

**LEGALIDAD COMO RAZÓN PÚBLICA:
UN INTENTO DE MEDIACIÓN EN LA CONTROVERSI CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEA**

**LEGALITY AS PUBLIC REASON:
TRYING TO OVERCOME THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL CONTROVERSY**

MARIANO C. MELERO DE LA TORRE

Universidad Autónoma de Madrid

mariano.melero@uam.es

Resumen: Este trabajo pretende articular una fundamentación filosófica para un tipo de constitucionalismo basado en la colaboración e interdependencia de los tres poderes del Estado. Dicha fundamentación, a la que denominaremos “la teoría de la legalidad como razón pública”, aspira a encontrar un terreno intermedio en el que sea posible justificar un control jurisdiccional de constitucionalidad (tal como defienden los autores del constitucionalismo ‘jurídico’) y, simultáneamente, promover la implicación de los poderes orientados políticamente en la definición y protección de los derechos humanos (como desean los defensores del constitucionalismo ‘político’).

Palabras clave: constitucionalismo jurídico, constitucionalismo político, legalidad como razón pública, derechos humanos, democracia.

Abstract: This paper aims to articulate a philosophical foundation for a kind of constitutionalism based on the collaboration and interdependence of the three branches of government. This foundation, which is called ‘the theory of legality as public reason’, aspires to find a middle ground from which one can both justify a jurisdictional control of constitutionality (as is defended from ‘legal’ constitutionalism) and promote politically oriented powers’ engagement in the definition and protection of human rights (as is defended from ‘political’ constitutionalism).

Keywords: legal constitutionalism, political constitutionalism, legality as public reason, human rights, democracy.

Copyright © 2018 MARIANO C. MELERO DE LA TORRE

Ápeiron. Estudios de filosofía, monográfico «Artes de la controversia. Homenaje a Quintín Racionero», n.º 8, 2018, pp. 117–134,
Madrid-España (ISSN 2386 – 5326)
<http://www.apeironestudiosdefilosofia.com/>

Recibido: 14/12/2016 **Aceptado:** 17/4/2017

I. Introducción

Desde los años 80 del pasado siglo, se ha ido fraguando en varios países de la Commonwealth (en especial, Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda) un tipo de constitucionalismo basado en la cooperación e interdependencia de los poderes del Estado en el mantenimiento del imperio de la ley y la protección de los derechos básicos¹. Este tipo de constitucionalismo se presenta como una alternativa al modelo de los Estados Unidos de América (el denominado modelo “americano”), el cual se basa en la supremacía de los tribunales de justicia respecto a la definición de la naturaleza y alcance de los derechos fundamentales. El modelo “commonwealth” o “colaborativo” trata de desligar la supremacía constitucional de la supremacía judicial, y para ello se vale de dos formas institucionales diferentes: según la versión canadiense, mediante el mecanismo del “*notwithstanding*”, que permite al legislador democrático responder mediante legislación ordinaria a cualquier invalidación judicial de las leyes por motivos de inconstitucionalidad que el legislador considere inaceptable; y según la versión británica, mediante la autorización de los tribunales para declarar formalmente la incompatibilidad de las leyes con los derechos básicos, pero sin que dicha declaración pueda suponer en ningún caso la inaplicación del Derecho válido².

Con este tipo de estructuras institucionales, el modelo colaborativo pretende lograr un equilibrio entre el principio democrático y la protección de los derechos básicos. Ahora bien, la fundamentación teórica de dicho equilibrio puede articularse a partir de las dos concepciones clásicas que articulan la controversia constitucional contemporánea. Desde la perspectiva del “*constitucionalismo político*”, la interpretación de los derechos básicos es un ejercicio esencialmente político que debe realizarse por los poderes del Estado orientados políticamente; por el contrario, desde el enfoque del “*constitucionalismo jurídico*”, la interpretación constitucional debe realizarse bajo la disciplina de la legalidad, y los jueces tienen un papel imprescindible en dicha interpretación como garantes de la aplicación de tal disciplina. Mi intención en este trabajo es articular una teoría constitucional colaborativa —que denominaré “*legalidad como razón pública*”— a partir del enfoque del constitucionalismo jurídico, aunque asumiendo algunas posiciones centrales del constitucionalismo político.

La legalidad como razón pública comparte con el constitucionalismo político lo que me atrevería a denominar “la crisis de legitimidad de los órdenes político y jurídico en las democracias liberales contemporáneas”. El liberalismo “político” de John Rawls representa seguramente el último gran intento por reconstruir un consenso moral para nuestras democracias en torno a una teoría liberal de la justicia. Sin embargo, el propio Rawls expresó en 1995 su sorpresa por el hecho de que sólo recientemente algunos autores liberales hubieran desarrollado una doctrina meramente “política” del liberalismo (Rawls, 1993: p. 374)³. La explicación más plausible de este “giro político” reside, a mi juicio, en el hecho de que la moralidad política liberal se ha vuelto problemática, es decir, en que no se la puede seguir considerando como la base de un acuerdo político general en nuestras sociedades democráticas contemporáneas. El intento de basar dicho acuerdo en un “consenso por superposición” ha sido criticado por numerosos autores, en mi opinión certeramente, por tratar de separar la moralidad política como un módulo independiente del resto de la moralidad, aislando los valores políticos del desacuerdo razonable que reina entre las distintas doctrinas de la vida buena. La teoría de la legalidad como razón pública presupone que el pluralismo y el desacuerdo razonable son las notas definitorias de nuestras democracias avanzadas, por lo que cualquier teoría constitucional que desee respetar este hecho no podrá concebir una carta constitucional de derechos (judicialmente garantizada) como un documento que refleja y promueve un acuerdo moral sustantivo estable en la sociedad.

A partir de ese punto de partida común, la legalidad como razón pública coincide con el constitucionalismo político en dos tesis importantes. En primer lugar, como consecuencia del carácter controvertido de cualquier teoría de moralidad política, ambas comparten una concepción procesal de los principios de la legalidad, es decir, de los estándares que limitan la capacidad normativa del legislativo y el gobierno. Desde este enfoque procesal, el orden jurídico se concibe como una práctica social discursiva: la infraestructura, podríamos decir, de una cultura de la argumentación. Frente a los teóricos del constitucionalismo de supremacía judicial,

¹ Véase Gardbaum (2001; 2010; 2013).

² Sendas versiones responden, respectivamente, a la secc. 33 de la Charter of Rights and Freedoms (1982) de Canadá, y a la secc. 4 de la Human Rights Act (1998) de Reino Unido.

³ El autor se refiere a Charles Larmore y Judith Shklar.

que miden el valor del orden jurídico por el resultado final que producen los mecanismos institucionales (según sirvan con mayor o menor eficacia a la protección de los derechos individuales), la legalidad como razón pública aprecia el valor del orden jurídico en sus presupuestos procedimentales, procesales y estructurales.

En segundo lugar, la legalidad como razón pública, al igual que las teorías del constitucionalismo político, rechaza la supremacía judicial en la interpretación constitucional, y otorga al parlamento la “última palabra”. Es decir, considera al parlamento como el lugar preferente de producción de normas jurídicas, frente a los teóricos del constitucionalismo jurídico, que tienden a otorgar esa preferencia a los tribunales supremos de justicia. La primacía del parlamento en la articulación de las convicciones últimas de la sociedad es una posición que se suele asociar al republicanismo cívico, donde el ideal sustantivo es el de una ciudadanía activa que tiene los recursos necesarios para participar en condiciones de igualdad en la producción y revisión de las leyes y decisiones públicas de su comunidad política.

Sin embargo, sobre el fondo de estas posiciones comunes, el constitucionalismo político y la legalidad como razón pública plantean la colaboración constitucional de modos muy distintos. A modo de introducción, cabría mencionar aquí la diferencia quizá más sobresaliente, relativa al problema de la fundamentación del deber/poder interpretativo de los jueces en el modelo colaborativo —un tipo de interpretación judicial que permite alterar o modificar la literalidad de las leyes con objeto de producir una interpretación compatible de las mismas con los requerimientos de la Constitución. Esta interpretación “correctiva” de las disposiciones jurídicas puede considerarse como algo inevitable en un régimen con una carta de derechos garantizada judicialmente, pero de ahí no se sigue de manera necesaria que este tipo de interpretación judicial deba considerarse deseable. Para los teóricos del constitucionalismo político, la interpretación judicial correctiva de las leyes se considera un mal necesario bajo una ley de derechos humanos, algo que debe restringirse mediante una legislación parlamentaria clara, precisa e inteligible, capaz de guiar y restringir en todo lo posible la aplicación judicial⁴. Desde la legalidad como razón pública, en cambio, dicha interpretación se justifica a partir de una comprensión del deber de fidelidad al Derecho en la que los jueces están comprometidos tanto con el Derecho positivo como con los valores constitucionales, escritos o no, que están en su base a modo de justificación.

Mi tesis es que desde el constitucionalismo político no es posible fundamentar adecuadamente el modelo colaborativo, porque dicha posición parte (y contribuye a fomentar) una cultura constitucional basada en un conflicto de supremacías, donde el aumento del poder de los jueces implica un detrimento de la supremacía parlamentaria. La teoría de la legalidad como razón pública, en cambio, sustituye ese conflicto de autoridades tratando de hacer plausible un esquema institucional basado en la colaboración y la interdependencia. Según esta teoría, la robustez de la revisión judicial “débil” reposa en la existencia de una cultura constitucional desarrollada, es decir, una cultura jurídica y política donde la sociedad, el parlamento y el gobierno se toman en serio la opinión de los jueces.

2. Una cultura democrática de la justificación

La discusión entre los constitucionalistas políticos y los defensores de la supremacía judicial se centra en la cuestión de quién está mejor situado para tener la autoridad final en la interpretación de los derechos y la identificación del Derecho. Desde la teoría de la legalidad como razón pública, sin embargo, esta discusión es secundaria. Según dicha teoría, *la cuestión central* no es quién tiene la autoridad final, sino qué estructura institucional hace posible una adecuada justificación de las leyes y decisiones públicas que limitan el ejercicio efectivo de los derechos, y qué debe contar como una justificación adecuada en una sociedad democrática. Por encima de la cuestión sobre “quién decide” es mucho más apremiante la cuestión sobre cuáles son los mecanismos institucionales que pueden potenciar la responsabilidad compartida en la protección y fomento de los derechos humanos. Las consideraciones democráticas son extremadamente importantes en el diseño y la operatividad de esos mecanismos institucionales, “pero enfocar todas las cuestiones sobre derechos

⁴ El autor que quizá más ha insistido en este punto es Tom Campbell, véase Campbell (1994: p. 196; 2001: p. 91; 2011: p. 458).

humanos desde el prisma de ‘quién decide’ puede, paradójicamente, impedir la adecuada aproximación a esas consideraciones democráticas” (Hunt, 2015: p. 13).

Para la teoría de la legalidad como razón pública, el modelo colaborativo tiene el potencial para servir de base a una concepción democrática del constitucionalismo, es decir, una concepción “capaz de otorgar a los tribunales un destacado papel en la articulación y promoción de los valores fundamentales de la sociedad, al tiempo que reconoce a las ramas democráticas y la administración un papel significativo en la definición y desarrollo de esos valores” (Hunt, 2007: p. 470). Bajo este enfoque, el modelo colaborativo exige replantear la relación entre los diferentes poderes de una democracia liberal conforme a lo que se ha venido a denominar *una cultura democrática de la justificación*⁵. En este sentido, el modelo colaborativo requiere concebir los papeles respectivos de las instituciones en materia de derechos humanos desde la perspectiva de la colaboración y la responsabilidad compartida, no sobre la base de la soberanía o autoridad última. En palabras de Murray Hunt:

Una cultura democrática de la justificación es un orden político y jurídico basado en una responsabilidad compartida en la protección y promoción de los derechos humanos, donde toda acción o inacción que afecte a los derechos humanos debe justificarse mediante razones públicamente disponibles que el parlamento y los tribunales evalúan para asegurar su compatibilidad con los compromisos más fundamentales de la sociedad, y donde cada una de tales instituciones respeta el papel legítimo de las demás (Hunt, 2015: p. 2).

A partir de esta definición, cabe hacer dos puntualizaciones importantes. En primer lugar, es preciso aclarar la cuestión del alcance de esta exigencia de justificación. A este respecto, dada la fuerza expansiva de los derechos humanos, capaces en principio de alcanzar todas las áreas sustantivas de la acción colectiva, no parece posible acotar un ámbito o área específica relativa a los derechos humanos. La colaboración e interdependencia institucional supone, por tanto, que *todos* los ejercicios del poder del Estado, todas las decisiones, actos u omisiones públicas, han de venir acompañados por su correspondiente justificación basada en razones públicas, es decir, en explicaciones racionales que todos los afectados por tales acciones u omisiones puedan razonablemente aceptar.

En segundo lugar, este tipo de cultura constitucional da especial importancia a la cuestión del mutuo respeto entre instituciones de su respectiva competencia y legitimidad. Este punto es esencial para la configuración de una auténtica cultura democrática de la justificación, capaz de armonizar la exigencia de protección efectiva de los derechos fundamentales con el principio democrático de autogobierno. En este sentido, es necesario complementar el control judicial sustantivo de las leyes y decisiones públicas con un análisis de la *deferencia debida* de los tribunales a los poderes electos (responsables últimos de la articulación de los derechos básicos).

Por último, una cultura democrática de la justificación está basada en un ideal sustantivo: el de una ciudadanía activa, dotada de los recursos suficientes para obligar a los poderes públicos a dar cuenta de sus decisiones. Este es un ideal típicamente republicano y democrático, que incide en la aspiración de que los ciudadanos sean los autores del Derecho al que están sujetos. Según la teoría de la legalidad como razón pública, la participación y la rendición pública de cuentas (*accountability*) responden al mismo principio básico de la democracia: “todas las decisiones respaldadas por la fuerza pública que invocan la autoridad del ‘pueblo’ son legítimas sólo si se puede mostrar que son justificables” (Dyzenhaus, 1998: p. 35). Este ideal no puede realizarse plenamente si se confina su realización institucional en los mecanismos de la democracia parlamen-

⁵ La noción de “cultura de la justificación” fue elaborada por primera vez por Etienne Mureinik en el contexto de la transición democrática de Sudáfrica, como contraposición a la “cultura de la autoridad” que había impuesto el régimen del *apartheid*. Según Mureinik, la base jurídica de una cultura de la autoridad reside en la doctrina de la soberanía parlamentaria. “Universalmente, esa doctrina enseña que lo que dice el Parlamento es ley, sin necesidad de ofrecer ninguna justificación a los tribunales” (Mureinik, 1994: p. 31). Por el contrario, en una cultura de la justificación, “el liderazgo del gobierno descansa en la contundencia de los argumentos que ofrece en defensa de sus decisiones, no en el miedo que inspira la fuerza de sus órdenes”, *ibid.*, 32. Una cultura de la justificación se basa en la persuasión, no en la coerción, una cultura en la que es costumbre que todo ejercicio del poder se justifique apelando a razones públicas cuya compatibilidad con los valores constitucionales se garantiza mediante una revisión independiente. Para un análisis exhaustivo de ese momento histórico, y de sus consecuencias para el movimiento constitucionalista, véase Roux (2013).

taria. Sobre todo, si tenemos en cuenta el contexto del actual Estado administrativo, en el que el contenido de la legislación depende en gran medida de su interpretación por los órganos administrativos. En una cultura de la justificación, la idea republicana de la libertad como no dominación se realiza por los mecanismos institucionales situados más allá del parlamento, en lo que cabe denominar la “segunda parte de la democracia deliberativa”, es decir, la fase aplicativa, tanto judicial como administrativa.

3. La legitimidad de la legalidad

a) Legitimidad y justificación

Según la teoría de la legalidad como razón pública, el test moral que deben superar las normas jurídicas para su justificación reside en el propio Derecho. Esta idea está firmemente asentada en la obra de Jürgen Habermas. En la senda de Max Weber, Habermas reconoce en la legalidad la única legitimación posible del orden político en las circunstancias de un mundo moderno secularizado, es decir, en un mundo donde las tradiciones han dejado de ser fuente de significado y justificación⁶. Sin embargo, el Derecho legítimo no se reduce, según Habermas, al Derecho empíricamente legitimado, como ocurría en la “jaula de hierro” weberiana.

Para Weber, el Derecho positivo era la forma más racional de ordenación social bajo las circunstancias de la Modernidad. Pero la racionalidad del orden jurídico, como la del orden económico y la del orden administrativo burocrático, era, según el autor, puramente formal o instrumental— es decir, se ceñía a medir la eficacia de los medios según el grado de realización de los fines⁷—. La racionalidad en la elección de los fines se basaba, según Weber, en la relación del agente con los valores que subyacen a tales fines, pero la elección de valores no era racionalmente justificable⁸. Esto significa que, en la concepción de Weber, los ciudadanos de las sociedades modernas carecen de un criterio último que les permita reconocer qué es normativamente legítimo. Una vez que se dan las condiciones que permiten afirmar la existencia de un orden jurídico efectivo —en esencia, la aceptación y obediencia de sus normas jurídicas por parte de sus destinatarios finales, así como la aceptación por parte de un conjunto de funcionarios del deber de interpretar y aplicar dichas normas de acuerdo con los criterios procedimentales establecidos por las reglas fundamentales de ese orden—, no puede negarse su legitimidad (Habermas, 1998: pp. 138, 539-545). En la concepción weberiana, el orden jurídico de las sociedades modernas debe asumirse sin más como legítimo; no existe ninguna tensión entre legalidad y legitimidad.

Según Weber, la racionalización formal del Derecho respondía a una de las características propias del mundo moderno secularizado: la diferenciación de las esferas culturales (como la ciencia, la moral, el Derecho y el arte) y su posterior desarrollo a partir de criterios de validez internos a cada una de ellas⁹. El Derecho moderno era sólo formalmente racional en la medida en que era autónomo y había cortado sus vínculos con otras normas sociales. En principio, Weber consideraba que la validez de las normas jurídicas no dependía de

⁶ “El destino de nuestro tiempo, racionalizado e intelectualizado y, sobre todo, desmitificador del mundo, es el de que precisamente los valores últimos y más sublimes han desaparecido de la vida pública y se han retirado, o bien al reino ultraterreno de la vida mística, o bien a la fraternidad de las relaciones inmediatas de los individuos entre sí” (Weber, 1998: p. 231).

⁷ Para Weber, la racionalidad formal del Derecho era un presupuesto necesario tanto para la expansión y predominio de la economía capitalista como para la organización y legitimidad de la administración burocrática en las sociedades modernas (Tuori, 2002: p. 50).

⁸ Como señala Kaius Tuori, esto significa que, en la concepción de Weber, la racionalidad de los valores sólo puede medirse con criterios formales. “Con respecto a los valores, la racionalidad de la acción depende de la consistencia del agente en su orientación por valores, siendo más racional cuanto más generalizado y sistemático sea el conjunto de valores sobre los que se apoya el agente al determinar sus fines en situaciones específicas” (ibíd.: p. 37).

⁹ Según Tuori, la autonomía del Derecho está ligada, en la teoría de Weber, a su sistematización y formalismo lógico. “El Derecho moderno es autónomo en el sentido de que se ha desprendido de otros sistemas de normas sociales, como las costumbres, la moral y la religión. Sólo un Derecho autónomo semejante puede reconducirse a un todo sistemático y lógicamente consistente. Y la tarea sistematizadora sólo puede ejecutarse mediante la interpretación lógica del significado, un método que representa un formalismo de tipo lógico” (ibíd.: p. 43).

su validez empírica (objeto de la sociología), sino de su validez ideal dentro del reino del “deber ser”. La separación del Derecho respecto de otras normas sociales significaba, para el autor, que los criterios de “validez ideal” de las normas jurídicas estaban determinados por las normas que regulaban los procedimientos de su producción. Ahora bien, la concepción weberiana de la validez ideal del Derecho “no incluía un requerimiento de *legitimidad normativa*” (Tuori, 2002: p. 45). Weber no entendió la legitimidad en términos normativos, sino únicamente en términos empíricos, es decir, como un concepto conectado a las creencias de la población sobre las normas jurídicas. El orden jurídico era legítimo en la medida en que existía la creencia efectiva de que sus normas habían sido aprobadas legalmente, es decir, siguiendo los procedimientos establecidos por las normas jurídicas¹⁰.

Habermas, al igual que Weber, afirma que el Derecho positivo posee un reclamo inherente de legitimidad, y que éste no proviene de su contenido, sino del procedimiento por el que se construye. Sin embargo, ofrece una concepción procedimental del Derecho que vincula legitimidad con justificación (o fundamentación): “sólo de una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad” (Habermas, 1998: 536). Para él, sólo una comprensión adecuada de la racionalidad procedimental específica del orden jurídico, cuya base se encuentra en la idea de justificación, puede explicar por qué el Derecho no es un mero instrumento del poder político, sino la principal fuente de legitimidad del Estado.

La legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del Derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales (ibíd.: pp. 556-7).

Según esta visión, que comparte la teoría de la legalidad como razón pública, la justificación del Derecho positivo (y, por ende, su legitimidad) no obedece a la correspondencia entre su contenido y un conjunto preestablecido de principios morales, sino a que es producto de los procedimientos democráticos apropiados. Tales procedimientos no son meramente aquellos que cabe encontrar factualmente en una regla suprema de la práctica del sistema jurídico (la regla de reconocimiento de Hart o la norma básica de Kelsen), sino los procedimientos inmanentes a la idea del Estado de Derecho. En la terminología habermasiana, el carácter justificativo del derecho democrático depende de *la conexión interna entre la democracia y el Estado de Derecho*. Dicho en términos de democracia y derechos individuales, esta tesis significa que el Derecho positivo sólo está justificado cuando respeta la “co-originalidad” de la autonomía pública (el derecho de todos los ciudadanos a participar en pie de igualdad en las decisiones sobre el bien común) y la autonomía privada (los derechos de todos los individuos a perseguir su propia concepción del bien) como las dos caras del mismo compromiso con la igual ciudadanía. La concepción de los individuos como autores de sus valores morales surge al mismo tiempo que la concepción de los ciudadanos como decisores de los principios que tienen que regir su vida colectiva. Los derechos que protegen la esfera de la autonomía privada deben acordarse colectivamente y, al mismo tiempo, los derechos de participación deben ser producidos por un ejercicio de autonomía pública legítima, que no infrinja la autonomía privada. Tanto la moralidad como el Derecho positivo han de producirse colectivamente, y el único acceso colectivo a la moralidad es a través del contenido del Derecho positivo (ibíd., pp. 160-4, 652-3)¹¹.

¹⁰ “La concepción de Weber de la legitimidad del Derecho moderno se ha formulado como una paradoja: la legitimidad de la legalidad se basa de hecho en la legalidad. Esta formulación no es del todo exacta: para ser precisos, según Weber la base de la legitimidad del Derecho moderno no reside en la legalidad sino en una creencia en la legalidad, la cual determina la conducta de aquellos que viven sujetos al orden jurídico”, (ibíd.)

¹¹ Lo cual no significa que, para Habermas, el Derecho positivo responda únicamente a las necesidades y demandas de la moralidad. Según el autor, el Derecho positivo realiza funciones complementarias en relación a la política: es el medio empleado para la formulación e implementación de fines y políticas comunes, lo cual no sólo exige introducir elementos teleológicos en el Derecho y la producción legislativa, sino que también requiere dejar espacio para los procesos de negociación de intereses. “El principio democrático resulta de una correspondiente especificación del principio ‘D’ o ‘principio del discurso’ para aquellas normas de acción que se presentan en forma de derecho y que pueden justificarse con ayuda de razones pragmáticas, de razones ético-políticas y de razones morales, y no sólo con ayuda de razones morales” (ibíd.: p. 173).

Para Habermas, el “principio democrático” que sirve para evaluar la legitimidad de las normas jurídicas es el resultado de la institucionalización del “principio discursivo”, es decir, del principio que permite juzgar la validez de las normas de acción en general. Este principio establece que sólo serán válidas aquellas normas de acción (o expectativas de conducta socialmente generalizadas) “a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales (discusiones públicas donde se busca un consenso sobre las pretensiones de validez mediante argumentos racionales aceptables para todos y donde se respeta el derecho a igual participación de cada uno)” (ibíd.: p. 172).

La institucionalización del principio discursivo se realiza, según Habermas, mediante el “sistema de derechos”, el cual, a su vez, ha de especificarse mediante el principio de la democracia. El “sistema de derechos” de Habermas consta de cinco grupos. Los derechos de los tres primeros están destinados a crear las precondiciones necesarias para la forma jurídica misma, aunque sus especificaciones positivas deban satisfacer también los requerimientos del principio discursivo. En el *primer* grupo se encuentran los derechos que garantizan el *status* de las personas jurídicas como portadoras de derechos: la vida, la libertad y la integridad personales y la propiedad; el *segundo* está formado por los derechos básicos que “resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica” (determinada geográfica y socialmente): por ejemplo, las disposiciones relativas a la ciudadanía, la extradición y el asilo; en el *tercer* grupo están aquellos derechos que “resultan directamente de la *accionabilidad* de los derechos, es decir, de la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, y del desarrollo y configuración políticamente autónomos de la *protección de los derechos individuales*” (ibíd.: p. 188). El principal objetivo de estos tres tipos de derechos es garantizar la *autonomía privada* de los sujetos jurídicos¹².

Los derechos del *cuarto* grupo se refieren a los miembros de la comunidad jurídica, no como objetos de regulación jurídica, sino como autores de su Derecho: son los derechos de su *autonomía pública*. Estos derechos garantizan a los ciudadanos igualdad de oportunidades para participar en los procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes que exigen los procedimientos democráticos de producción de leyes: el derecho a votar y ser elegido, así como las libertades de expresión, reunión y asociación. Por último, los derechos básicos del *quinto* grupo pretenden asegurar las condiciones materiales y culturales necesarias “para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades” del resto de los derechos fundamentales: son los denominados derechos económicos, sociales y culturales (ibíd.: p. 189).

En un sentido similar, Carlos S. Nino ha desarrollado una concepción del imperio de la Ley en la que la autoridad de las normas jurídicas no depende de que su contenido se ajuste a unos principios morales independientes, sino de que dicho contenido sea el resultado de un procedimiento democrático que satisface ciertas condiciones. Lo que aquí denominamos “legalidad” vendría a ser, según Nino, el conjunto de “presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos”. Esta práctica discursiva es la “práctica social del discurso moral”, es decir, la discusión y decisión colectivas que caracterizan el procedimiento democrático a propósito de los principios de justicia o de moralidad política. Según la tesis del “constructivismo epistemológico”:

La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el

¹² Habermas sigue aquí la distinción kantiana entre la voluntad autónoma y racional (*Willen*), de la que no se ocupa el Derecho, y la libertad de arbitrio (*Willkür*), orientada a conseguir la satisfacción de necesidades e intereses a través de la acción estratégica. Los derechos de la autonomía privada “están cortados a la medida de la libertad de arbitrio de actores tipificados y considerados cada uno por separado, es decir, a la medida de libertades subjetivas de acción, que se otorgan en términos condicionales” (ibíd., pp. 184-5). En términos rawlsianos, la libertad de arbitrio implica que los sujetos jurídicos son “fuentes auto-originantes de pretensiones válidas” con independencia de las obligaciones derivadas de los vínculos sociales (véase Rawls, 1999: p. 330). Para Habermas, el que el arbitrio guiado por intereses quede desligado de los contextos creadores de obligaciones “es sólo el reverso [...] de la coordinación de la acción a través de normas coercitivas que limitan los espacios de opción desde fuera. Esto explica la posición fundamental que ocupan los derechos que aseguran, a la vez que hacen compatibles entre sí, libertades subjetivas individualmente imputables” (Habermas, 1998: p. 185).

conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados (Nino, 1997: p. 161).

Los presupuestos que aseguran el “valor epistémico” del sistema democrático incluyen: “la participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones; la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación; la ausencia de minorías congeladas y aisladas, y la existencia de un marco emocional apropiado para la argumentación” (ibíd., 192). Algunos de estos prerequisites sirven de base para la protección judicial de ciertos derechos, a los que Nino llama “derechos *a priori*”, por cuanto que son condiciones o prerequisites de la validez del proceso democrático. Tales derechos tratan de garantizar la participación libre e igual en el proceso político, lo cual tiende a asegurar la imparcialidad de las decisiones públicas. “Si asumimos como generalización empírica que nadie conoce mejor sus intereses que uno mismo, la aceptación por parte de todos los afectados de un cierto principio es un indicio firme de que responde a exigencias de imparcialidad” (Nino, 1992: p. 204).

Ahora bien, Nino pretende situar su teoría constitucionalista a medio camino entre Habermas y John Rawls. Según Nino, Rawls es un autor clave para entender el constitucionalismo moderno, por cuanto que su teoría de la justicia trata de establecer los principios de moralidad social a partir de las condiciones formales que delimitan nuestro razonamiento moral (concibiendo, por tanto, la deliberación acerca de principios de justicia como un caso de justicia procedimental pura) (Rawls, 1971: p. 86). Sin embargo, Rawls asume que tales condiciones corresponden únicamente a la reflexión individual. Los principios de justicia que se deducen de la “posición originaria” son aquellos que satisfacen “los presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo”, en particular el presupuesto según el cual “un principio moral es válido si es aceptable para todas las personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes” (Nino, 1997: pp. 160-1). Nino respalda la crítica de Habermas al individualismo epistémico de Rawls, “por suponer que el postulado de imparcialidad se satisface cuando la persona que formula los juicios morales asume en forma ficticia la posición de cada uno de los involucrados”. La teoría de la justicia de Rawls no estaría asumiendo, por tanto, que “la tarea de la argumentación moral”, en especial en el contexto de la justificación pública de la acción gubernamental, “no puede desarrollarse monológicamente, sino que requiere un esfuerzo cooperativo” (ibíd.: p. 158)¹³. Este “elitismo moral”, según Nino, favorece la supremacía judicial en la interpretación de los requerimientos constitucionales, hasta el punto de convertir a los tribunales de justicia en los nuevos “reyes filósofos” (ibíd.: p. 164)¹⁴.

Al mismo tiempo, Nino sostiene la necesidad de separarse de Habermas, al menos de aquellas afirmaciones en las que este autor parece vindicar un constructivismo no meramente epistemológico, sino directamente ontológico. Según esta posición, más radical, la validez de los principios morales (y no sólo el conocimiento de esa validez) “se constituye por el consenso que resulta de la práctica real de la discusión moral cuando se lleva a cabo de acuerdo con algunas restricciones procesales acerca de los argumentos que se esgriman” (ibíd.: p. 161). Esta posición, dice Nino, tiende a adoptar “un convencionalismo conservador con respecto a los resultados de la discusión” (ibíd.: p. 163), bajo el supuesto de que la discusión y decisión colectivas son el único método confiable para determinar soluciones correctas. Pero si la posición de Rawls conducía a un elitismo moral, la posición que por momentos adopta Habermas parece conducir a un “populismo moral”, en virtud del cual “una solución respaldada por todos o por la mayoría es automáticamente correcta” (ibíd.: p. 165). Para Nino, esta posición es tan rechazable como aquélla. El procedimiento de la discusión y decisión colectivas (como el que constituye el sistema democrático de toma de decisiones) es el método más confiable de aproximación a la verdad moral, pero no es el único. “Es posible que a través de la reflexión individual una persona pueda representarse a sí misma adecuadamente los conflictos de intereses y pueda llegar a una conclusión correcta e imparcial”. Y, si bien es “generalmente improbable” que soluciones correctas sean alcanzadas por reflexión individual, “la probabilidad [de que esto ocurra] se incrementa cuando se refiere a los presupuestos de la validez del proceso colectivo” (ibíd.). Es decir, que cuando la cuestión moral a decidir

¹³ Para una interpretación contraria, según la cual Rawls estaría ofreciendo su teoría de la justicia como una propuesta abierta a la discusión en la esfera pública de una democracia deliberativa, véase Gutmann (2003).

¹⁴ Nino hace referencia a la crítica que hace Michel Walzer al liberalismo representado por Rawls en Walzer (1981).

tiene que ver con los requisitos que garantizan el valor epistémico (o, podríamos decir, la integridad) de la democracia, entonces es legítimo, según Nino, que las leyes democráticas sean revisadas por los jueces (o, en última instancia, sean el objeto de desobediencia civil). Más concretamente, el respeto que los jueces deben mostrar hacia las decisiones democráticamente establecidas tiene, en la teoría epistémica de la democracia de Nino, tres importantes excepciones: en primer lugar, cuando tales decisiones vulneran las reglas del proceso democrático que tratan de maximizar el valor epistémico de dicho proceso¹⁵; en segundo lugar, cuando su objetivo es imponer un ideal de excelencia personal¹⁶; y, en tercer lugar, cuando afectan negativamente a la continuidad de la “constitución histórica”, es decir, de la práctica social o convención en la que pueden operar con eficacia las decisiones democráticas¹⁷.

b) Legislar e interpretar

Sin embargo, las teorías de Habermas y Nino no sirven para respaldar un modelo colaborativo de constitucionalismo. Al contrario, ambas teorías promueven una separación rígida de poderes, por la cual a los legisladores les corresponde la producción del Derecho y a los tribunales su aplicación. Para Habermas, la distinción entre la política deliberativa (en el contexto de la producción legislativa) y la aplicación del Derecho (en el contexto de la interpretación judicial) es central para un Estado de Derecho y para la separación de poderes. Los tribunales de justicia tienen que limitarse a ser, en la medida de lo posible, meros aplicadores del Derecho que se presume válido.

[L]a jurisprudencia constitucional que parte del caso particular se *restringe* a la *aplicación* de normas (constitucionales) que se presuponen válidas; por eso la distinción entre discursos de fundamentación de normas y discursos de aplicación de normas sigue ofreciendo un criterio de deslinde (articulado en términos de lógica de la argumentación) de las tareas que legítimamente pueden cumplir la Justicia y el poder legislativo (Habermas, 1998: p. 334, énfasis en el original).

¹⁵ En este caso, según Nino, el control judicial de constitucionalidad “debe estar siempre dirigido a ampliar el proceso democrático, requiriendo más participación, más libertad de las partes, más igualdad y más concentración en la justificación” (Nino, 1997: p. 274). Como reconoce el autor, bajo este supuesto “el alcance del control judicial de constitucionalidad sería bastante amplio, dado que las condiciones sociales y económicas de los individuos, tales como su nivel de educación, son precondiciones para la participación libre e igual en el proceso político” (ibíd.: p. 275).

¹⁶ Obviamente, esta excepción a la deferencia judicial surge a partir de su relación con el valor epistémico de la democracia. Nino, al igual que Habermas, restringe el sistema democrático de toma de decisiones a la moralidad pública (intersubjetiva o social), mientras que concibe la adopción de ideales de excelencia personal (y de planes de vida basados en ellos) como parte de la moralidad privada (autorreferente o personal). La validez de los ideales personales no depende de la satisfacción del requerimiento de imparcialidad, sino que deriva de su libre adopción por parte de los individuos; no existe ninguna base epistémica que justifique la imposición de tales ideales mediante leyes democráticas. Por tanto, lo que descalifica una ley democrática perfeccionista no es el tipo de acción u omisión que trata de imponer, sino las razones que sirven de fundamento para su aprobación (es decir, la imposición de un ideal de excelencia humana). “El derecho a no ser coaccionado sobre la base de modelos de excelencia personal es, de este modo, parte de este grupo de derechos *a priori* que son condición de proceso democrático” (ibíd.: p. 280).

¹⁷ Según Nino, “el constitucionalismo exige la obediencia de la constitución histórica, el documento creado en la fundación constitucional e interpretado a través de la historia del país” (ibíd., p. 30). El argumento fundamental que aporta el autor para respaldar esta tesis es que la Constitución escrita es “la *convención* más básica que determina la vida colectiva de la sociedad [...] Una constitución [histórica] es relevante porque ella expresa una convención fundamental del país: un acuerdo en el tiempo entre diversos grupos sociales acerca de cómo el poder coercitivo del Estado será distribuido y de los límites a aquel poder respecto de los individuos” (ibíd.: p. 47). Nino toma este argumento de Neil MacCormick, (MacCormick, 1993: p. 145), aunque reconoce que el carácter tradicional de la convención no supone, por sí mismo, un argumento a favor del contenido de la Constitución, independientemente de las demandas de la separación de poderes y el respeto de los derechos individuales. La relevancia del argumento de MacCormick tiene que ver, según Nino, con los prerrequisitos de una democracia “estable y operativa” (Nino, 1997: p. 48). A mi juicio, sin embargo, el valor de la Constitución escrita depende de las características específicas de cada comunidad jurídica. El hecho de que la Constitución histórica no pueda reducirse a un mero texto o documento, sino que remite a una convención o práctica social, es lo que hace perfectamente plausible que una comunidad jurídica tenga una constitución no escrita. La constitución escrita puede ser una parte legítima y necesaria de la constitución histórica cuando no hay otro modo de garantizar la justificación en términos de razón pública de la acción gubernamental.

Según esto, la justificación debe hacerse, hasta donde sea posible, antes de promulgar las leyes, de forma que los jueces puedan aplicar el Derecho tal y como lo encuentran en los códigos. En la teoría de Habermas, la revisión judicial de constitucionalidad no forma parte de las “condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes”, que “aseguran la legitimidad del derecho establecido”. Desde la perspectiva de la aplicación del Derecho, el único control que cabe hacer a la legislación democrática es “en conexión sobre todo con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas” (ibíd.: p. 337). Cualquier intervención de los jueces que vaya más allá de garantizar la plena satisfacción de las condiciones procedimentales de la producción legislativa de normas, representará una injerencia ilegítima desde un punto de vista democrático.

De igual modo, en la concepción de Nino, “las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático” se circunscriben a las precondiciones de la producción legislativa de normas jurídicas. El control judicial de las leyes se debe ceñir a la satisfacción de los “derechos *a priori*”, es decir, de aquellos principios que garantizan “las precondiciones de la participación libre en el proceso democrático” (Nino, 1997: p. 275). En el funcionamiento real de la democracia, en cambio, los jueces deben deferir a la interpretación de los legisladores a propósito del alcance de los principios que subyacen al resto de los derechos individuales. Con lo cual, Nino considera democráticamente ilegítimo el escrutinio judicial de las decisiones parlamentarias, una vez que se han satisfecho las precondiciones que aseguran el valor epistémico del proceso legislativo de producción de normas jurídicas.

Ahora bien, si seguimos la lógica del planteamiento de Nino, cuando el proceso político satisface las precondiciones de la democracia, dicho proceso debería poder decidir en la determinación de todos los derechos, incluidos los *a priori* (Ferrerres, 1997: p. 172). Y, a la inversa, si suponemos que la intervención de los tribunales ayuda a satisfacer los presupuestos de la democracia, entonces los jueces deberían poder hablar con autoridad sobre las cuestiones controvertidas a propósito de los derechos *a posteriori*, es decir, sobre los resultados del proceso de producción legislativa. De hecho, Nino reconoce este último punto cuando advierte del problema que produce en su planteamiento la “naturaleza abierta” de los derechos *a priori* (Nino, 1997: p. 192). Los derechos sociales y económicos no son antagónicos a los derechos individuales “clásicos”, sino su “extensión natural”, por lo que resulta enormemente difícil detener la fuerza expansiva de los derechos judicialmente protegidos, “dado que las condiciones sociales y económicas de los individuos, tales como su nivel de educación, son precondiciones para la participación libre e igual en el proceso político” (ibíd.: p. 275). Una vez que se reconoce la necesidad de controlar judicialmente las precondiciones democráticas es muy difícil mantener dicho control concentrado exclusivamente en garantizar cuestiones formales y proteger un reducido número de derechos sustantivos.

A mi modo de ver, el problema del planteamiento de Nino y Habermas no es sólo la imposibilidad de distinguir en abstracto entre las precondiciones de la democracia y su funcionamiento real, sino que dicha distinción presupone que la expansión en la garantía de los primeros supone un recorte en el “campo de acción” del proceso político democrático (ibíd.: p. 192). Cuanto mayor sea la constitucionalización de un sistema jurídico democrático, mayor será el territorio controlable por los jueces y, por lo tanto, menor será “la cantidad de asuntos que podrán ser decididos por el proceso democrático” (ibíd.: p. 193). En el planteamiento de Nino y Habermas parece existir un divorcio entre la racionalidad legislativa (propia del proceso democrático) y la racionalidad jurídica (propia de la función judicial), y mientras la primera responde al “constructivismo epistemológico”, la segunda obedece a un “elitismo epistemológico” que privilegia la reflexión individual por encima y al margen de la práctica social del discurso moral (ibíd.: pp. 160-1; 1992: p. 685). De ahí la necesidad, según el punto de vista de ambos autores, de reservar la producción normativa al legislativo, reduciendo el campo de acción del control judicial a asegurar las precondiciones de una producción máximamente incluyente y participativa. Una vez que estas precondiciones se satisfacen razonablemente, los tribunales deben deferir su juicio al juicio colectivo expresado en la decisión democrática.

En un plano teórico general, sin embargo, la actividad judicial de interpretación trae consigo de manera indefectible la *producción judicial de legislación*, aunque ésta no posea el alcance y los efectos de la legislación parlamentaria. La interpretación jurídica no se ciñe a “descubrir” o “declarar” el significado contenido en las

disposiciones legales¹⁸. Existe un desacuerdo inevitable sobre el sentido de tales disposiciones y sobre cómo deberían interpretarse por los jueces; las disposiciones legales no ofrecen una solución concreta o una única respuesta correcta a la cuestión que el juez debe decidir. La interpretación judicial ha de acompañarse, por tanto, de una justificación cuyas razones provienen necesariamente, al menos en parte, de juicios valorativos no contenidos dentro de la legislación. Esta situación se hace aún más evidente cuando los jueces han de interpretar el Derecho válido bajo una carta de derechos, constitucional o no¹⁹. En este sentido, Aileen Kavanagh habla del “rostro jánico de la interpretación jurídica”:

El hecho de que la interpretación de las disposiciones jurídicas implica combinar la aplicación del Derecho existente y el desarrollo de Derecho nuevo, enfatiza “el rostro jánico” de la interpretación. De manera simultánea, la interpretación se orienta hacia atrás, tratando de elucidar la ley tal como es, y hacia adelante, tratando de desarrollarla y mejorarla. Por tanto, en la empresa interpretativa, el juez debe interpretar las palabras de las disposiciones jurídicas [...], pero también deberá decidir si y cómo desarrollar la ley en direcciones ulteriores con el fin de decidir el caso en cuestión. La interpretación tiene al mismo tiempo aspectos aplicativos y creativos (Kavanagh, 2004: p. 32).

Según esto, no parece posible hacer ninguna distinción abstracta entre producir y aplicar (o interpretar) el Derecho. Lo cual no quiere decir que Habermas y Nino no estén apuntando a algo sumamente importante. El control de constitucionalidad debe hacerse desde “el punto de vista de la aplicación del Derecho”, puesto que, de otro modo, se corre el riesgo de que los tribunales revisores se conviertan en legisladores constitucionales, actuando de manera paternalista con el legislador democrático (Habermas, 1998: p. 339) —o, peor aún, como “una instancia autoritaria” (ibíd.: p. 332)—. Es precisamente este enfoque el que pone de relieve la necesidad de incluir, dentro de la metodología de la proporcionalidad, una doctrina sobre la deferencia debida de los tribunales revisores a los poderes electos. Esta doctrina supone que, junto a la evaluación sustantiva de proporcionalidad, los tribunales deben analizar los límites de su propia competencia y legitimidad en el contexto de cada caso que conocen.

Según la legalidad como razón pública, una democracia deliberativa tiene por objeto institucionalizar una cultura de la justificación²⁰. En esta clase de cultura jurídica, el foro judicial forma parte consustancial de la deliberación colectiva que produce y modifica las leyes²¹. Esta deliberación comienza en la esfera pública “débil” del debate público general, para pasar luego a la esfera pública “fuerte” de los partidos políticos y el parlamento. Una vez promulgada, la legislación se concreta a través de un debate racional ulterior, que acontece en sede judicial (y en los tribunales cuasi-judiciales de la administración), donde la legislación debe mantenerse contantemente abierta a la experiencia pública. Es a esta deliberación en el foro judicial (y administrativo) a la que cabe llamar “la segunda parte de la democracia deliberativa”. En esta segunda etapa, las decisiones democráticas, que tienen el respaldo de la mayoría, pueden alcanzar virtualmente el respaldo de todos los afectados por ellas. No porque todos efectivamente las acepten, sino porque a través de la revisión judicial pueden recibir una justificación en términos que cabe esperar razonablemente que acepten incluso aquellos que no están de acuerdo con ellas.

¹⁸ La indeterminación que caracteriza típicamente a la legislación ha sido puesta de relieve por numerosos autores, por ejemplo, Hart (1994: pp. 252, 272-3); Raz (1979: pp. 70-72); Endicott (1996: p. 669); Kavanagh (2004: pp. 265-6). Riccardo Guastini ha señalado recientemente que la interpretación “por antonomasia” no sería aquella que se limita a constatar los posibles significados de un texto normativo (interpretación “cognitiva”), sino aquella que consiste en escoger un significado determinado, descartando los restantes, dentro del marco de significados posibles de dicho texto (interpretación “decisoria”), véase Guastini (2014: pp. 45 y ss).

¹⁹ Desde la experiencia neozelandesa, Rishworth ha puesto de relieve la inevitabilidad de la interpretación judicial “correctiva” bajo una ley ordinaria “marco” de derechos y libertades, véase Rishworth (2004).

²⁰ “La noción de democracia deliberativa está enraizada en el ideal intuitivo de una asociación democrática cuyos términos y condiciones se justifican a través de la argumentación pública y el razonamiento entre ciudadanos iguales. Los ciudadanos de dicho orden comparten un compromiso con la resolución de problemas de decisión colectiva a través del razonamiento público, y consideran sus instituciones legítimas en tanto que sirven de marco para una deliberación pública libre” (Popelier y Patiño, 2013: p. 199). En este sentido, véase Cohen (1989: pp. 17-21).

²¹ Para una concepción de la revisión de constitucionalidad como una herramienta que trata de garantizar los requerimientos procesales establecidos por la democracia deliberativa, véase Zurn (2007: pp. 221-52); Van Hoecke (2013: pp. 183-97); Popelier y Patiño Álvarez (2013: pp. 199-231).

Desde este enfoque, el “constructivismo epistemológico” no termina en la producción legislativa de las normas jurídicas, sino que se extiende al momento de su aplicación judicial. Para la legalidad como razón pública, la intervención judicial en el proceso político promueve fundamentalmente uno de los prerrequisitos democráticos que señala Nino: “*la orientación de la comunicación hacia la justificación*”. Tanto Habermas como Nino creen que los rasgos institucionales de los tribunales sólo les faculta para mantener las condiciones de máxima inclusión participativa en la producción del Derecho; sin embargo, no parecen tener en cuenta suficientemente la contribución que pueden hacer los tribunales a la calidad deliberativa de la democracia.

En este sentido, cabe decir, en primer lugar, que los tribunales son, en sí mismos, foros deliberativos. Como explica Lon Fuller, la adjudicación judicial (o administrativa) es una forma de ordenación social basada en la reciprocidad, que confiere a las partes afectadas una forma peculiar de participación en las decisiones, consistente en la presentación de pruebas y de argumentos racionales a favor de una determinada decisión (Fuller, 1978: p. 364). La labor de los jueces no está centrada en la elaboración de una respuesta correcta a partir de alguna teoría de la justicia, sino en la tarea de evaluar las razones de las partes, haciendo preguntas y valorando la coherencia de las respuestas. “Sólo tras este debate judicial puede el tribunal dictar sentencia, la cual deberá responder a los argumentos que se hayan aportado” (Ferrerres, 1997: p. 174). En este sentido, Owen Fiss ha señalado que el proceso judicial fuerza a los jueces a ser, en la medida de lo posible, objetivos en sus razones (no pueden invocar sus preferencias o creencias personales, ni las de los ciudadanos, sobre lo que consideran correcto o justo) e independientes en sus decisiones (tanto de las partes del proceso judicial, como de los partidos del proceso político)²².

Además, este examen de las razones de otros se lleva a cabo en un proceso público que conduce a una sentencia pública, aunque la independencia judicial lo aisle del proceso político ordinario (Kumm, 2010: p. 155). El razonamiento judicial no se ciñe, por tanto, a las características de una reflexión individual aislada de la práctica social del discurso moral. Al contrario, los tribunales pueden contribuir a la expansión de la democracia deliberativa, no sólo porque ellos mismos son foros deliberativos, sino también porque pueden orientar a las instituciones políticas hacia una toma de decisiones que no se base exclusivamente en la negociación de intereses. Cuando los jueces revisan la constitucionalidad de las leyes, lo que hacen es exigir a las autoridades públicas que se impliquen en la justificación de sus decisiones, una vez que el recurrente ha alegado (y ha podido probar) la violación de alguno de sus derechos básicos. “Exigiendo a los agentes decisores exponer y argumentar sus razones, con pruebas cuando resulte apropiado, los tribunales pueden constituir un incentivo para que dichos agentes tomen decisiones de un modo deliberativo incluso fuera de la sala del tribunal” (Fredman, 2015: p. 452)²³. Las decisiones públicas que afectan a los intereses fundamentales de las personas deben tomarse de un modo deliberativo (basándose en principios), y los primeros responsables de que esto sea así son los poderes electos. Sin embargo, no es plausible asumir que dichos poderes enfocarán todas las cuestiones constitucionales como un desacuerdo de buena fe sobre el significado de los derechos. Los tribunales pueden, en este sentido, hacer una contribución decisiva a la democracia al insistir a los decisores principales que justifiquen deliberativamente su interpretación o limitación de los derechos, especialmente cuando se trata de los derechos de aquellos grupos que carecen de poder político para influir en las

²² Más concretamente, Fiss pone de manifiesto que los jueces sólo pueden decidir después de haber participado en un “diálogo” que se caracteriza por las siguientes notas: no pueden controlar los asuntos que han de afrontar, no está completamente en su poder elegir a quiénes deben escuchar (permitiendo así la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria), están obligados a responder y deben justificar sus decisiones (Fiss, 1979: pp. 13-4).

²³ A este respecto, Mark Van Hoecke habla de hasta cinco “círculos de comunicación deliberativa” que, en orden creciente, se configuran a partir de la intervención de los tribunales en el proceso de razonamiento sobre la acción pública. Después de los dos primeros círculos formados por los tribunales de primera y segunda instancia junto con las partes del caso en cuestión, el tercer círculo comunicativo comprende los comentarios y críticas de la doctrina respecto a las decisiones judiciales. A continuación, los círculos cuarto y quinto caen fuera del contexto técnico-jurídico, es decir, alcanzan el foro público no especializado (en concreto, los medios de comunicación y la sociedad en general, respectivamente) (Van Hoecke, 2013: pp. 190-1). Según el autor, estos círculos deliberativos añaden legitimación al Derecho producido por los poderes representativos. “La forma en que opera la práctica jurídica, como una comunidad deliberativa permanente a través de la cual se proponen, discuten, elaboran y, finalmente, aceptan nuevos conceptos, reglas, principios, interpretaciones y teorías jurídicas, muestra que dicha práctica también ofrece, cualitativamente, un valor añadido, en contraste con la producción legislativa a través de delegación, la cual (sólo) está formalmente legitimada” (ibíd., 192).

decisiones públicas. De ahí que pueda decirse que la revisión judicial, lejos de suponer una restricción a los procesos democráticos de producción normativa, puede actuar como su facilitación.

En una cultura de la justificación no hay una diferencia significativa entre la racionalidad legislativa y la racionalidad judicial. Al contrario, los legisladores y los jueces forman la misma comunidad de intérpretes de la Constitución, aunque cada uno desde su propia competencia y capacidad relativas. Esto significa que, aunque la lógica de la proporcionalidad se considera en esta cultura como el prototipo de la razón pública, los legisladores no tienen por qué aplicar dicha metodología tal y como la aplican los tribunales revisores. De este modo, la expansión creciente de los derechos *a priori*, que llega a alcanzar virtualmente a todos los rincones del sistema jurídico, puede convivir con un amplio campo de acción para el legislativo democrático. Aunque a los jueces se les reconoce autoridad para determinar el significado o “alcance” de los derechos, el legislativo y el ejecutivo tienen la capacidad para limitar justificadamente la “extensión” o realización efectiva de los derechos al perseguir sus propias políticas, por lo que mantienen la iniciativa para definir cuáles deben considerarse las limitaciones razonablemente proporcionadas de los derechos.

Es obvio que los derechos fundamentales estarán constantemente presentes en la legislación de materias que implican asuntos de política socioeconómica, y los tribunales tendrán que identificar qué tipo de decisiones sobre estas materias son apropiadas a su propia competencia, capacidad y legitimidad, y cuáles están más allá de su competencia. Lo cual nos conduce de nuevo a las difíciles cuestiones de la deferencia debida. Pero, sin poder entrar aquí en tales dificultades, lo que me interesa poner de relieve es que los tribunales están extraordinariamente bien situados para promover la resolución basada en principios de las cuestiones socioeconómicas. Como señala Rosalind Dixon, los tribunales tienen la responsabilidad de exigir la eliminación de “los puntos ciegos y las cargas de inercia” en el proceso de creación y aplicación de las leyes (Dixon, 2007: pp. 402-6). La naturaleza concreta y *a posteriori* de la función jurisdiccional, así como la naturaleza coercitiva de los poderes resolutivos de los tribunales, permite a los jueces contrarrestar “los puntos ciegos de la aplicación” (es decir, la incertidumbre del legislador sobre los efectos de sus disposiciones sobre los derechos fundamentales). Mientras tanto, la visibilidad de los procedimientos y decisiones judiciales ayuda a aquellas personas cuyos derechos no están representados adecuadamente en el parlamento, permitiendo así contrarrestar “los puntos ciegos” en la creación del Derecho. De igual manera, las diferentes reparaciones judiciales (como la interpretación “correctiva” de las leyes y la declaración de incompatibilidad), junto con la publicidad y autoridad de sus decisiones, da a los jueces la capacidad para contrarrestar la inercia legislativa, tanto directa como indirectamente.

c) Legalidad y calidad moral

La teoría de la legalidad como razón pública rechaza la idea de que el Derecho se aplica a sus destinatarios mediante la transmisión de un contenido que se presupone válido y que debe obedecerse bajo la amenaza de sanciones. En términos de Fuller, frente a una concepción “gerencial” del Derecho como “una proyección unidireccional de autoridad, procedente del gobierno y que se impone a los ciudadanos”, la legalidad como razón pública concibe la autoridad del Derecho como el “producto de una interacción de orientaciones propositivas entre los ciudadanos y el gobierno” (Fuller, 1969: p. 204). En este sentido, los principios inherentes al orden jurídico aseguran un marco de justificación que filtra las normas jurídicas según su contenido moral. Las normas jurídicas que sus destinatarios consideran injustas no son consideradas por ellos como normas en sentido estricto (es decir, como prescripciones potencialmente legítimas para ordenar sus vidas), sino como meras órdenes respaldadas por la fuerza coactiva del Estado. No lograrán por tanto ser normas jurídicas en aspectos significativos.

Herbert Hart y Dworkin coincidieron en criticar esta visión moral de la legalidad²⁴. En concreto, Dworkin argumentó que si los tiranos no querían gobernar mediante el Derecho no era porque hubiese

²⁴ Para un estudio exhaustivo de las críticas de Hart y Dworkin a la moralidad interna del Derecho de Fuller, véase Escudero (2000: pp. 345-359).

una moralidad interna al Derecho que desearan evitar, sino porque temían la publicidad (Dworkin, 1965: p. 672). Pero la publicidad es una idea mucho más poderosa que la mera exposición al público. En primer lugar, la publicidad es la cualidad de ser comunicable a una audiencia general, es decir, de satisfacer los presupuestos que permiten ser interpretable por el público en general. Para que una comunicación sea propiamente pública “no sólo tiene que tener los rasgos de publicidad que la hacen reconocible como Derecho, sino que su contenido debe ser entendible o interpretable por el público al que va dirigido” (Dyzenhaus, 1996: pp. 173-4). En este sentido, el principio de publicidad requiere “la satisfacción de un umbral de interpretabilidad general”. El contenido de la ley debe ser comprensible e interpretable por el público al que se dirige.

En segundo lugar, los procedimientos por los que el Derecho llega a ser público no están divorciados del contenido de las leyes particulares. El principio de publicidad exige que el legislativo sea genuinamente responsable ante el público, para lo cual deberá tomar en consideración las diferentes perspectivas de todos los posibles afectados por su legislación a la hora de producir cualquiera de sus leyes. Lo cual no significa, por supuesto, que todos acepten el contenido de las leyes de acuerdo con su particular concepción de la justicia. Sin embargo, todos podrán considerar que dicho contenido está justificado en la medida en que es el producto de la deliberación pública, y que su contenido está sujeto a ulterior deliberación a la luz de la experiencia.

Dicha ulterior deliberación tiene que ver con la revisión judicial. Como dijimos más arriba, la democracia deliberativa tiene una segunda parte donde los tribunales juegan un papel decisivo. Dado que las leyes han de alcanzar el nivel de generalidad necesario en la etapa legislativa, tendrán luego que concretarse para encontrar las prácticas que pretenden regular. Este proceso de concreción, que acontece en la judicatura y la administración, incluye la elaboración y la interpretación del Derecho. Y aquí también debe asegurarse la responsabilidad ante el público, mediante los recursos jurídicos ante los tribunales ordinarios y los órganos cuasi-judiciales del sistema administrativo que permiten impugnar públicamente la aplicación e interpretación del Derecho. Los ciudadanos no pueden llegar a ser los autores del Derecho al que están sujetos confiando únicamente en los mecanismos de la democracia parlamentaria (ibíd.: p. 175).

En este tipo de cultura de la legalidad, la moral sigue siendo un tribunal para el Derecho, pero no como un conjunto de valores que actúa como una prueba externa al proceso de creación y aplicación de las leyes. Para la legalidad como razón pública, la prueba moral es simplemente que el contenido del Derecho esté siempre sujeto a deliberación. “La prueba es interna al Derecho” (ibíd.: p. 176).

A mi juicio, sólo cabe rechazar esta forma de concebir la conexión necesaria entre la moral y el Derecho si partimos de una concepción formal o instrumental, moralmente neutral, de la legalidad. Para ver este punto, podemos valernos de la obra de Gerard Postema, quien defiende unos principios similares a los de Fuller (en concreto, los principios de publicidad, inteligibilidad y congruencia) (Postema, 2010a), pero desde una concepción hartiana del Derecho (es decir, como una guía normativa del comportamiento humano). Como consecuencia, a pesar de sostener una concepción del Derecho muy semejante a la teoría de la legalidad como razón pública, Postema no cree que los principios de la legalidad repercutan necesariamente en la calidad moral del contenido de las normas jurídicas.

La descripción que hace Postema de los principios de la legalidad puede resumirse del siguiente modo. En primer lugar, para suministrar una guía normativa a agentes racionales y autónomos, las disposiciones jurídicas deben ser públicamente reconocibles e interpretables. Esta necesidad de un público entendimiento y apreciación pone a los poderes del Estado y los ciudadanos en una relación de reciprocidad o interdependencia. En segundo lugar, las normas jurídicas deben ser inteligibles para aquéllos a quienes pretenden guiar. Por ello, la determinación por parte del agente de lo que requiere específicamente una norma, no puede separarse enteramente de la valoración del agente acerca de las razones por las que debe seguir dicha norma, es decir, lo que se supone que se busca o desea conseguir con su acatamiento. En tercer lugar, debe haber congruencia entre las normas promulgadas formalmente y las acciones de las autoridades que tratan de aplicarlas y hacerlas cumplir. Además, puesto que el Derecho pretende guiar la acción a través de normas públicas, éstas deben ser inteligibles en común para sus destinatarios. Esta inteligibilidad común exige que las normas se correspondan con las normas y prácticas informales que estructuran la vida pública de la comunidad (“la infraestructura de las relaciones sociales”) (ibíd.: pp. 271-273; 2012, pp. 91-3).

Según Postema, aunque todos estos principios se deducen de los supuestos que maneja Hart en su teoría jurídica sobre la forma en que opera el Derecho, tales supuestos conducen, si se entienden adecua-

damente, a una teoría del Derecho y de la argumentación jurídica que nada tiene que ver con el positivismo jurídico hartiano (al que el autor denomina “positivismo del significado establecido”) (Postema, 2010a, p. 260). Por el contrario, Postema afirma que una concepción del Derecho como guía normativa del comportamiento humano responde a los rasgos que caracterizan la teoría jurídica del *common law*, donde el Derecho se concibe como una “una disciplina de razonamiento práctico público que ofrece un marco y un foro para la exploración crítica así como para la determinación autoritativa de normas públicas” (ibíd., 271, énfasis añadido). En este sentido, en consonancia con la legalidad como razón pública, Postema describe el imperio de la ley como un proyecto común en el que todos los poderes del Estado, junto con los ciudadanos, se someten al Derecho como una práctica disciplinada de razón pública. El imperio de la ley implica un “*ethos of accountability*” (una especie de “cultura de la transparencia”), donde los que ejercen el poder por medio del Derecho se someten a él, asumiéndolo como una restricción (Postema, 2010b: p. 1857). El gobierno del Derecho implica “reflexividad”, la cual sólo es posible exigiendo a los que ejercen el poder que den cuenta públicamente de sus decisiones de acuerdo con los estándares establecidos por el Derecho.

Postema, por tanto, conecta el ideal del imperio de la ley con la teoría jurídica del *common law*, pero derivando los principios de la legalidad a partir de una concepción hartiana de la naturaleza del Derecho. Esto último lo conduce a afirmar dos tesis contrarias a la legalidad como razón pública: el carácter instrumental de los principios de la legalidad y la separación de la moral y el Derecho.

Para Postema, el imperio de la ley no es necesariamente un bien social significativo (ibíd., pp. 1864-5). El valor del gobierno del Derecho radica en ofrecer una restricción fiable al ejercicio arbitrario del poder, pero dicho valor está condicionado a que las leyes satisfagan ciertas condiciones mínimas de justicia o decencia. No obstante, añade Postema, no deberíamos pensar que estas condiciones han de ser demasiado robustas, puesto que el valor del gobierno del Derecho “no reside en garantizar la justicia, sino en una razonable confianza en que todo ejercicio del poder colectivo estará sujeto a un rendimiento de cuentas totalmente público” (ibíd.: p. 1864). Ahora bien, aun cuando las normas públicas cumplieran esas condiciones mínimas de justicia, podría ocurrir que sus protecciones y beneficios no se extendieran a todos los miembros de la comunidad (como por ejemplo en el sistema jurídico sudafricano del *apartheid* con respecto a los ciudadanos no-blancos). En tal caso, afirma Postema, podríamos decir con Fuller que el principio de publicidad tiene valor moral, puesto que exige al gobierno anunciar y ejecutar abiertamente sus medidas opresivas y discriminatorias; sin embargo, para que esto tenga algún efecto de presión que obligue al gobierno a moderar su brutalidad sería necesaria, según Postema, la concurrencia de dos supuestos empíricos: que al público le importe lo suficiente la suerte de los oprimidos, y que los que están en el poder condicionen su comportamiento a lo que pueden presentar como legítimo a los ojos del público. En definitiva, se debe contar con un “*ethos de la transparencia*”, es decir, una cultura de la legalidad que institucionalice el rendimiento público de cuentas.

Por tanto, según Postema, los principios del imperio de la Ley son un bien social significativo sólo cuando las leyes satisfacen un mínimo nivel de justicia o decencia moral, y cuando existe una cultura de la legalidad que pone en práctica un sistema de rendimiento público de cuentas. En el fondo de esta posición late el mismo temor que manifestaron Hart y Dworkin al considerar los principios de la legalidad de Fuller: el Derecho puede ponerse al servicio de la injusticia y la opresión, “los fines malos pueden tener tanta coherencia y lógica interna como los buenos” (Fuller, 1958: p. 636). En este sentido, Postema parece defender una concepción instrumental del Derecho, en el que los principios de la legalidad no dejan de ser principios de eficiencia.

En mi opinión, Postema acierta al señalar que los principios de la legalidad conducen a la teoría jurídica del *common law*, pero esta teoría jurídica no sólo se opone, como afirma el autor, al positivismo del significado establecido, sino que también rechaza cualquier descripción del Derecho en la que la tarea de las leyes se reduce a la mera transmisión de un contenido ya establecido. De ahí que el Derecho positivo deba conformarse a la legalidad en un sentido mucho más sustantivo de lo que Postema reconoce. Su lista de principios no se explica adecuadamente desde una visión del Derecho como mero instrumento del poder político. Lo cual trae consigo una importante consecuencia respecto a la responsabilidad legal y moral de los jueces: ante una ley o decisión administrativa que parezca problemática, el juez debe preferir la interpretación más compatible con la legalidad, y, si esto no es posible, declarar formalmente dicha incongruencia. La eficacia de esta medida dependerá, por supuesto, de que dicha declaración no caiga en oídos sordos, es decir, de que la presión

del público obligue al gobierno a cambiar su legislación. Pero la obligación del juez no depende de ninguna circunstancia contingente; surge necesariamente de los principios constitutivos de cualquier sistema jurídico.

Creo que Fuller tiene razón cuando afirma, desde la teoría jurídica del *common law*, que existe una conexión necesaria entre los principios de la legalidad y la calidad moral del contenido de las leyes. A pesar de tener un origen convencional, los estándares y principios racionales del *common law* no son arbitrarios. Su incorporación al Derecho responde a un aprendizaje social acerca de lo que significa vivir bajo el gobierno de normas jurídicas. Como señala Dyzenhaus, los estándares del *common law* “son el producto coherente de un proceso de razonamiento llevado a cabo por abogados y jueces a lo largo del tiempo, y la expresión de ciertos valores y concepciones de razonabilidad y bien común que todos comparten” (Dyzenhaus, 2010: p. 5). Desde la teoría jurídica del *common law*, por tanto, el Derecho contiene los criterios apropiados para medir públicamente la razonabilidad de las acciones. En palabras de Brian Simpson, “en la jurisprudencia *common law* no hay una diferencia muy clara entre decir que una determinada solución a un problema es conforme a Derecho, y decir que es la solución racional, equitativa o justa” (Simpson, 1973: p. 79).

Sin embargo, Postema cree necesario mantener el lema positivista de Austin, según el cual “la existencia de la ley es una cosa, su mérito o demérito otra”. Este famoso *dictum* significa, según Postema, que “las leyes no son necesarias o automáticamente (por el mero hecho de ser leyes) justas o justificadas” (Postema, 1998: p. 352). Podemos criticar las leyes por motivos morales sin desafiar o poner en duda su validez o autoridad como leyes. En mi opinión, sin embargo, esta posición merecería ser matizada si atendemos a los planteamientos teóricos del propio Postema.

En efecto, si la legalidad garantiza la integridad política o, en palabras del autor, la coherencia sistemática global de las normas jurídicas, entonces no es posible separar la validez jurídica (en el sentido de “pertenencia al sistema jurídico”) de su justicia o justificación. La “integridad” no es sino la forma de encontrar criterios comunes de acción colectiva en las “circunstancias de la política”. Como afirma Waldron, en tales circunstancias la integridad nunca puede enfrentarse o ser incompatible con la justicia, puesto que implica la búsqueda de ésta “desde un punto de vista oblicuo” (Waldron, 1999: p. 198) – desde el punto de vista de la necesidad de encontrar coherencia entre las distintas concepciones de la justicia que coexisten dentro de un determinado sistema jurídico. Por tanto, si se entiende la justicia en términos de integridad, no puede desligarse la validez jurídica de la justicia. En las circunstancias de la política, el compromiso con el imperio de la Ley implica necesariamente considerar la validez jurídica como un aspecto de nuestro sentido de la justicia. Dicho de otro modo, el gobierno por medio del Derecho (*rule by law*) requiere necesariamente el gobierno del Derecho (*rule of law*). La separación de validez jurídica y justificación que pretende mantener Postema se basa en una petición de principio. Presupone que la existencia y el contenido de las normas jurídicas se pueden determinar por criterios meramente empíricos, pero eso es justamente lo que discuten los autores que defienden una teoría del Derecho a partir de la tradición del *common law*. Si hacemos del imperio de la ley una cultura de la argumentación, como hace Postema, lo más coherente, en mi opinión, es abandonar toda tentación instrumentalista y sostener una lectura moral de la legalidad, según la cual ésta garantiza siempre, hasta cierto punto, la calidad moral del contenido de las normas jurídicas.

4. Conclusión

La fundamentación teórica de un constitucionalismo colaborativo presupone una concepción de la razón pública en la que los ámbitos de producción y aplicación del Derecho comparten en buena medida un mismo tipo de razonamiento. Según esta concepción, que aquí he tratado de desarrollar bajo el nombre de “legalidad como razón pública”, el imperio de la Ley constituye la infraestructura de una democracia deliberativa, es decir, el marco institucional que disciplina tanto la creación democrática del Derecho como su revisión judicial a la luz de la experiencia. Con esta concepción se supera, a mi juicio, la controversia entre los dos tipos básicos de constitucionalismo. Por un lado, los poderes electos se conciben como los últimos responsables en la articulación de los derechos básicos; por otro, el poder judicial interviene legítimamente en el proceso democrático como el mecanismo definitivo de que se valen los ciudadanos para exigir a los poderes electos la justificación razonable de las decisiones públicas que interfieren en sus derechos básicos.

Bibliografía

- Campbell, T. (1994) "Democracy, Human Rights, and Positive Law", *Sydney Law Review* 16.
- (2001) "Incorporation through Interpretation", en T. Campbell, K.D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*. Oxford, Oxford University Press.
- (2011) "Parliamentary Review with a Democratic Charter of Rights", en T. Campbell, K. D. Ewing, and A. Tomkins (eds.) *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays*. Oxford, Oxford University Press.
- Cohen, J. (1989) "Deliberation and Democratic Legitimacy", en A. Hamlin y P. Pettit (eds.) *The Good Polity: Normative Analysis of the State*. Oxford, Blackwell.
- Dixon, R. (2007) "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited", *International Journal of Constitutional Law*, 5(3).
- Dworkin, R. (1965) "Philosophy, Morality, and Law: Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *University of Pennsylvania Law Review*, 113(5).
- Dyzenhaus, D. (1996) "The Legitimacy of Legality", *University of Toronto Law Journal*, 46.
- (1998) "Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture", *South African Journal on Human Rights*, 14.
- (2010) *Hard Cases in Wicked Legal Systems. Pathologies of Legality*. 2ª edición. Oxford, Oxford University Press.
- Endicott, T. (1996) "Linguistic Indeterminacy", *Oxford Journal of Legal Studies*, 16(4), 667-697.
- Escudero, R. (2000) *Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferreres, V. (1997) *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, Centro de Estudios Política y Constitucionales.
- Fiss, O. (1979) "Foreword: The Forms of Justice", *Harvard Law Review*, 93(1).
- Fuller, L. (1958) "Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71.
- (1969) *The Morality of Law* (2ª edición). New Haven, Yale University Press.
- (1978) "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review*, 92(2).
- Gardbaum, S. (2001) "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *The American Journal of Comparative Law* 49.
- (2010) "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* 8.
- (2013) *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Guastini, R. (2014) *Interpretar y argumentar*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (trad. cast. de S. Álvarez Medina).
- Gutmann, A., (2003) "Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy", en S. Freeman, *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Habermas, J., (1998) *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*. Madrid, Trotta (trad. cast. M. Jiménez Redondo).
- Hart, H. (1994) *The Concept of Law* (2ª edición). Oxford University Press, Oxford.
- Hunt, M., (2007) "Reshaping Constitutionalism", en J. Morison, K. McEvoy y G. Anthony (eds.) *Judges, Transition, and Human Rights*. Oxford, Oxford University Press.
- (2015) "Introduction", en M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford, Hart.
- Kavanagh, A. (2004) "The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998", *Oxford Journal of Legal Studies*, 24(2).
- MacCormick, N., (1993) "Constitutionalism and Democracy", en R. Bellamy (ed.) *Theories and Concepts of Politics: An Introduction*, Manchester, Manchester University Press.
- Mureinik, E., (1994) "A Bridge to Where?: Introducing the Interim Bill of Rights", *South African Journal on Human Rights* 10.
- Nino, C., (1992) *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Astrea.
- (1997) *La constitución de una democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa.

- Popelier, P. y Patiño Álvarez, A. (2013), "Deliberative Practices of Constitutional Courts in Consolidated and Non-Consolidated Democracies", en P. Popelier, A. Mazmanyan y W. Vandenbruwaene (eds.) *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*. Cambridge, Intersentia,
- Postema (1998), "Jurisprudence as Practical Philosophy", *Legal Theory* 4.
- (2010a) "Positivism and the Separation of Realists from their Scepticism", en P. Cane (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford, Hart Publishing.
- (2010b) "Law's Ethos: Reflections on a Public Practice of Illegality", *Boston University Law Review*, 90.
- Rawls, J. (1971) *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- (1993) *Political Liberalism*. Nueva York, Columbia University Press.
- (1999) *Collected Papers*, S. Freeman (ed.). Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Raz, J. (1979) *The Authority of Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Rishworth, P. (2004) "The Inevitability of Judicial Review under 'Interpretative' Bill of Rights: Canada's Legacy to New Zealand and Commonwealth Constitutionalism?", G. Huscroft y I. Brodie (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*. LexisNexis, Toronto.
- Roux, T., (2013) *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Simpson, B. (1973) "The Common Law and Legal Theory", en B. Simpson (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence (2nd Series)*, Oxford, Oxford University Press.
- Tuori, K., (2002) *Critical Legal Positivism*, Aldershot, Ashgate.
- Van Hoecke, M. (2013) "Constitutional Courts and Deliberative Democracy", en P. Popelier, A. Mazmanyan y W. Vandenbruwaene (eds.) *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*. Cambridge, Intersentia.
- Waldron, J. (1999) *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford.
- Walzer, M., (1981) "Philosophy and Democracy", *Political Theory* 9.
- Weber, M., (1998) *El político y el científico*. Madrid, Alianza.
- Zurn, C. (2007) *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge, Cambridge University Press.