradigmáticos, etc.), no es factible defender una política de no activismo de los jueces, postular que éstos realicen una tarea mecánica.

Las posiciones que alguna vez sostuvieron esto, como era el caso del formalismo jurídico, simplemente hay que reconocer que mantenían una posición ideológica (en el peor sentido de la expresión), ya que ocultaban la evidencia que pone de relieve las circunstancias de la jurisdicción, amparándose en la ficción de la racionalidad del legislador. En este sentido, no deja de resultar curioso que Waldron, que tantos y tan buenos esfuerzos ha hecho por mostrar que no existe tal cosa

como *el* legislador, por lo que no hay tampoco *una* intención del mismo, en cambio quede tan vivamente impresionado, como veremos más adelante, por el texto de la ley. En efecto, este autor propugnará que lo que hay que hacer es seguir una política que privilegie la interpretación literal, obviando así no sólo las circunstancias de la jurisdicción que hemos visto, sino también los numerosos problemas ya conocidos que presenta este tipo de interpretación, empezando por la dificultad de establecer su concepto y alcance (cfr. Vernengo, 1994 y Mazzaresse, 2000).

Además, en el supuesto de que aquella ideología formalista quede desenmascarada y se ponga en evidencia que los jueces tienen el nivel que tienen de discrecionalidad, si lo que se pretende al defender un papel activo de los mismos, es que sigan su propia doctrina comprensiva, entonces el resultado que uno quiera alcanzar no está garantizado. Así lo pone de relieve Vázquez: uno puede pretender ese activismo, por ejemplo, por razones progresistas y terminar viendo que se impone una línea conservadora, por cuanto los jueces pertenezcan a ella. Esto es precisamente lo que sucedió en Italia con los partidarios del *uso alternativo del diritto*. Del entusiasmo de los primeros momentos se pasó a la más grande de las frustraciones al comprobar que la alternativa en la que pensaban los teóricos

(progresistas) no era en la que estaban pensando los jueces del momento (conservadores).

Hasta aquí el examen de posibles aplicaciones de los límites surgidos de las circunstancias de la jurisdicción. Aunque más tarde apuntaré alguna aplicación adicional de las mismas, ahora es el turno para el examen de los eventuales límites que pudieran aparecer de las condiciones de la política.

3. Las circunstancias de la política

Waldron apunta que la necesidad percibida por los miembros de un determinado grupo de contar con un marco, decisión o curso de acción comunes sobre cierta cuestión, a pesar de los desacuerdos acerca de cuál debería ser ese marco, esa decisión o esa acción, es lo que constituye las circunstancias de la política. (Waldron, 1999a: 123). La presencia de desacuerdos, junto a la necesidad de hallar ese curso de acción común, sería crucial, según este autor, para entender lo que serían virtudes políticas (en analogía con lo que Rawls llama la justicia como virtud). Estas virtudes serían: la civilidad, la tolerancia del disenso, la práctica de una oposición leal y el Estado de derecho. También resultarían imprescindibles para entender las reglas procedimentales de toma de decisión, como la decisión por

mayoría. Analizaré por separado ambas circunstancias: la presencia de desacuerdos y la necesidad de una acción común.

3.1. *Pluralismo y desacuerdos*

Rawls considera que en una sociedad democrática no podemos esperar que los individuos lleguen a compartir una misma concepción del bien o doctrina comprensiva. Al contrario, ve la pluralidad de concepciones morales como un hecho ineludible. Las razones por las que el pluralismo es inevitable son varias.

En primer lugar, hay una serie de hechos que conciernen a la elaboración de nuestros juicios morales y que incluyen, por ejemplo, las diferentes formas de valorar la evidencia que derivan de distintas experiencias y la complejidad de las consideraciones normativas. Estos hechos, que Rawls aglutina bajo la categoría general de «dificultades del juicio» (*burdens of judgement*), hacen que sea posible que personas racionales lleguen a emitir juicios dispares aun sosteniendo la misma doctrina comprensiva (Rawls, 1971: § 22).

En segundo lugar, Rawls nos presenta la variedad de concepciones filosóficas, religiosas y morales como una consecuencia del ejercicio de la razón en condiciones de liber-

ta de pensamiento. El pluralismo moral es un subproducto de las instituciones democráticas, lo que supone que no es sólo un rasgo típico de las sociedades en las que vivimos nosotros, sino que también se dará en una sociedad bien ordenada por una concepción de la justicia liberal. Esto es, la diversidad de doctrinas comprensivas es un elemento que debe afrontar cualquier concepción que sea tolerante para mostrar que puede llegar a ser estable. La estabilidad no requiere que todos los ciudadanos respalden la concepción de la justicia por las mismas razones, sino simplemente que exista un consenso superpuesto alrededor de la misma concepción, lo que significa que el equilibrio reflexivo al que llegará cada individuo por separado será distinto.

El pluralismo razonable del que parte Rawls y que éste lo entiende como una de las circunstancias de la justicia, se transmuta en Waldron en la presencia de desacuerdos como una circunstancia de la política. Es interesante ver cómo se origina esta variación.

Waldron entiende que la política es posible si las personas pueden alcanzar acuerdos sobre algunas de las cuestiones procedimentales, aunque discrepen acerca de temas sustantivos que los procedimientos deban resolver. Se puede pensar acerca de la política sin dejar de

ser partidario de una concepción de la justicia en particular que compita de manera inflexible con las demás concepciones en la arena política, pero no se puede hacer si el procedimiento político y constitucional nada tiene que ver con nuestras concepciones sustantivas. Se debería estar dispuesto, según este autor, a resolver de una manera relativamente imparcial la cuestión de qué debe hacerse respecto del hecho de que los demás que viven en esa misma sociedad discrepen acerca de la justicia. Hay que tener en cuenta, además, que el debate político debe terminar en una decisión, con lo cual el hecho de implicarse en política sería tanto como admitir principios procedimentales tales como el principio de la mayoría que puedan producir resultados contrarios a las propias convicciones sustantivas. No se trataría de que la política esté por encima de la justicia, ni a la inversa. Más bien de lo que se trata, si he entendido bien a Waldron, es de ubicar adecuadamente el ámbito de lo político. Y esa ubicación muestra que, dadas las circunstancias de la política, en ocasiones deberemos admitir que se produzca una decisión contraria a nuestros valores más profundos:

Cuando afirmamos que un punto de vista que creemos incorrecto debe prevalecer por motivos políticos, no lo estamos considerando en términos de su importancia o prioridad

intrínsecas, sino a la luz de las circunstancias básicas de la política, que hacen que incluso en aquellas cuestiones que juzgamos *más* importantes necesitemos alcanzar una decisión común a pesar de la existencia de desacuerdos sobre cuál debería ser (Waldron, 1999a: 191. Cursiva en el original)..

3.2. *La decisión común y el valor del texto*

De la necesidad que haya una decisión común, extraerá Waldron consecuencias muy relevantes, como es la de atribuir una enorme importancia al texto de la ley, en detrimento, por ejemplo, de otras interpretaciones, como la que toma en cuenta la intención del legislador. La forma de hacerlo es como sigue.

Sólo puede unificar la pluralidad a la que antes aludí es que exista una única decisión. No se trata, pues, de que se postule una personalidad ficticia tras la decisión. No hay razón alguna para privilegiar los estados mentales de ningún miembro o grupo del Parlamento que han elaborado una ley. La decisión, según este autor, es el texto de la ley determinada por los procedimientos de la institución. Son estos procedimientos los que hacen que de la pluralidad se pueda pasar a la unidad.

Esta visión, que podría parecer muy poco realista si se interpretase en el sentido de que los parlamentarios tienen una especie de intención común, gana en realismo si, partiendo precisamente de que son muy distintos y defienden intereses muy diversos entre sí, se entiende que la única cosa en común que tienen es el texto acerca del que discuten y que finalmente aprobarán por el procedimiento establecido. Según Waldron, el texto de la ley posee un estatus canónico en la legislación de un tipo distinto a cualquier otra opinión común o idea compartida del propósito que uno pueda hallar en las salas de las comisiones o en los pasillos del Parlamento. Y concluye:

Me parece evidente que en una sociedad multicultural los legisladores tienen el derecho de insistir en la condición de autoridad del texto, y nada más que el texto, como lo único que ha estado con toda seguridad al frente de los empeños legislativos de cada miembro del Parlamento (Waldron, 1999a: 173).

Esta defensa de la interpretación textual es, cuanto menos, sorprendente. Justamente, el error de fondo en que incurre esta visión es tomar en consideración las circunstancias de la política sin complementarlas con las circunstancias de la jurisdicción. No hay algo así como el texto aislado de la interpretación, salvo que uno se refiera a los enunciados sin

el significado. Sin embargo, si hay que atribuir significado a esos «textos», entonces inevitablemente se darán los problemas que ponen de relieve las circunstancias de la jurisdicción. Pensar todavía a estas alturas en que cabe la posibilidad de elegir ofrecer o no a los jueces una teoría normativa que les diga que su interpretación debe ser mecánica, que deben ser meros voceros de la ley, resulta inverosímil.

Pero junto al inconveniente relativo a las circunstancias de la jurisdicción, este extremo defendido por Waldron presenta una serie de dificultades vinculadas a lo que es posible decidir por el procedimiento democrático, que a su vez torna en problemático el carácter unitario que está en la base de su argumento.

3.2.1. *Límites del procedimiento democrático*

Claus Offe ha sostenido que existen cuatro decisiones que no pueden adoptarse democráticamente: a) la propia forma democrática de gobierno; b) la definición de quién pertenece al pueblo; c) los límites territoriales de la organización política (por la indefinición inevitable de qué población debe decidir, lo que remite al punto anterior); y d) la agenda política (Offe, 1998:115-118).

El tipo de imposibilidad que afecta a estos casos es lógico, lo cual implica una imposibilidad empírica. En el inicio del proceso es imposible que el pueblo elija representantes sin que haya habido antes una decisión política no democráticamente adoptada que establezca las condiciones de la representación. El anterior límite lleva a la llamada paradoja de las precondiciones de la democracia y que es abordada por Vázquez: si las precondiciones son muy abultadas, las materias acerca de las que va a decidir el poder legislativo van a ser escasas; si por el contrario, adelgazamos las precondiciones, tal vez se pierde legitimidad.

Este es un problema que debe afrontar cualquier concepción de la democracia. Y, como dice Ruíz Miguel, parece admitir soluciones razonables en algunos puntos intermedios de la escala en cuanto se considera que es inevitable aceptar un cierto balance o intercambio entre los derechos previos al procedimiento y los que se pueden ejercer mediante éste último. Las distintas concepciones políticas, de la neoliberal a la socialdemócrata, pasando por la republicana, se encuentran en pugna sobre el mejor punto de equilibrio. La mayor parte de tales concepciones tienen algún criterio que permite disolver la paradoja. Pero, como nos dice este autor, no sucede lo mismo con la democracia deliberativa (a la

que adhiere, por cierto, Vázquez y a la que después habré de referirme):

Lo que hace imposible esa solución de la paradoja en el modelo deliberativo de la democracia es que éste considera que la propia deliberación democrática es el procedimiento que mejor puede y debe justificar las decisiones políticas. Y siendo eminentemente política —y entre las más relevantes, si no la más relevante— la decisión de cómo organizar el propio sistema democrático, el modelo deliberativo está obligado a concluir que la decisión de dónde situar el rango de las cuestiones a decidir democráticamente también ha de ser adoptada mediante una deliberación democrática (Ruiz Miguel, 2009: 350).

3.2.2. Los titulares del derecho a participar

Los límites lógicos que, tal como acabamos de ver, afectan al ámbito de las cuestiones que pueden ser decididas por procedimientos democráticos, repercuten también a la hora de determinar quiénes son los titulares del derecho a participar en la toma de decisiones democráticas.

Como ha puesto de relieve Laporta, no nos sirve de mucha ayuda para responder a esta cuestión acudir a un procedimiento en el que tengan derecho a participar unos u otros,

porque se incurriría en una petición de principio. Si alguien pregunta ¿quién debe votar?, no se le puede responder: «quien tenga el derecho a hacerlo», porque si fuera así el derecho es anterior al procedimiento. Estaremos forzados a introducir elementos de carácter sustantivo, como la alusión a la autonomía individual, a la igualdad, a la pertenencia a la comunidad como ciudadano, etc. En definitiva, será preciso, *antes* de que el procedimiento entre en juego, haber identificado a los titulares que participarán en el mismo. Y parece que el mejor modo de hacerlo es a través de un conjunto de derechos individuales basados en una concepción sustantiva, no procedimental. Pero si esos derechos son necesarios para la existencia de un procedimiento tan importante, parece lógico que se protejan del funcionamiento mismo del procedimiento de tal manera que queden resguardados (Laporta, 2002: 480).

A pesar de lo dicho, y para no caer en la acusación que Vázquez dirige a autores como Dworkin, Garzón Valdés o Ferrajoli de no haberse tomado en serio el argumento contramayoritario, es preciso profundizar algo más en el planteamiento de Waldron.

3.3. *Pluralismo, procedimientos y legitimidad*

Quienes defienden el control de constitucionalidad de leyes emitidas por el Parlamento se basan en una distinción entre procedimiento y sustancia. Si nos fijamos sólo en un procedimiento, como es el de decidir por mayoría, entonces puede suceder que ésta decida, ateniéndose escrupulosamente al procedimiento establecido, oprimir a una minoría. Por eso, se dice, hay que contraponer a ese procedimiento un límite sustantivo, que es el respeto a los derechos básicos (sigo aquí la reconstrucción hecha en Bayón, 2003).

Sin embargo, Waldron entiende que esto no es así. No hay tal contraposición entre procedimiento y sustancia, sino que el juego se da entre procedimientos. La razón de ello es que toda regla de decisión colectiva última tiene que ser estrictamente procedimental. Si incluyera restricciones sustantivas respecto a lo que puede ser decidido, como ocurriría con la regla «se ha de hacer lo que decida la mayoría, siempre y cuando no vulnere derechos básicos» reproduciría en su interior el desacuerdo mismo que hizo necesario recurrir a ella y reclamaría inevitablemente un *procedimiento suplementario* para tomar decisiones en lo concerniente a dicho desacuerdo. Y si toda regla última de decisión colec-

tiva ha de ser estrictamente procedimental, entonces a través de cualquiera de ellas es posible tomar válidamente decisiones con cualquier contenido, lo que equivale a decir que *ninguna* excluye por principio la posibilidad de la opresión, ya sea la de alguna minoría o la de la propia mayoría.

Según Waldron, por tanto, no se trata de elegir entre un procedimiento sin restricciones sustantivas y otro que sí las tiene, sino entre *dos reglas de decisión colectiva* que son por igual estrictamente procedimentales y, como tales, falibles. Ahora la pregunta decisiva es cuál de las dos debería preferir quien acepte el ideal moral del coto vedado. Y su respuesta es tajante: debe preferir la mera regla de la mayoría. Porque el ideal profundo de los derechos es el de una comunidad de individuos que se reconocen entre sí como agentes morales de *igual* dignidad y la regla de la mayoría –nos dice Waldron– es la única que reconoce y toma en serio la *igual* capacidad de autogobierno de las personas, el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente, y cuente *en pie de igualdad* con la de cualquier otro, en el proceso público de toma de decisiones. Esto conferiría a la regla de la mayoría un valor intrínseco, una *calidad moral*, de la que carecería –o al menos no poseería en el mismo grado– cualquier otro procedimiento de decisión colectiva.

El control jurisdiccional de constitucionalidad, como mecanismo estrictamente procedimental destinado a precisar el contenido de los límites a la regla de la mayoría sólo genéricamente fijados mediante los procedimientos de aprobación y reforma de la constitución, se aparta del ideal de la *participación en términos de igualdad* en la elaboración de las decisiones públicas, sobre todo si tiene la última palabra. Pero, aunque esto no sea así, y se admita que el Parlamento puede oponerse a ella de algún modo, también se aleja de ese ideal, por cuanto sería en realidad la decisión de los jueces constitucionales, y no una decisión democrática previa abierta a todos, la que vendría a determinar sobre qué ciudadanos recae la desigual carga de tener que reunir una mayoría cualificada para conseguir que prevalezca su posición. Ello implica, como dice Waldron, advertir a los ciudadanos ordinarios que en cuestiones relativas a derechos, y por serio que haya sido su esfuerzo para formar un juicio meditado e imparcial, en caso de discrepancia entre la opinión al respecto de la mayoría de ellos y la de la mayoría de los jueces constitucionales, será la de éstos la que prevalezca, lo cual no parece acorde con el mencionado ideal.

También creo, como Vázquez, que el argumento de Waldron hay que tomárselo en serio. Pero entonces la pregunta es: ¿tiene

razón Waldon en este punto? Voy a analizar únicamente una crítica que plantea Bayón al esquema citado para ver adónde nos conduce.

3.4. *Problemas de determinación*

Según Bayón, el verdadero problema de esta visión proviene de lo que él llama «procedimiento de determinación». Que este tipo de procedimiento suplementario sea o no inevitable depende de *qué forma* adopten las restricciones sustantivas que incorpora el procedimiento-base. Según este autor, no es lo mismo prohibirle al legislador el establecimiento de la pena de muerte que el de penas «inhumanas o degradantes». En el segundo caso es verdaderamente inevitable un «procedimiento de determinación» (ya corresponda ésta al propio Parlamento, a jueces constitucionales o a cualquier otro mecanismo de decisión); en el primero, sin embargo, Bayón entiende que no es así. Es oportuno reproducir *in extenso* sus palabras:

Usando los términos de manera conscientemente poco cuidadosa, diré que el procedimiento de determinación es inevitable cuando las restricciones sustantivas se formulan en forma de *principios*; pero es innecesario si se formulan en forma de *reglas* suficientemente precisas. Esto requiere una advertencia inmediata: muy pocos límites sustantivos pueden ser formulados del segundo modo. El

problema no es sólo el desacuerdo con otros, sino la *indeterminación* de nuestras propias concepciones acerca del contenido y límites de las restricciones sustantivas que querríamos ver respetadas por cualquier regla de decisión: las formulamos en forma de principios no sólo porque a mayor vaguedad mayor posibilidad de aceptación general, sino también porque *no sabemos ser más precisos* sin correr el riesgo de comprometernos con reglas ante cuya aplicación estricta nosotros mismos retrocederíamos en circunstancias que, sin embargo, no somos capaces de establecer exhaustivamente de antemano. En suma: teóricamente, también el procedimiento de determinación es evitable; en la práctica, sin embargo, es muy reducido el conjunto de supuestos en que puede ser evitado (Bayón, 2003: 229-230).

Fundado en lo anterior, Bayón sostiene su posición (y me parece que es la de Vázquez también). Si como partidarios del ideal moral del coto vedado entendemos que *uno* de nuestros derechos es el de participar en términos igualitarios en la toma de decisiones colectivas, entonces un balance adecuado entre valores procedimentales y sustantivos recomienda a su juicio la adopción de la clase de diseño institucional que denomina «constitucionalismo débil». Ese diseño admite un núcleo –formulable en forma de reglas– irreformable; reconoce que puede haber ventajas –de tipo instrumental– en que el resto del

contenido del coto vedado (sólo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional; y respecto al control jurisdiccional de constitucionalidad, puede considerarlo deseable –como mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación previa a la toma de decisiones– dependiendo de cuál sea su ensamblaje con el resto de los componentes del sistema: porque en lo que insiste de manera decidida es en evitar que la combinación de aquél con mecanismos de reforma constitucional que exigen gravosas mayorías reforzadas prive a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa de la última palabra.

Este planteamiento de Bayón tiene un indudable atractivo. Reconoce, en parte, los límites que plantearían lo que aquí he llamado las circunstancias de la jurisdicción. Sin embargo, cabe preguntarse si el diseño institucional que propone, antes que ser deseable, es posible que se dé y con el objetivo que se le asigna. Si tenemos en cuenta las circunstancias de la jurisdicción, entonces hay que advertir que el hecho de que se pretenda blindar una determinada disposición a través de la forma de regla, no la inmuniza de los problemas propios de los lenguajes naturales. La vaguedad actual no se elimina mientras se sigan utilizando palabras de clase (y éstas son imprescindibles para promulgar normas generales). Y, lo que

tal vez es más decisivo, no se puede acabar con la vaguedad potencial (como tampoco con los problemas derivados del carácter sistémico del derecho). Y todo ello dando por descontado, además, que no habrá referencias morales, a lo cual ya me referí en el apartado 2.4.3. Pero es obvio que el hecho de que una norma se formule a través de una regla no la priva de tener, en su caso, una dimensión valorativa.

4. *El valor de la democracia*

Hasta ahora he prestado atención de manera especial a las cuestiones que permitirían trazar el ámbito de lo posible y de lo necesario, a través del examen de las circunstancias de la jurisdicción y de la política. También he mostrado algunas de sus consecuencias. Es sólo dentro de ese ámbito que tiene sentido indagar acerca de cuál sería el modelo deseable de organización institucional. Esta cuestión únicamente puede ser abordada a través de una concepción de la democracia.

No es este el lugar idóneo para desarrollar ni siquiera tentativamente una teoría de la democracia. Pero sí que será oportuno referirnos a dos aspectos de un tratamiento bastante común de esta cuestión y que comparte Vázquez. Por un lado, la defensa de la democracia deliberativa y, por otro, la justificación de la democracia a través de su valor

epistemológico. En las secciones siguientes destacaré básicamente dos críticas. Respecto a la democracia deliberativa (sección 4.1.), pondré de relieve que sus defensores suelen dar una visión del ideal de la misma que resulta muy alejado no sólo de cómo funcionan en la actualidad las democracias realmente existentes, sino de cómo es previsible que puedan llegar a funcionar en el futuro. Si ello es cierto, y teniendo en cuenta lo que ya dije en el primer apartado de este trabajo, estas teorías consistirían en una especie de utopía no realista (por emplear la expresión de Rawls), que las descartaría como candidatas idóneas para una filosofía política que tenga pretensiones prácticas. En relación con el valor epistémico de la democracia (sección 4.2.), también insistiré en aquello que hace que esta propuesta sea poco realista.

4.1. *El ideal de la deliberación*

Con la defensa usual de la democracia deliberativa sucede a veces como con la defensa del mercado que realizan algunos economistas. Los rasgos que se postulan para considerar justificado el modelo no se dan nunca en la realidad. A pesar de ello, el modelo se pretende que sirva como justificación de algún tipo de diseño real. No se conoce ningún caso de competencia perfecta, por ejemplo; resulta ilusorio pensar que exis-

te simetría en la información en nuestras sociedades reales. Pues bien, a pesar de ello, estas son las notas (junto a otras) que justificarían el mercado, *si es que se dieran*.

En nuestro caso, los rasgos que caracterizan al modelo de democracia deliberativa se suele admitir de entrada que son ideales, en el sentido de que nunca se alcanzarán, pero que, a pesar de ello, legitiman diseños reales. El argumento suele ser el de que esos diseños concretos tienen mayor legitimidad cuanto más cerca de hallen de aquel ideal, que por definición es inalcanzable. Pero este planteamiento tiene serios problemas.

En primer lugar, no siempre es cierto que acercarse a las condiciones que conforman el modelo sea acercarse al ideal. Por seguir con la comparación con el mercado, según la teoría del equilibrio general la asignación eficiente sólo se daría en ciertas condiciones de competencia perfecta. La competencia proporcionaría un sistema de incentivos que aseguraría la obtención de la eficiencia. El mercado ideal descrito por la teoría actuaría como fuente de inspiración de las intervenciones prácticas, todas ellas orientadas a favorecer la competencia. Ahora bien, el problema es que el parecido a las condiciones de competencia no necesariamente asegura una proximidad a los objetivos, al ideal. Por el contrario, los

economistas han podido comprobar que un punto próximo a las condiciones del óptimo puede ser el que más lejos esté de permitir acceder al óptimo (Ovejero, 2009).

En segundo lugar, como sostiene Ovejero, puede suceder que con diversos diseños institucionales se obtenga un mismo objetivo. Si hablamos de deliberación, hay que tener en cuenta que las circunstancias que hacen posible la deliberación es algo distinto al diseño de las instituciones que hacen posible esas circunstancias y por lo tanto la deliberación. Una cosa es que una condición de la deliberación sea que los principios de libertad o de debate continuo se den y otra muy distinta son las instituciones, como el Parlamento o los medios de comunicación que los aseguran. Estas instituciones pueden tomar distintas formas. Se puede estar de acuerdo, por ejemplo, en conceder relevancia al rasgo de la transparencia de los debates (que aparece como rasgo de la deliberación ideal), ya que posibilitaría que los votantes sepan los puntos de vista que defienden sus representantes. Pero también es cierto que la misma característica, facilita el trabajo de los grupos de presión, que iría en detrimento de otros rasgos del modelo (Ovejero, 2009: 332).

Por último, en un ejemplo reciente de defensa de la democracia deliberativa se dice

que en condiciones ideales de deliberación se alcanzaría el *consenso* en torno a la opción moralmente correcta. Se disolverían, así, los desacuerdos y no cabría el error. Por consiguiente, en condiciones ideales no entra en juego el voto como regla de decisión: la toma de decisiones se basaría en la argumentación y no habría más regla de decisión que el consenso razonado (Martí, 2006: 28-29, 50).

Pero, como pone de relieve Bayón, sostener lo anterior significa que en condiciones ideales, cuando se alcanza el consenso porque se han despejado todos los obstáculos epistémicos que son la fuente de los desacuerdos y por hipótesis está excluido el error, carecería por completo de sentido decir que el resultado del procedimiento de decisión es un indicador más fiable de lo correcto que el juicio que resulta de la reflexión individual: por definición ambas cosas tienen que coincidir, puesto que alcanzar el consenso significa que las reflexiones individuales de todos han llegado a converger. La consecuencia de todo ello es que la idea del valor epistémico del resultado de un procedimiento de decisión como indicador de lo correcto más fiable que el juicio individual sólo tiene sentido en condiciones *no ideales*, lo que no equivale a decir condiciones *actuales*, pero sí a decir condiciones factibles o realizables, en la línea que vengo defendiendo en este trabajo. Tal como

concluye este autor, «si para defender la república deliberativa hay que comprometerse con la tesis de la justificación epistémica, habrá que mostrar entonces que el procedimiento democrático deliberativo tiene valor epistémico en condiciones no ideales» (Bayón, 2009: 199). Pero, ¿tiene la democracia (incluyendo la deliberativa) valor epistémico?

4.2. *El supuesto valor epistémico de la democracia*

Según lo que hemos visto, parece que la virtud que está tras la legitimidad de la democracia a través de la deliberación sería el alcanzar un *consenso*, aunque como acabamos de ver justamente es inalcanzable. Pero hay otro planteamiento, no siempre distinguido con claridad del anterior, que propugna como virtud legitimadora del proceso de toma de decisión no el consenso, sino la *imparcialidad*. Este sería, al menos en algunas de sus versiones más destacadas, la posición de quienes defienden el valor epistémico del procedimiento democrático. En este caso, la virtud elegida lo sería por constituir la característica propia de los juicios morales.

Una de las versiones más claras y conocidas de esta posición es la de Carlos Nino (véase, por todos, Nino, 1989: cap. IX). Su punto de vista es que la democracia, a través

de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, tiene valor epistémico. Esto significa que es una vía apta para llegar a soluciones que tienen una mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos. La razón de ello es que la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todos o una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuales son sus intereses y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos. Por ello el proceso democrático tiene una tendencia hacia una mayor imparcialidad comparado con otros procedimientos posibles y esto implica —dado que se entiende que la imparcialidad es definitoria de una decisión moralmente correcta en materia de moral pública— que los procedimientos democráticos tengan valor epistémico para conocer cuales son las decisiones moralmente correctas. Por eso se daría una legitimidad mayor de los órganos que surgen directamente de este proceso de discusión y de decisión mayoritaria para la toma de decisiones fundamentales, que de otros como es un Tribunal Constitucional.

De esta misma justificación de la democracia surge una limitación a los órganos mayoritarios y es en esa limitación donde juegan un papel importante los jueces, a través de mecanismos como el control de constitucionalidad. Lo único que la mayoría no tiene legitimidad para decidir es la restricción de las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas.

Este planteamiento de Nino, asumido por Vázquez, está inspirado como es sabido en el de Ely. Este autor compara su propia posición a una orientación antimonopolio en economía: antes que dictar soluciones sustantivas, se interviene para encauzar el mercado que está funcionando mal de manera sistemática. Se trataría, empero, de un árbitro que participa cuando un equipo obtiene una ventaja injusta, pero no porque el equipo *equivocado* está ganando. En una democracia representativa, los valores son determinados por los representantes elegidos; y si los resultados no son los esperados, el electorado no votará de nuevo por ellos. El mal funcionamiento se produce cuando el proceso deja de inspirar confianza, y ello ocurre: a) cuando los de dentro cierran todos los canales políticos de cambio para asegurarse que ellos permanecerán dentro y que los excluidos seguirán fuera; b) aunque de hecho no se niegue ni voz ni

voto, cuando los representantes que se deben a una mayoría perjudican a alguna minoría, negándole la protección acordada a otros grupos por el sistema representativo (Ely, 1980).

Ahora bien, el argumento del valor epistémico del procedimiento democrático, y a pesar de esta versión que llega a resultados débiles (que acepta al menos una intervención mínima de los jueces como árbitros preocupados por que se cumplan las reglas del juego), no deja de presentar serios inconvenientes. A continuación destacaré algunos.

4.2.1. *Valor instrumental y valor epistémico*

La primera dificultad surge de la relación existente entre el valor instrumental de un procedimiento y su valor epistémico (sigo en este apartado a Bayón, 2009: 194). El valor instrumental de un procedimiento consistiría en la tendencia a producir decisiones correctas y su valor epistémico en la capacidad de servirnos como guía fiable para identificar qué decisiones son correctas.

Parece claro, en primer lugar, que un procedimiento no puede en ningún caso tener valor epistémico si no tiene también valor instrumental: si no tiende a producir decisiones correctas, entonces no puede ser cierto

que el hecho de que una decisión haya sido tomada a través del mismo es un indicador fiable de que la decisión es correcta (Nelson, 2008: 21). En cambio, que un procedimiento tenga valor instrumental no implica necesariamente que tenga valor epistémico para un sujeto, porque para empezar el hecho de que tienda a producir decisiones correctas no implica que *sepamos* que tiende a producirlas: un procedimiento sólo puede tener valor epistémico para nosotros si tiene valor instrumental y *además sabemos que lo tiene*.

El problema en ese caso es cómo podríamos saber que un procedimiento tiene valor instrumental y cómo encajaría la respuesta a esta pregunta con la idea misma de valor epistémico. Porque podríamos quedar atrapados entre los cuernos de un dilema: o bien disponemos de una vía fiable e independiente del procedimiento en cuestión para identificar qué decisiones son correctas, en cuyo caso podríamos determinar fácilmente si tiene o no valor instrumental, pero ya no tendría sentido entender que lo que justifica el procedimiento es su valor epistémico; o bien no disponemos de semejante vía, en cuyo caso parece que no podríamos saber si tiende o no a producir decisiones correctas, con lo cual no podría ser racional reconocerle valor epistémico. La idea de justificación epistémica de un procedimiento resultaría entonces o innecesaria o

inviabile. De nuevo, chocamos con los límites de lo posible.

4.2.2. *Imparcialidad y reflexión individual*

No está nada claro que un procedimiento de toma de decisiones políticas (ni que sea democrático, ni que sea deliberativo) sea una guía más fiable para identificar decisiones moralmente correctas que la reflexión individual. Ya dije antes algo al respecto. Ahora añadiré lo siguiente. Quien efectúa esa reflexión individual también puede adoptar una posición tendente a la imparcialidad. Los valores que suelen adscribirse al procedimiento democrático para pensar que tiende a ese objetivo son que no ignore pruebas disponibles, que tome en cuenta posibles argumentos en contra y que exista la disponibilidad de reconsiderar la propia opinión a la vista de los mismos o que se esfuerce en eliminara las inconsistencias en el conjunto de las creencias. El pensar, primero, que estas condiciones se dan en las democracias realmente existentes es un ejercicio, como mínimo, de optimismo poco razonable, pero, segundo, entender que no pueden darse en un sujeto particular es desconocer los intentos de tantos filósofos que han destacado precisamente por tomarse en serio en su reflexión individual esas condiciones que harían de la misma un camino más seguro, aunque, por supuesto,

falible como todos, de llegar a resultados correctos. Por ponerlo en términos crudos, sea cual fuere el contenido de la verdad moral, no se acierta a comprender que los Parlamentos estén mejor equipados para acceder a ella, que alguien como Kant.

4.2.3. *El establecimiento de la agenda política*

Existe una aplicación poco realista del teorema de Condorcet a estas cuestiones. La imparcialidad, como acabamos de ver, se puede conseguir por la vía de la reflexión individual. Queda entonces en pie una única característica del procedimiento parlamentario que no tendría la reflexión individual: el número. Aquí es donde parece cobrar relevancia el conocido teorema de Condorcet.

Como es sabido, el teorema afirma que si un grupo de votantes —en su formulación originaria, los miembros de un jurado— ha de elegir entre dos opciones de las que una es correcta, sus respectivos votos son independientes y sinceros y la probabilidad de que cada votante elija la opción correcta es superior a 0.5, entonces cuanto mayor sea el número de votantes mayor será la probabilidad (que se acercará progresivamente a 1) de que la mayoría de ellos vote a favor de la opción correcta. Dado que el teorema parece

indicarnos que si el grupo es lo bastante grande su «sabiduría» —o, para ser exactos, la de las decisiones colectivas que toma el grupo por mayoría— es mayor que la de la media de sus miembros, no tiene nada de extraño que el teorema haya seducido a muchos de los que pretenden reivindicar los poderes epistémicos de la democracia.

Dejando por ahora al margen las dificultades que pueda presentar la satisfacción de las cuatro condiciones citadas, como pone de relieve Bayón, la relevancia del teorema queda puesta en entredicho por otra limitación adicional: tal y como se formula el teorema, todo lo que realmente puede decirnos es que —siempre que estén satisfechas las cuatro condiciones antedichas— a medida que aumenta el número de votantes aumenta la probabilidad (acercándose progresivamente a 1) de que la mayoría vote a favor de la opción más correcta *entre las sometidas a votación*. Este teorema, por tanto, da por descontado la formación de la agenda (como vimos en el apartado 3.3. su establecimiento es justamente uno de los puntos que no pueden ser decididos democráticamente). Como dice Bayón:

Si no se nos da ninguna razón para reconocer valor epistémico al proceso de formación de la agenda, entonces —y cualesquiera que

sean el resto de condiciones satisfechas— tampoco las tendremos en realidad para reconocérselo al procedimiento agregativo de la decisión por mayoría (Bayón, 2009: 203).

4.3. *A vueltas con los ideales y la realidad*

En el apartado anterior consideré, por mor de la argumentación, que se daban las circunstancias que tornan relevante el teorema. Lo cierto es, empero, que tales condiciones, a pesar de que estrictamente hablando tal vez no sean de imposible cumplimiento, resulta muy improbable que se puedan dar en la práctica. Este inconveniente es visto por los propios defensores del valor epistémico de la democracia, pero no les parece un serio problema porque consideran el modelo un simple ideal regulativo y ya parten de la base de que nunca se dará en la práctica. También consideran que esto no es relevante, por cuanto lo que importa, al igual que en la defensa de la democracia deliberativa, es el mayor o menor acercamiento al ideal. Cuanto más cercano al ideal más justificado sería el diseño institucional y así se cumpliría el elemento normativo que toda filosofía política tiene que incorporar.

Sin embargo, como ya dije al comienzo de este trabajo y ahora nos puede servir para acercarnos al final, el ideal que se establezca

en el modelo normativo tiene que tener un apoyo en la realidad, si es que se pretende hacer filosofía práctica. Sucede, aplicado al tema que ahora nos ocupa, que las únicas condiciones en las que cabe hablar con sentido del valor epistémico de la democracia son las no ideales. Hay quien opina, como vimos que hacía Cohen, que los ideales regulativos pueden perfectamente ser irrealizables, inalcanzables en sentido estricto, pero eso no los desvirtúa como ideales: mientras sean lógicamente posibles, no importa que empíricamente no lo sean. Lo que importa es que, aun no siéndolo, de ellos se derivarían deberes: en concreto, los de emprender los cursos de acción necesarios para pasar desde el estado de cosas actual a aquel de los mundos empíricamente posibles —y accesibles causalmente desde el actual— que resulte *más cercano* al ideal. De lo que se infiere que todos los mundos posibles se podrían jerarquizar desde el punto de vista valorativo precisamente en virtud de su mayor o menor proximidad al ideal.

Trasladado todo ello a la cuestión que estamos tratando, en condiciones ideales el voto de los individuos sería sincero e independiente. Y precisamente por tratarse de un ideal regulativo, que en la práctica la plena satisfacción de esas condiciones sea inalcanzable no representaría a decir verdad ningún

problema, porque lo decisivo sería que «el hecho de que el propio ideal sea inalcanzable no cancela nuestros deberes» (Martí, 2006: 25) y nuestros deberes, en cualquier caso, serán los de aproximar la realidad tanto como sea posible a la satisfacción de aquellas condiciones ideales.

Hay, al menos, dos cosas que no encajan en este planteamiento. En primer lugar, el pensar que se pueden derivar deberes de algo que se admite que es imposible que suceda. Desde Aristóteles, pasando por Kant, uno de los principios básicos de la filosofía moral ha sido el de que el deber implica poder.

En segundo lugar, como dice Bayón, no parece correcta la idea de que los mundos reales son tanto más valiosos cuanto más próximos o semejantes al ideal. Cita, al respecto, el conocido problema de lo segundo mejor [*second-best*]: cuando una de las condiciones que definen un estado de cosas como óptimo no puede ser satisfecha, no siempre es cierto que el segundo estado de cosas mejor sea el *más cercano posible* al óptimo, esto es, precisamente aquel que difiera del óptimo sólo en que la condición en cuestión queda insatisfecha y sea idéntico a él en todo lo demás. Por el contrario, es posible que la siguiente mejor situación —la segunda mejor opción— implique apartarse también de algu-

nas de las demás condiciones que definen el óptimo ((Lipsey y Lancaster, 1956). Y es posible porque a veces un cierto número de condiciones pueden ser consideradas valiosas no por separado, sino sólo *en conjunto*, es decir, en la medida en que *todas* estén satisfechas, de manera tal que si una de ellas falla las demás pierden su carácter de deseables (Bayón, 2009: 209).

Las consecuencias de lo anterior son corrosivas para quienes defiendan el valor epistémico de la democracia, ya que únicamente la satisfacción de las condiciones del teorema permitiría decir que la democracia es valiosa por su potencial epistémico:

[a]dmitir (...) que no es (...) creíble que las condiciones del teorema puedan quedar satisfechas en el mundo real implica admitir que *sobre la base del teorema* no podemos atribuir valor epistémico a la democracia no sólo en las condiciones actuales, sino tampoco en ninguno de los mundos posibles verosíblemente realizables [y también implica] que si es que tenemos algún deber de acercarnos en la medida de lo posible a la satisfacción de las condiciones del teorema no tiene mucho sentido pretender que sería en razón de un valor epistémico que admitimos que está ausente (...) en cualquier mundo

verosímilmente viable (Bayón, 2009: 209-210).

4.4. *Realismo e independencia judicial*

Siguiendo con el empeño que me he marcado en este trabajo de introducir dosis de realismo en el debate, hay que decir que el hecho de que las críticas que he mencionado en relación con la posibilidad de aceptar el ideal deliberativo de los Parlamentos reales, no significa que admita sin más que las deliberaciones reales que se producen en el ámbito judicial y, en concreto, en el seno de los Tribunales Constitucionales alcancen la objetividad requerida para que estén en condiciones de alcanzar mejor la decisión correcta. En este sentido, estoy plenamente de acuerdo con Vázquez que hay que establecer los mecanismos necesarios para intentar conseguir en la medida de lo posible la independencia externa e interna de los jueces.

Sin embargo, si nos centramos sobre todo en el más alto Tribunal, hay una circunstancia que parece pugnar en contra de esa independencia del poder judicial respecto del poder legislativo y del poder ejecutivo: el mecanismo de nombramientos de sus miembros. A continuación y para terminar haré referencia a dos circunstancias que pueden ser relevantes en esta cuestión. La primera, tiene que ver

con los mecanismos que ya existen, tendentes a asegurar al máximo la objetividad en la toma de decisiones jurisdiccionales. La segunda, por su parte, se relaciona directamente con esos mecanismos de nombramiento. Hay datos que apuntan que tal vez la discrepancias indudables que aparecen entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento, y que alimentan el fundamento del argumento contramayoritario, se difuminan en el largo plazo, lo que también puede contribuir a disminuir la fuerza del mismo.

Respecto a la primera cuestión, Owen Fiss ha destacado que existen algunos rasgos del proceso judicial que tienden a asegurar una mayor calidad de su deliberación que la desarrollada en el Parlamento. Ello es así, porque los jueces ejercitan su poder en un contexto institucional en el que su decisión se alcanza después de haber participado en un diálogo con estas características:

a) La agenda de los jueces no está controlada por ellos mismos. A veces, preferirían ignorar cuestiones que sin embargo debido a su función tienen el deber de resolver.

b) Los jueces no pueden decidir a quién escuchar y a quién no. Hay reglas procesales que les obligan a tener en cuenta los argumentos que esgrimen determinadas personas.

c) Un juez no puede abstenerse de resolver la cuestión que se le plantea (prohibición de *non liquet*) y además se hace responsable institucionalmente de la decisión que toma.

d) Los jueces tiene que justificar sus decisiones, dando razones que no pueden ser simplemente una apelación a sus creencias personales (Fiss, 1979: 13-14. Cfr. los comentarios al respecto en Ferreres, 1997: 174 y ss.).

Por eso, según Fiss, con la institución del control judicial de la ley no se afirma la superioridad natural de los jueces respecto a los parlamentarios, sino simplemente la mayor calidad de las condiciones institucionales en las que toman sus decisiones los primeros en relación con las de los segundos.

En cuanto a la segunda cuestión, no habría que exagerar tampoco la discrepancia entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional. Algunos datos muestran que esa divergencia, que es indudable que existe en determinados momentos y en relación con determinados asuntos, no puede ser continuada en el tiempo, entre otras cosas precisamente por los mecanismos de nombramiento de los magistrados de ese tribunal.

Dahl, por ejemplo, ofreció hace algún tiempo datos estadísticos muy interesantes relativos al sistema norteamericano. Así, señala este autor, cada presidente puede nombrar un promedio de dos nuevos jueces para la Corte Suprema de los Estados Unidos en cada período de gobierno. Calcula que dos de cada cinco presidentes pueden realizar un nombramiento en menos de un año; tres de cada cinco, en dos años; y cuatro de cada cinco en tres años. Un presidente reelecto puede esperar nombrar suficientes jueces como para inclinar la balanza de una Corte normalmente dividida. Asumiendo estos datos como correctos, Dahl considera que la Corte nunca estará en fuera de juego por demasiado tiempo respecto de los puntos de vista políticos dominantes entre las mayorías parlamentarias. Por otra parte, analizando los pronunciamientos de inconstitucionalidad, este autor llega a la conclusión de que las decisiones en esta materia se producen, en la mitad de los casos, una vez transcurridos los primeros cuatro años desde la promulgación de la ley. Esto implica que las mayorías representadas en el Congreso han debido pasar por dos elecciones antes de la declaración de inconstitucionalidad de la Corte. Y bien podría darse que esa mayoría se hubiera debilitado o incluso desaparecido en dicho lapso. Por otro lado, en los casos en que la mayoría se ve afectada por una declaración judicial de inconstitucionalidad

dentro de los cuatro primeros años de la promulgación de la ley, la correspondiente acción del Congreso revierte la decisión en el 75 % de los casos. Por último, concluye Dahl, la mayoría suele prevalecer sobre los intentos de la Corte por proteger los intereses de las minorías. Y en sólo un pequeño número de casos la Corte ha tenido éxito en una posición encontrada con los intereses persistentes de la mayoría (Dahl, 1967:154-157).

Si esto sucede en Estados Unidos, en el que los nombramientos de los magistrados de la Corte Suprema son vitalicios, es razonable pensar que, en mayor medida, sucederán en países, como España, en los que se establece un período que puede cubrir en términos generales únicamente algo más de dos legislaturas y en el que el mecanismo de propuesta de nombramiento cubre necesariamente (por la mayoría reforzada que se exige) un amplio espectro político, lo cual evidentemente presenta otros inconvenientes, como el posible bloqueo de la institución, pero ese ya es un tema distinto del tratado aquí. También incidiría en este punto, aunque en principio de manera inversa, el hecho de que la Constitución española establece un sistema muy complejo y poco practicable de modificación de sus aspectos sustanciales, lo que ha llevado a algunos autores a sostener, con fundamento, que el Tribunal Constitucional español tal vez

no se vea impelido tan fácilmente a seguir la misma línea que marca el Parlamento (cfr., por ejemplo, Cruz Villalón, 1989: 361).

A modo de conclusión

Las observaciones metodológicas con las que inicié este trabajo iban destinadas a mostrar que una filosofía política que se pretenda práctica no puede renunciar al establecimiento de un ideal (por eso es normativa), pero ha de tener en cuenta el funcionamiento real, no sólo actual sino potencial, de las instituciones a las que se va aplicar (por eso el ideal debe ser practicable). El repaso de las circunstancias de la jurisdicción y de la política nos han puesto sobre aviso acerca de algunos límites que son infranqueables, bien sea por referirse a circunstancias que necesariamente se darán en cualquier diseño institucional de una sociedad democrática o bien sea porque son cuestiones de imposible cumplimiento. Si esto es así, aquello que sea deseable deberá moverse dentro del ámbito de lo posible.

Una teoría de la democracia resultará entonces imprescindible para dotar de contenido al diseño institucional que se proponga y para justificar los papeles que en ese diseño se asignen a los distintos poderes que conforman un Estado de derecho. Llegados a este punto, se puede seguir insistiendo en los aspectos

que separan al Parlamento del Tribunal Constitucional. La tensión existe, tal como he mostrado a lo largo de este trabajo. Pero, para tener el cuadro completo, es justo reconocer que hay elementos estructurales presentes en los actuales diseños institucionales (y que tal vez habría que reforzar) que hacen que, aún manteniendo como aquí se ha hecho que ambos poderes tienen en principio funciones divergentes, ello no es óbice para que puedan convergir en algún punto. Así, en la última sección hemos recordado, con Fiss, que existen mecanismos para intentar conseguir objetividad en las decisiones del poder judicial y hemos subrayado, con Dahl, que con los datos en la mano las divergencias de gran calado entre ambos poderes no suelen ser duraderas. Estas apreciaciones conducen a una conclusión más matizada de la citada pugna entre poderes.

Autores como Ackerman, Dworkin o Rawls apuntan en esa dirección al entender que el papel de los jueces al ofrecer públicamente razones de por qué toman determinadas decisiones fuerza de algún modo a que se abra un debate público acerca de cuestiones que tal vez el Parlamento no desearía abrir, o al menos a que se abra de una forma que ya no puede ser simplemente partidista. Así, nos dice Ackerman, los jueces aseguran que el poder público, también el legislativo, actuará

de acuerdo con razones que si se tercia deberá explicitar en el foro deliberativo de la opinión pública. Ese sería el papel de «policía dialógica» de los jueces, en la terminología de este autor (Ackerman, 1980: 310-312). De igual modo, Dworkin ha defendido que la gran ventaja del control judicial es la de mantener viva una cultura constitucional en la que los diversos órganos estatales dan y piden razones para justificar y criticar las decisiones que toman (Dworkin, 1985: 70). Por su parte Rawls, citando al propio Dworkin, añade algo muy interesante en esa misma línea y es que la labor que desarrolla el Tribunal Constitucional vitaliza la cultura de dar razones en el foro público. Lo hace cuando su interpretación de la Constitución es razonable, pero también cuando no lo es, ya que en ambos casos sus decisiones se hallan en el centro de la controversia política y esa controversia sólo puede resolverse dando públicamente razones (Rawls, 1993: 237). Esta especie de función sobrevenida del poder judicial en regímenes democráticos se torna de especial relevancia cuando un país se halla en el período de transición, en la línea justamente que defiende Vázquez.

En el momento de escribir estas líneas se hallan pendientes de resolución los recursos de inconstitucionalidad presentados contra el Estatut de Catalunya, aprobado por el Parla-

mento autonómico, por el Parlamento estatal y ratificado en referéndum el 18 de junio de 2006. No es este el lugar para entrar en el fondo de tan espinoso asunto, pero lo traigo a colación porque justamente podría ser visto como un contra ejemplo de lo que acabo de decir. Efectivamente, cabe una lectura del tema que simplemente ponga en cuestión la imparcialidad de los miembros del Tribunal que tienen que decidir. Las continuas cábalas acerca de las mayorías que se conforman en su seno y su estrecha relación con el origen de sus nombramientos parecen apuntar claramente a esa idea y no seré yo quien niegue la plausibilidad de esta hipótesis. Ahora bien, admitido esto, también cabe una lectura algo distinta, que no contradice la anterior sino que la complementa. ¿No es juicioso pensar que los magistrados y las magistradas del alto Tribunal, conscientes de la función que desempeñan y justamente por considerar que su decisión entrará a formar parte del foro público de las razones, tienen una gran prevención en un tema de esa trascendencia? Quisiera pensar que esto es así y que mi pensamiento no es el simple fruto de una quimera.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B., 1980: *Social Justice in the Liberal State*. New Haven: Yale University Press.

Alchourrón, C.E., Bulygin, E., 1971: *Normative Systems*. New York/Wien: Springer Verlag. Traducción castellana de los mismos autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1975.

Alexy, R., 1986: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp. Traducción castellana de Garzón Valdés, E.: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Atienza, M.; Ruiz Manero, J., 1996: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

Bayón, J.C., 2003 (2001): «Derechos, democracia y constitución», ahora en Carbonell, M. (ed.), 2003: 211-238.

- 2009: «¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?», *Diritto e questioni pubbliche*, 9: 189-229.

Bobbio, N., 1964: «Des critères pour résoudre antinomies», *Dialéctica*, 18: 237-258. Citado por la traducción castellana de Ruiz Miguel, A.: «Sobre los criterios para resolver antinomias», en *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1980, págs. 349-366.

Bouzat, A.; Esandi, L.M.; Navarro, P., 2001: «Introducción», en *Discusiones*, Argentina: Universidad Nacional del Sur, vol. 1.

Campbell, T., 1996: *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth.

Carbonell, M. (ed.), 2003: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Carens, J. H., 2000: *Culture, Citizenship and Community*. Oxford: Oxford University Press.

Carnap, R., 1960: «Significado y sinonimia en los lenguajes naturales», en Bunge, M. (comp.): *Antología semántica*. Buenos Aires: Nueva visión, 1980, págs. 25-44.

Cohen, G.A., 2003: «Facts and Principles», *Philosophy and Public Affairs*, 31: 211-45.

Cruz Villalón, P., 1989: «Constitución y tiempo: primera década», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 335.

Dahl, R.A., 1967: *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*. Chicago: Rand McNally.

Dworkin, R., 1977: *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth. Traducción castellana de Gustavino, M.: *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

– 1985: *A Matter of Principle*. Cambridge (Mass.). Harvard University Press.

– 1986: *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Ely, J H., 1980: *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

Estlund, D.M., 2008: *Democratic Authority. A Philosophical Framework*. Princeton: Princeton University Press.

Farrelly, C., 2007: «Justice in Ideal Theory: A refutation», *Political Studies*, 55: 844-64.

Ferreres, V., 1997: *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: C.E.C.

Fiss, O., 1979: «The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice», *Harvard Law Review*, 1.

Gallie, W.B., 1955-1956: «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of Aristotelian Society*, 56: 167-198.

Garzón, E., 1983: «Representación y democracia», en *Derecho, ética y política*. Madrid: C.E.C, 1993: 631-650.

Geuss, R., 2008: *Philosophy and Real Politics*. Princeton: Princeton University Press.

Guastini, R., 1996: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli. Traducción castellana de Ferrer, J.: *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

– 2000: *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción castellana de Gascon, M. y Carbonell, M. México: Porrúa.

Hart, H.L.A., 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press. Traducción castellana de Carrio, G.R.: *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

Hume, D., 1739-1740: *A Treatise of Human Nature*. Traducción castellana de Duque, F.: *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid: Tecnos, 1988.

Laporta, F., 2001: «El ámbito de la Constitución», *Doxa*, 24: 459-484.

Lipsey, R.G. y Lancaster, K., 1956: «The General Theory of Second Best», *Review of Economic Studies*, 24: 11-32.

Martí, J.L., 2006: *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.

Martínez, D., 2007: *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*; Madrid/Barcelona: Marcial Pons.

Mazzarese, T., 2000: «Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente», *Doxa*, 23: 597-631.

Mendonca, D., 2000: *Las claves del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Moreso, J.J., 1998: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: C.E.C.

– 2001: «Principio de legalidad y causas de justificación», *Doxa*, 24, 525-545.

– 2009 (1998): «Sobre el alcance del precompromiso», ahora en *La Constitución: modelo para armar*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons: 137-144.

Moreso, J.J.; Vilajosana, J.M., 2004: *Introducción a la Teoría del derecho*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.

Nelson, W.N., 1980: *On Justifying Democracy*. London: Routledge & Kegan Paul.

Offe, C., 1998: «Homogeneity» and Constitutional Democracy: Coping with Identity Conflicts through Group Rights», *The Journal of Political Philosophy*, 6, 2.

Ovejero, F., 2009: «¿Deliberación en dosis?», *Diritto e questioni pubbliche*, 9: 323-332.

Posner, R., 2000: «Review of Jeremy Waldron, Law and Disagreement», *Columbia Law Review*, vol. 100.

Rawls, J., 1971: *A Theory of Justice*. Cambridge (Mass.): Belknap Press of Harvard University Press. La edición revisada de 1999 se cita como Rawls, 1971, rev.

– 1993: *Political Liberalism. The John Dewey Essays in Philosophy, 4*. New York: Columbia University Press.

– 1999: *Collected Papers*. Edited by Samuel Freeman, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

– 2001: *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2001

Robeyns, I., 2008: «*Ideal Theory in Theory and Practice Social*», *Theory and Practice*, 34: 341-62.

Ruiz Miguel, A., 2009: «Lo no deliberable de la democracia deliberativa», *Diritto e questioni pubbliche*, 9: 347-356.

Ryan, A., 1998: «Political Philosophy», en (A.C. Grayling, ed.): *Philosophy, 2. Further through the subject*. Oxford: O.U.P.: 351-419.

Scarpelli, U., 1965: *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Edizione di Comunità.

Sen, A., 2009: *The Idea of Justice*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

Stemplowska, Z., 2008: «What's Ideal About Ideal Theory», *Social Theory and Practice*, 34: 319-340.

Vernengo, R., 1994: *La interpretación literal de la ley*. Segunda edición ampliada. Buenos aires: Abeledo-Perrot.

Vilajosana, J.M., 2007: *Identificación y justificación del derecho*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.

Waismann, F., 1951: «Verifiability», en Flew, A.N.G. (ed.): *Logic and Language*. Oxford: Blackwell, págs. 117-144.

Waldron, J., 1994: «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», *California Law Review*, 82: 509-540.

– 1999a: *Derechos y desacuerdos*. Traducción castellana de Martí, J.L. y Quiroga, A. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005.

– 1999b: «Normative (or Ethical) Positivism», en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press: 411-433.

– 2006: «The Core of the Case Against Judicial Review», *The Yale Law Journal*: 1348-1406.

Williams, B., 1985: *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Fontana.

