

INTRODUCCIÓN

A mediados del siglo pasado, tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se crearon en Europa y América sendas organizaciones regionales de protección de los derechos humanos, con su correspondiente tribunal internacional. Paralelamente, y de manera gradual durante la segunda mitad del siglo xx y los inicios del presente, prácticamente la totalidad de los Estados democráticos se han dotado de Constituciones o leyes ordinarias que incorporan los derechos humanos en los respectivos sistemas jurídicos nacionales, con el desarrollo de algún tipo de control judicial de compatibilidad de las leyes (y, en general, de las decisiones públicas) con los derechos protegidos. Este libro está dedicado a explorar este «nuevo» paradigma jurídico y político al que se suele denominar «constitucionalismo» o «Estado constitucional».

Mi propósito es articular una teoría que permita afrontar algunos de los problemas centrales del debate constitucionalista contemporáneo. Para ser más concreto, el presente estudio se sitúa en la controversia doctrinal y filosófica acerca de la relación «derechos-democracia» en un momento avanzado de la discusión, donde las partes han logrado asumir, después de un largo y productivo debate, un cierto terreno compartido. La cuestión ahora no es tanto la supuesta legitimidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes, sino más bien cuál debería considerarse como el tipo de control judicial sustantivo más acorde con una sociedad democrática consolidada. En cualquier caso, parto de la convicción de que vivimos en un «nuevo» paradigma jurídico caracterizado por la omnipresencia de los valores constitucionales (y la consiguiente unidad del Derecho público).

En el actual paradigma constitucionalista, la idea de «constitución» tiene una dimensión doble. Incluye, por una parte, el establecimiento de la «forma» o esquema de gobierno del que se dota una comunidad política, y, por otra, el reconocimiento de una serie de derechos y liber-

tades fundamentales que limitan y condicionan la acción gubernamental. Esta segunda dimensión es la que hace de la Constitución una norma jurídica que impone directamente obligaciones a los poderes públicos y a la ciudadanía. La Constitución como norma jurídica suprema es, a mi juicio, el rasgo más característico del paradigma constitucional contemporáneo, aunque su origen se remonta al proceso constituyente de los Estados Unidos de finales del siglo XVIII. Del mismo modo, casi todos los Estados constitucionales contemporáneos han adoptado una forma de garantizar la supremacía constitucional similar a la que ideó en sus inicios el modelo «americano»: asignar a un poder judicial fuerte e independiente el control de constitucionalidad de las leyes.

En los Estados liberales europeos del siglo XIX, en cambio, el pacto o compromiso constitutivo entre fuerzas sociales antagónicas predominó sobre la Constitución como norma jurídica suprema. Habría que esperar hasta después de la Segunda Guerra Mundial para ver cómo el modelo «europeo» lograba aunar ambas dimensiones en la forma de Constituciones rígidas y «principialistas». Fue también entonces cuando la gran mayoría de los Estados europeos incorporaron el control de constitucionalidad de las leyes basado en derechos fundamentales, pero a través de un sistema centralizado que opera mediante un único tribunal especializado y relativamente independiente del resto de los poderes públicos. De este modo, la estructura del modelo «europeo» (muy extendida también en Latinoamérica) impide que los jueces sean los intérpretes últimos de la Constitución, pero a costa de crear un tribunal que monopoliza la determinación autoritativa de los derechos fundamentales.

En el debate contemporáneo de teoría constitucional, existe una serie muy influyente de autores que denuncian la ilegitimidad democrática del modelo «americano», al que acusan de amparar una «supremacía judicial» en materia de derechos y libertades. A estos autores se les suele designar con el título de constitucionalistas «políticos». Su tesis central es que las cuestiones sobre derechos constitucionales son esencialmente «políticas», y tienen que ser resueltas por órganos representativos como el resto de cuestiones de esta naturaleza. De ahí su resuelta oposición a lo que denominan la «judicialización» de la política. Una crítica similar se ha dirigido al modelo «europeo», donde un tribunal especializado y relativamente separado del resto de los poderes del Estado (también del Parlamento) tiene la autoridad suprema en la interpretación constitucional.

A mi modo de ver, esta postura crítica o escéptica no es sostenible dentro del «nuevo» paradigma jurídico de los derechos humanos. La «constitucionalización» del orden jurídico implica que la validez de cualquier norma del ordenamiento depende, en parte, de su congruencia con los derechos. En este paradigma jurídico, los derechos básicos forman parte de la legalidad, lo que significa, en la mayoría de los casos, el establecimiento de algún tipo de control judicial de las leyes respecto a su compatibilidad con los derechos protegidos. A decir verdad, muchos de estos autores críticos han abandonado su inicial rechazo frontal hacia cualquier forma de control judicial de las leyes basado en derechos abstractos, para pasar a aceptar un tipo de control judicial que permita a los poderes electos decir la «última palabra» en esta materia. Así, actualmente, algunos de estos autores defienden el modelo *commonwealth* de justicia constitucional como una forma legítima de control judicial.

Este tercer modelo es el esquema de protección de derechos que opera en Canadá (desde finales de los 80), Nueva Zelanda y el Reino Unido (desde finales de los 90), y en dos de los principales Estados de Australia (Victoria y el Territorio de la Capital, desde los primeros años del siglo XXI). Su característica más visible es su ubicación en un «terreno intermedio» en donde pretende aprovechar los beneficios del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y, al mismo tiempo, respetar el procedimiento mayoritario de toma de decisiones. A través de diferentes formas institucionales, ofrece una clase de justicia constitucional «penúltima» en la que el Parlamento tiene siempre la posibilidad de contradecir las determinaciones judiciales en materia de derechos.

En este libro defenderé que el modelo «*commonwealth*» (al que también se ha denominado «híbrido» o «parlamentarista») se ajusta mejor que los modelos «americano» y «europeo» a los rasgos centrales del paradigma constitucionalista. Sin embargo, adoptaré para ello una posición distinta al constitucionalismo «político». En lugar de afrontar el análisis y las propuestas de mejora desde un punto de vista crítico, poniendo el acento en las debilidades y limitaciones del actual constitucionalismo democrático, asumiré una perspectiva práctica, centrada en comprender la finalidad o sentido último de dicha práctica. Desde este punto de vista, la supremacía judicial no es sino una forma democráticamente deficiente de un tipo de cultura jurídica y política que actualmente comparten todas las sociedades democráticas consolidadas.

Este *ethos* constitucional es la «cultura de los derechos humanos», o «cultura de la justificación», en la que también ocupan un lugar destacado los tribunales internacionales de derechos humanos. De hecho, como ya señalé, este nuevo paradigma jurídico-político comenzó en el ámbito del Derecho internacional, con la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos y el establecimiento de sistemas regionales de protección con su respectivo tribunal internacional.

Desde este enfoque práctico, el control judicial de constitucionalidad es una extensión del control de legalidad que típicamente se asigna a los jueces bajo el *rule of law* (es decir, en un Estado de Derecho). La aprobación de una Constitución escrita, rígida y «principalista» no deja de ser un hecho contingente, que puede resultar necesario o no en función de la cultura política existente en cada sociedad. La ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos fue igualmente un hecho contingente. Sin embargo, la autoridad constitucional de estas normas no procede exclusivamente de los actos «constitutivos» de aprobación o ratificación, sino más fundamentalmente de su contenido moral sustantivo. Representan los *compromisos morales* últimos de la comunidad política, a pesar de que exista un persistente desacuerdo razonable sobre cómo optimizar o satisfacer plenamente tales compromisos. Es en este contexto donde cobran sentido los jueces o funcionarios independientes como garantes últimos del cumplimiento de tales compromisos. Y la cuestión que surge inmediatamente es saber identificar la forma de control judicial que permita garantizar la supremacía constitucional sin provocar a la postre la supremacía de la opinión judicial.

Creo que este enfoque práctico respalda el modelo *commonwealth* como el más coherente con el paradigma constitucionalista. Pero, como es obvio, este enfoque ofrece una visión del modelo muy diferente a la que plantea el constitucionalismo político. En lugar de concebirlo como una alternativa a la práctica constitucional dominante, mi intención es presentarlo como un desarrollo más equilibrado de la misma práctica constitucional. Si desde el constitucionalismo político lo que importa del modelo es la capacidad que otorga a los poderes políticos para desplazar o contradecir las determinaciones judiciales sobre los derechos, desde el planteamiento que voy a defender aquí lo específico del modelo es que promueve una clase de justicia constitucional basada en la interdependencia y la colaboración de todos los poderes del Estado, es decir, un esquema constitucional que permite la contribución de cada

uno de los poderes públicos en el mantenimiento de la legalidad a partir del respeto mutuo de su respectiva competencia y legitimidad. Desde este punto de vista, la aportación característica del modelo *commonwealth* es que fomenta una cultura de la justificación más colaborativa que los modelos de supremacía judicial. Como trataré de defender en este trabajo, un modelo de justicia constitucional que facilita la cooperación de legisladores y jueces en la definición y desarrollo de los derechos fundamentales es el que mejor se ajusta al marco no soberanista en el que operan los Estados constitucionales.

La estructura del libro es la siguiente. En primer lugar (capítulo I), se ofrece una visión general del «paradigma constitucionalista», haciendo referencia no solo a un determinado fenómeno jurídico y político, sino también a un particular enfoque teórico sobre el Derecho y la política. A continuación (capítulos II y III), se realiza un estudio del modelo *commonwealth* de justicia constitucional como una alternativa híbrida dentro del paradigma constitucionalista. Comienzo con una breve descripción de sus diferentes formas institucionales, para pasar luego a analizar sus técnicas y prácticas de control más características. En este sentido, no solo me interesa mostrar el específico diseño institucional que establecen las diversas disposiciones constitucionales o legislativas de los países donde opera el modelo, sino también hacer hincapié en la forma en que tales instituciones operan en la práctica, teniendo en cuenta las doctrinas de los tribunales y la teoría constitucional en dichos países.

Posteriormente (capítulo IV), se afronta la elaboración de la teoría que pretende servir de fundamentación a dicho modelo y, en general, a todo constitucionalismo colaborativo —la que denomino «teoría de la legalidad como razón pública»—. Para ello, adopto una versión del constitucionalismo jurídico que es sensible a las preocupaciones del constitucionalismo político. A partir de dicha posición, describo lo que, a mi juicio, es el sentido último del modelo mediante la idea de un régimen de derechos fundamentales sostenido como un «proyecto común», y aporto algunas razones para rechazar la metáfora del «diálogo entre iguales» como una guía adecuada para una reconstrucción teórica del modelo. El cuerpo central de la teoría de la legalidad como razón pública está dedicado a tratar de articular el control judicial de las leyes dentro de una democracia deliberativa. Para ello, realizo dos indagaciones, una de carácter conceptual en torno a la noción de legalidad y su legitimidad intrínseca, y otra de tipo más descriptivo sobre la tradición

common law como un sistema cooperativo de protección de derechos fundamentales que prelude en varios sentidos el actual modelo *commonwealth*. El capítulo concluye con algunas reflexiones sobre la función propia que deben ejercer los jueces en un régimen de derechos fundamentales, para lo cual me valdré de las ideas sobre el imperio de la Ley de la «escuela del proceso jurídico», y en especial de Alexander Bickel y Lon Fuller.

Por último (capítulos V y VI), se analiza la metodología de la proporcionalidad en el modelo *commonwealth*, tratando de desarrollar algunos de sus rasgos específicos frente a la forma que adopta esta técnica de control en los tribunales constitucionales del modelo europeo. Además, se discute qué relación debemos reconocer entre proporcionalidad y razonabilidad (es decir, el estándar tradicional de la *judicial review* en los sistemas del *common law*) y cuál es el enfoque del análisis de proporcionalidad que resulta más adecuado para un modelo de constitucionalismo sin supremacía judicial. En este sentido, trataré de mostrar la importancia de la «deferencia debida» como la doctrina de la autorrestricción judicial que surge a partir de la preocupación por respetar el papel correspondiente a los diferentes poderes públicos.

No quisiera terminar esta introducción sin hacer una breve nota de agradecimientos. La idea de escribir este libro surgió durante la estancia que pude disfrutar como *Visiting Scholar* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (Canadá) a través del *Faculty Research Program 2012* del *International Council for Canadian Studies*. Allí pude discutir mis primeras ideas sobre el constitucionalismo canadiense con el profesor David Dyzenhaus, al que siempre estaré agradecido por la calidez humana y la generosidad con que me acogió. Posteriormente me he beneficiado de los comentarios y sugerencias de diversos profesores y amigos: José María Sauca, Eusebio Fernández, Juan Carlos Bayón, Daniel Oliver, Aileen Kavanagh, Julian Rivers y Jacob Weinrib. A todos ellos, mi más sincero reconocimiento.

Capítulo I

EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO CULTURA DE LA JUSTIFICACIÓN

En este capítulo se presentan de manera introductoria las principales ideas de este libro. En primer lugar, se analiza el «giro normativo» de la Constitución que es típico del paradigma constitucionalista, así como el tipo de cultura jurídica y política que trae consigo (la «cultura de la justificación»). En segundo lugar, se describe el déficit democrático que acarrea el paradigma constitucionalista, y se ofrece como respuesta un modelo colaborativo del control jurisdiccional en donde la supremacía judicial es sustituida por la doctrina de la deferencia debida. En tercer lugar, se describen las dos posturas básicas en el actual debate de teoría constitucional (el constitucionalismo «político» y el constitucionalismo «jurídico») respecto a la fundamentación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, y se expone brevemente la postura que defenderé en este trabajo (la teoría de la «legalidad como razón pública»), la cual sirve, a mi juicio, de fundamentación del control «híbrido» de constitucionalidad que es propio del modelo *commonwealth*. A continuación, se discute cómo deberíamos entender el impacto que produce el paradigma constitucionalista en la teoría del Derecho, y más en concreto, si dicho impacto supone la superación o no del positivismo jurídico. Por último, se invoca el principio de subsidiariedad para defender la doctrina de la deferencia debida en la jurisdicción de los tribunales internacionales de derechos humanos.

1. El giro normativo de la Constitución

En el paradigma constitucional existente desde finales de la Segunda Guerra Mundial —que aquí denomino el «paradigma constitucionalista»¹—, la validez jurídica de las leyes y actos administrativos

¹ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 309.

depende, en parte, de su consistencia o compatibilidad con los valores y principios de los derechos humanos. Aunque no hay acuerdo en cuanto a la definición y alcance de tales derechos, ni en cuanto a su óptima articulación en los casos concretos o a quién corresponde el ejercicio de esa articulación, existe un amplio consenso en torno a la idea de que los valores y principios que los sustentan configuran la moralidad pública de una sociedad democrática, unos compromisos últimos que requieren algún tipo de protección jurídica. Bajo este paradigma, la relación entre el Estado y los individuos que viven bajo su gobierno se concibe como una cuestión de Derecho².

La ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos³, así como su incorporación en los sistemas jurídicos nacionales mediante una declaración formal (con estatus jurídico jerárquicamente superior o simplemente mediante legislación ordinaria), han producido y siguen produciendo profundas reformas constitucionales en todo el mundo. La estructura de los derechos fundamentales (tanto en el plano internacional como en el nacional) conduce a un tipo de gobierno basado en el requerimiento de justificación: salvo un reducido número de derechos, a los que se trata como normas categóricas o perentorias, la principal forma de entender los derechos constitucionales es como «presuntos escudos en lugar de triunfos absolutos en contra de objetivos de política pública en conflicto»⁴. Esto significa que se permite en principio la limitación o revocación de los derechos por parte de las instituciones políticas, siempre y cuando éstas puedan justificar la ne-

² Sobre el paradigma constitucional de posguerra, centrado en los derechos humanos, existe una abundante literatura. Véase, por todos, WEINRIB, L., «The Postwar Paradigm and American Exceptionalism», en: CHOUDHRY, S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 84-111; IGNATIEFF, M., *The Rights Revolution*, House of Anansi Press, Toronto, 2000; CHOUDHRY, S., «After the Rights Revolution: Bills of Rights in the Post-Conflict State», *Annual Review of Law and Social Science*, 6, 2010, pp. 301-322.

³ Los tratados que conforman lo que podrían denominarse «derechos constitucionales internacionales» son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (1966). En el ámbito regional, son especialmente reseñables la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (1950) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

⁴ GARDBAUM, S., «Limiting Constitutional Rights», *UCLA Law Review*, 54, 2007, p. 789.

cesidad de estas medidas para el fomento de importantes objetivos de política pública que interfieren en ellos.

En el paradigma constitucionalista coexisten soberanía y justificación como las dos dimensiones básicas de la Constitución: la dimensión del poder y la dimensión de los derechos. La primera hace referencia a la Constitución como «fuente de las fuentes del Derecho», es decir, el conjunto de normas constitutivas que establecen los órganos y procedimientos de producción del Derecho. En contraste, la segunda se refiere a la Constitución como «fuente de Derecho», esto es, el conjunto de normas regulativas que imponen deberes directamente aplicables a todos los poderes públicos y a la ciudadanía en general. Cada una de estas dimensiones da lugar a una concepción distinta de la eficacia constitucional⁵. Así, la dimensión «constitutiva» implica una concepción «mecánica» según la cual la realización de los valores y fines constitucionales depende principalmente de un adecuado diseño institucional que haga imposible (o altamente improbable) la actuación no deseada, y haga necesaria (o altamente probable) la conducta deseada. Por el contrario, la dimensión «regulativa» supone una concepción «normativa» según la cual la eficacia de la Constitución se sigue básicamente de su capacidad para guiar la conducta de los sujetos relevantes. Mientras la concepción mecánica confía en el diseño institucional para la consecución de los fines constitucionales, la concepción normativa confía en el compromiso normativo de aquellos a quienes van dirigidas las exigencias constitucionales, así como en los controles establecidos sobre su cumplimiento⁶. Así, desde la perspectiva normativa cobra todo el sentido el establecimiento de algún tipo de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

La dimensión normativa de la Constitución representa una «novedad» respecto al ideal constitucional «clásico». En efecto, el ideal constitucional se asoció en Europa tradicionalmente a una norma metajurídica cuya función se limitaba a establecer la distribución de competencias y potestades entre los principales poderes públicos. En el constitucionalismo europeo clásico, la Constitución se reducía a un reparto de magistraturas: cada poder era la autoridad última en su ámbi-

⁵ TROPER, M., «La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución» (trad. Ruiz Manero, J.), *Doxa*, 22, 1999, pp. 332-335, 337-338.

⁶ AGUILÓ, J., «Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución», en: AGUILÓ, J., ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Fragments para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 23-27.

to de competencia, dentro del cual no existía obligación alguna que forzase a motivar o dar razones de sus actos y decisiones. La finalidad de esta Constitución meramente procedimental (o de separación de poderes) era «limitar el poder, pero dando prioridad a las técnicas formales, al gobierno *per leges*»⁷. Los jueces eran los encargados de revisar la validez de los actos y decisiones de las personas y órganos de la administración del Estado, velando por el mantenimiento de los principios del imperio de la ley —es decir, el principio *ultra vires* y los principios de justicia natural⁸—. Este constitucionalismo «limitado» se corresponde con el «Estado legislativo de derecho» que predominó en la mayoría de los países europeos hasta la segunda mitad del siglo XX, y responde a lo que Luis Prieto Sanchís ha denominado como «modelo geográfico de las relaciones entre la constitución y las leyes»⁹.

Por el contrario, Estados Unidos de América introdujo muy pronto en su ordenamiento jurídico un grupo reducido de derechos (los denominados derechos «liberales» o «de primera generación») a través de una serie de reformas constitucionales. A consecuencia de dicha introducción, el Tribunal Supremo se reconoció a sí mismo en la famosa sentencia *Marbury v. Madison* como el guardián de la consistencia de las leyes con los derechos protegidos¹⁰. Sin embargo, como ha señalado Mark Tushnet, la *judicial review* en los Estados Unidos nació en su versión «débil»¹¹. Bajo una Constitución «principalista»

⁷ SALAZAR, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, FCE, México, 2006. p. 93.

⁸ LANE, J. E., *Constitutions and Political Theory*, Manchester University Press, Manchester, 1996, pp. 152-160.

⁹ PRIETO SANCHÍS, L., «El constitucionalismo de los derechos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 2004, p. 56. Actualmente, el constitucionalismo «limitado» (sin ninguna declaración de derechos) se mantiene en su forma originaria únicamente en la Constitución federal australiana de 1901; y ni siquiera ahí puede desarrollarse en sus propios términos, dado que dos de las principales regiones de Australia (Victoria y el Territorio de la Capital Australiana) cuentan con sendas cartas de derechos que siguen, con ligeras variaciones, el sistema de protección británico. Algunos autores defienden, sin embargo, este tipo de constitucionalismo «limitado» como una alternativa más democrática que los modelos de supremacía judicial; véase, por ejemplo, CAMPBELL, T., «Human rights strategies: An Australian alternative», en: CAMPBELL, T. et al. (eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights. Institutional Performance and Reform in Australia*, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 319-341.

¹⁰ *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

¹¹ TUSHNET, M., «Alternative forms of judicial review», *Michigan Law Review*, 101, 2003, pp. 2782-2786.

rígida, la cultura constitucional de este país estuvo dominada durante el siglo XIX y principios del XX por la doctrina del «departamentalismo», según la cual la Constitución se limitaba a ser un reparto de potestades¹².

El paso de una cultura jurídica basada exclusivamente en la soberanía a otra basada también en la justificación racional supone, en esencia, una nueva concepción de la autoridad del Derecho. En una cultura de la justificación, la autoridad del Derecho no depende únicamente de factores formales o no evaluativos. La satisfacción de los test factuales y la existencia de autorización para actuar se consideran condiciones necesarias, pero no suficientes, para la legalidad y la legitimidad. Junto a los factores formales de órgano y procedimiento, la autoridad del Derecho legítimo depende de la calidad de las razones (o, más exactamente, de la calidad de los razonamientos) que se ofrecen, o pueden llegar a ofrecerse, para justificar la legislación y la acción gubernamental. En este tipo de cultura jurídica y política, los tribunales y los poderes políticos comparten su compromiso *tanto* con la democracia representativa *como* con ciertos derechos, libertades y valores básicos. Lo cual permite emplear un «esquema de racionalidad más compartido»¹³ entre la producción legislativa y la interpretación judicial del Derecho.

Sin embargo, como trataré de demostrar a lo largo de este trabajo, solo el modelo *commonwealth* de justicia constitucional es plenamente coherente con este nuevo paradigma jurídico, al estar dotado de una

¹² Aunque *Marbury* estableció que el Tribunal Supremo tenía el poder para declarar inconstitucional una ley del Parlamento, el alcance de esta doctrina, así como su relación con los papeles de otras ramas del gobierno en la interpretación constitucional, fueron muy discutidos durante décadas. Es más, la propia sentencia *Marbury* puede considerarse una decisión departamentalista en un doble sentido: en primer lugar, porque determinó que el Congreso había reorganizado impropia- mente la asignación constitucional dentro de la judicatura, confirmando así que cada departamento o rama tenía la responsabilidad exclusiva de determinar la constitucionalidad de las acciones de otros departamentos que afectasen a su propia actividad; y, en segundo lugar, porque rechazó la interpretación razonable de la Constitución que había hecho el Congreso y el Presidente al promulgar la disposición de la *Judiciary Act*, que se declaró inválida en la sentencia, respaldando así la idea de que cada departamento tenía el derecho constitucional a actuar según su propia interpretación de la Constitución, sin importar la opinión de las demás ramas del gobierno, *ibid.*, p. 2782.

¹³ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 133.

estructura y unas prácticas de control que tienden a promover la interdependencia y colaboración de las distintas ramas del gobierno. Algunos autores han resaltado esta diferencia denominando a la cultura jurídica que trata de instaurar este modelo como la «cultura democrática de la justificación».

Por otra parte, el actual debate teórico sobre la protección de los derechos fundamentales se ve todavía en gran medida lastrado por el enfoque de las «soberanías en competencia»¹⁴. Según este enfoque, la cuestión central a dilucidar es quién debería tener la «última palabra» en la interpretación constitucional. A mi modo de ver, este planteamiento impide la configuración de un constitucionalismo más coherente con el paradigma de los derechos humanos. Creo que una protección equilibrada de los derechos que tenga en cuenta adecuadamente las consideraciones democráticas, requiere que el Parlamento y los tribunales (así como el Gobierno y la Administración) observen y apliquen esas protecciones sin sentirse sujetos a un «marco constitucional soberanista»¹⁵. El presente trabajo parte de la convicción de que la principal transformación que producen los tratados internacionales de derechos humanos, y su incorporación en el Derecho interno de los Estados, es un cambio profundo en la cultura jurídica y política de las democracias constitucionales, un cambio que está todavía en pleno proceso de consolidación.

Además, la clásica separación tripartita de poderes se ve amenazada en el actual Estado constitucional por el incesante incremento de la rama administrativa, donde existen agencias gubernamentales con un amplio abanico de poderes discrecionales de naturaleza legislativa, ejecutiva y judicial sobre sus propias políticas públicas¹⁶. En este contexto, el control judicial de legalidad tradicional del Estado de Derecho, basado únicamente en el principio *ultra vires*, resulta insuficiente para evitar la arbitrariedad administrativa. El paso de una cultura basada exclusivamente en la soberanía a una cultura basada también en la justificación, exige un control judicial más exhaustivo del proceso de

¹⁴ HUNT, M., «Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference"», en: BAMFORTH, N. y LEYLAND, P. (eds.), *Public Law in a Multi-layered Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 340.

¹⁵ HUNT, M., *Using Human Rights Law in English Courts*, Hart Publishing, Oxford, 1997, p. 2.

¹⁶ Sobre el origen y desarrollo del Estado social o regulador, véase SOTELO, I., *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid, 2013.

toma de decisiones de los órganos administrativos. Este control más riguroso no se limita a supervisar la ejecución de las políticas públicas elaboradas por el legislador, sino que alcanza también al proceso de su definición o elaboración administrativa. Lo cual implica «intentar asegurar la no arbitrariedad en el ejercicio discrecional de *todos* los poderes administrativos»¹⁷, es decir, articular una doctrina del control judicial que trate de estructurar el ejercicio de discrecionalidad administrativa de manera que se reduzca lo más posible el riesgo de decisiones arbitrarias.

Como veremos en el capítulo VI, un control judicial basado en la toma de decisiones choca con la tradicional renuencia de los jueces a implicarse en áreas o asuntos considerados inherentemente políticos. Sin embargo, no creo que sea aceptable mantener una visión «geográfica» de la separación de poderes en la era de la autoridad administrativa descentralizada, puesto que tal visión implicaría reconocer áreas o zonas de decisión en el que los poderes públicos son inmunes a cualquier interferencia por parte de los tribunales. En el actual Estado regulador, no hay lugar para esta imagen de poderes «separados»; más bien lo que se impone es la metáfora de un «diálogo interinstitucional, según el cual el poder es ejercido por medio de un proceso coordinado y comunicativo»¹⁸. En ese diálogo interinstitucional, el control judicial de la acción administrativa tiene la función de asegurar las precauciones procesales necesarias para proteger los derechos individuales, respetando las interpretaciones de los derechos que hacen los órganos administrativos siempre que estos las justifiquen adecuadamente.

2. Control de constitucionalidad y democracia

Según el argumento central de este trabajo, los tres principales modelos constitucionales contemporáneos (el «americano», el «europeo» y el «*commonwealth*») pretenden dar forma institucional a una cultura de la justificación. El signo más evidente de esta convergencia es la aplicación, en prácticamente todos los sistemas jurídicos democráticos, de un

¹⁷ CAROLAN, E., *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 117.

¹⁸ *Ibid.*, p. 132.

control de constitucionalidad basado en el análisis de proporcionalidad. Como se ha dicho, «el movimiento global hacia la proporcionalidad representa un movimiento global hacia la justificación»¹⁹. No obstante, mi intención en los capítulos II y III es presentar el modelo *commonwealth* como un intento de promover una «cultura democrática de la justificación», donde la autoridad final sobre el significado y alcance de los derechos constitucionales reside en los poderes electoralmente responsables, de modo que a los jueces solo les corresponde la «penúltima palabra» en las controversias constitucionales sustantivas.

La forma más extendida de garantizar la primacía de los principios y derechos constitucionales en el paradigma constitucionalista es mediante lo que se ha denominado como la «*constitucionalización*» del sistema jurídico. En este fenómeno cabe distinguir tres elementos: a) una declaración formal de derechos fundamentales con un estatus jurídico superior al resto de la legislación; b) el «*atrincheramiento*» de estos derechos contra su enmienda o revocación mediante legislación ordinaria; c) un poder judicial con capacidad para anular las leyes incompatibles con los derechos, sin que el legislador pueda revisar tales decisiones mediante legislación ordinaria²⁰. Este es el modelo de justicia constitucional que desde finales del siglo opera en los Estados Unidos de América (el modelo «americano»), y el que, tras la Segunda Guerra Mundial, entronca en Europa con el modelo kelseniano de entreguerras, dando origen así a lo que se conoce como el nuevo modelo «europeo»²¹. En este sentido, a pesar de las importantes diferen-

¹⁹ COHEN-ELIYA, M. y PORAT, I., «Proportionality and the Culture of Justification», *The American Journal of Comparative Law*, 59, 2011, p. 474.

²⁰ La superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y su atrincheramiento frente a la legislación democrática, es una cuestión conceptualmente independiente del control judicial de constitucionalidad. Véase NINO, C. S., *La constitución de una democracia deliberativa* (trad. Saba, R.), Gedisa, Barcelona, 1997, p. 270; LAPORTA, F., «El ámbito de la Constitución», *Doxa*, 24, 2001, pp. 461-462; BAYÓN, J. C. (2004) «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en: BETEGÓN CARRILLO, J. *et al.*, (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 136. El atrincheramiento (o rigidez constitucional) consiste en la previsión de un procedimiento de reforma constitucional más complejo o exigente que el procedimiento legislativo ordinario. Sobre las restricciones que plantea la rigidez constitucional al procedimiento democrático, véase GARGARELLA, R., «Three Brief Comments on Rigid Constitutions and the Republican Tradition», *Ratio Juris*, 27, 4, 2014, pp. 516-520.

²¹ La confluencia del modelo constitucional estadounidense y del modelo europeo de raíz kelseniana ha sido puesta de relieve por numerosos autores. Véase,

cias que separan ambos modelos, creo que cabe sostener que las formas institucionales que se suelen englobar dentro del modelo europeo constituyen, a la postre, variaciones del modelo americano de supremacía judicial, dado que todas ellas comparten sus rasgos estructurales esenciales.

Según Stephen Gardbaum, los modelos de supremacía judicial se basan en «una necesaria y fundamental incompatibilidad entre la supremacía legislativa y la efectiva protección de los derechos fundamentales»²². Parafraseando al juez Marshall, «o bien la Constitución es Derecho supremo, atrincherado y protegido por un control judicial “fuerte” (no revisable por ley ordinaria), o bien es Derecho ordinario, modificable mediante mayorías legislativas: entre estas alternativas no hay término medio»²³. Si se acuerda que la Constitución es Derecho supremo, entonces los tribunales deben tener el poder de no aplicar leyes inconstitucionales como parte de su deber ordinario de solucionar legalmente los casos o conflictos que se les presentan.

En este punto radica el «déficit democrático» (o, en términos de Alexander Bickel, la «objeción contramayoritaria»²⁴) que plantea el control jurisdiccional de constitucionalidad. Dicha objeción podría resumirse del siguiente modo: los derechos protegidos suelen ser estándares altamente abstractos²⁵, cuyo contenido normativo (lo que prohíben o requieren) en el contexto de cada caso puede variar y llegar a ser sumamente indeterminado —es decir, a propósito de la mayoría de ellos, existe un desacuerdo razonable sobre cuál es el contenido de sus requerimientos en cada caso concreto, incluso aunque los hechos relevantes del caso estén claros y no supongan ninguna controversia—; ahora bien, el principio democrático exige que sean los poderes electos, y no los

por todos, RUIZ MIGUEL, A., «Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional», *Doxa*, 23, 2000, pp. 145-160; HIEBERT, J., «New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?», *Texas Law Review*, 82, 2004, pp. 1963-1987; y WEINRIB, L., «The Postwar Paradigm...», *op. cit.*, nota 2.

²² GARDBAUM, S., «The New Commonwealth Model of Constitutionalism», *The American Journal of Comparative Law*, 49, 2001, p. 707.

²³ *Ibid.*, 708.

²⁴ BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* [1962] (2.^a ed.), Yale University Press, New Haven, 1986.

²⁵ Existe un pequeño número de derechos (inmunidades) que no comparten este rasgo; por ejemplo, las prohibiciones de la pena de muerte, de la esclavitud o del trabajo forzoso.

jueces políticamente independientes, los que establezcan en cada caso qué prohíbe o qué exige un derecho fundamental abstracto o «indeterminado». En definitiva, la democracia significa un gobierno de políticos electoralmente responsables, por lo que deberían ser ellos los que determinen el Derecho y los derechos en cada caso. No parece democrático que un tribunal pueda decidir que una norma viola un derecho cuando, bajo otra interpretación diferente, pero igualmente razonable, ese derecho no sufriría dicha violación²⁶.

En términos de Tushnet, un control judicial «fuerte» (que otorga a los jueces constitucionales la última palabra en la interpretación de los derechos protegidos) implica un doble deterioro de la democracia. Por un lado, «debilita» el proceso democrático de toma de decisiones, puesto que conduce a las instituciones políticas a no deliberar las cuestiones constitucionales, bajo el supuesto de que serán los jueces (o el tribunal constitucional) los encargados de anular o inaplicar aquellas leyes que resulten incompatibles con la Constitución²⁷. Por otro lado, el Gobierno y el Parlamento han de supeditar la efectividad de sus políticas al posterior control judicial, lo cual «distorsiona» el proceso democrático, puesto que obliga a las instituciones políticas a elegir aquellas medidas que puedan ser más fácilmente defendibles ante los tribunales²⁸. Según el argumento de la *debilitación democrática*, el modelo elimina de la agenda política los profundos desacuerdos de la razón pública y los sitúa dentro del ámbito de resolución de los tribunales, dando lugar a un «gobierno de los jueces» que, como los nuevos «reyes filósofos», son los únicos concedores de la verdad moral enerrada en los principios constitucionales. De acuerdo con el argumento

²⁶ PERRY, M., «Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?», *Wake Forest Law Review*, 38, 2003, p. 661.

²⁷ En el mismo sentido, PERRY, M. afirma: «Al imponer sus juicios sobre lo que los derechos humanos [...] prohíben (o exigen) a la acción gubernamental, los tribunales políticamente independientes disuaden necesariamente a los ciudadanos y sus representantes electos de deliberar por sí mismos sobre lo que prohíben los derechos; los tribunales disuaden necesariamente a los ciudadanos y sus representantes de deliberar por sí mismos sobre qué especificaciones se deben adoptar a partir de las normas indeterminadas de los derechos humanos, qué forma se ha de dar a tales normas, en los contextos particulares en los que dichas normas se invocan», *ibid.* p. 662.

²⁸ TUSHNET, M., «Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Counter Majoritarian Difficulty», *Michigan Law Review*, 94, 1995, p. 247.

de la *distorsión del discurso político*, el modelo exige a las instituciones políticas que adopten el estilo de razonamiento judicial (el principio de proporcionalidad) en la producción de leyes y decisiones públicas, imponiendo así la razón jurídica/judicial como el prototipo de la razón pública.

Bajo la concepción que aquí defiendo, sin embargo, el control judicial de las leyes no solo no debilita la democracia, sino que la dinamiza y refuerza, produciendo una distorsión legítima del debate político en un Estado constitucional. Pero, como argumentaré en el capítulo IV, para ofrecer una fundamentación adecuada de esta tesis no solo hay que distanciarse de las teorías que sirven de fundamentación de la supremacía interpretativa de los jueces, sino también de las teorías más representativas de la democracia deliberativa. En efecto, las teorías de Jürgen Habermas y Carlos S. Nino, aunque otorgan a los jueces un lugar importante en el sistema jurídico, reducen su papel a la mera aplicación de unas normas jurídicas que se suponen válidas y justificadas. Para ambos autores, la separación entre justificación y aplicación de las leyes responde al principio de separación de poderes que es central en el Estado constitucional, por lo que el poder judicial y la Administración deben estar sujetos a las leyes previamente justificadas.

Como desarrollaré en su momento, mi idea es que el control judicial de las leyes puede considerarse como una parte del proceso democrático de producción normativa. En concreto, como la «segunda parte de una democracia deliberativa», donde las leyes y decisiones colectivas son analizadas a la luz de la experiencia. En esta concepción (la teoría de la legalidad como razón pública), se reconoce el importante papel que tienen los jueces en la resolución de las cuestiones sustantivas sobre derechos, al tiempo que se enfatiza la interdependencia entre los tribunales y las ramas políticas del gobierno. Según esta concepción, ninguna institución del sistema jurídico de un Estado constitucional debe tener el monopolio, o la superioridad inapelable, sobre la mejor interpretación del Derecho. Los jueces deben deferir a la interpretación de los derechos por parte del legislador o la Administración, siempre que estos poderes ofrezcan una justificación razonable de sus interpretaciones. Se trata, pues, de un modelo que subraya la colaboración e interacción entre las distintas ramas del gobierno, en donde los jueces retienen un importante papel, pero un papel que les convierte solo en una parte del proceso de determinación del Derecho. «Los jueces no deben ver al legislador y la Administración como ene-

migos del Derecho, sino como colaboradores en la determinación de lo que el Derecho es»²⁹.

A mi juicio, el modelo *commonwealth* de justicia constitucional es el que más se aproxima a este modelo colaborativo ideal. En primer lugar, porque entraña un estructura formal que promueve la interacción e interdependencia entre los poderes políticos y la judicatura en materia de derechos fundamentales. Pero, en segundo lugar, porque en los países donde opera el modelo se ha articulado una doctrina de la deferencia debida que pretende superar la supremacía judicial predominante en el paradigma constitucionalista. Como trataré de mostrar en el capítulo VI, la deferencia debida es una doctrina sobre la autorrestricción judicial, según la cual los jueces deben tener en cuenta los factores epistemológicos y de legitimidad constitucional que afectan a su capacidad de decidir, lo cual significa situar las razones alegadas por el decisor principal en el centro del análisis de constitucionalidad. Esta «deferencia como respeto» no surge automáticamente según la materia del caso (lo cual supondría una mera «deferencia como sumisión»), sino que implica un análisis que han de realizar los tribunales en el contexto de cada caso sobre los límites de su papel constitucional. En concreto, dicho análisis versa, por un lado, sobre los factores de capacidad y competencia relativas, que indican cuál de los poderes públicos está mejor situado para establecer correctamente el alcance de los derechos y la razonabilidad de las limitaciones a su ejercicio efectivo, y, por otro lado, sobre el factor constitucional, que señala las consideraciones democráticas que han de tener en cuenta los tribunales a la hora de interferir en las decisiones de los poderes políticos representativos³⁰. Estos factores de deferencia permiten a los jueces calibrar o medir el grado o intensidad de su control sustantivo de las leyes y decisiones colectivas en el contexto de cada caso concreto.

3. La cuestión de la constitucionalidad del orden jurídico

El actual debate de teoría constitucional puede describirse a partir de la cuestión sobre la «constitucionalidad» del orden jurídico. Para los

²⁹ DYZENHAUS, D., «The legitimacy of legality», *University of Toronto Law Journal*, 46, 1996, p. 177.

³⁰ KAVANAGH, A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 167-209.

defensores de lo que se suele denominar *constitucionalismo político*, dicha constitucionalidad radica fuera del orden jurídico, en la esfera de la deliberación política. Para estos autores, la esencia constitucional es un conjunto de principios democráticos que legitiman el orden jurídico y que se sitúan fuera de la constitución jurídica. En términos de derechos básicos, estos autores afirman que la interpretación de los derechos es un ejercicio de naturaleza política que corresponde hacer a los poderes del Estado orientados políticamente; las formas democráticas de gobierno no solo sirven para resolver del mejor modo los desacuerdos sobre los proyectos políticos rivales, sino también para dirimir los inevitables desacuerdos sobre la aplicación de los derechos constitucionales en los casos particulares. Para los partidarios de lo que suele denominarse *constitucionalismo jurídico*, en cambio, la constitución (escrita o no) es esencialmente jurídica, e incluye los principios sustantivos de moralidad política sobre los que descansa la legitimidad del orden jurídico. Según esta posición, la autoridad de los jueces para evaluar (y, en determinados casos, corregir) las leyes según su compatibilidad con los derechos y principios constitucionales se basa en una justificación que va más allá de las razones contextuales o contingentes (de tipo pragmático) y que tiene que ver con una cuestión de principios.

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

Es precisamente esta segunda versión del constitucionalismo jurídico la que desarrollaré en este trabajo. Mi intención es articular una concepción teórica plausible que logre reconciliar los dos requerimientos de una democracia constitucional: por un lado, la demanda de respeto a las decisiones mayoritarias adoptadas en asambleas representati-

vas, y por otro, la necesidad de unos jueces independientes y «fuertes», cuyas decisiones sean habitualmente respetadas por el legislador y la comunidad política en general.

La «constitucionalidad» de los órdenes jurídicos es una cuestión donde la teoría constitucional converge con la filosofía del Derecho. Sin embargo, desde la perspectiva del positivismo jurídico, especialmente desde las teorías del derecho de Herbert Hart y Joseph Raz, esta es una cuestión estrictamente filosófica, que no guarda relación con la teoría política (ni siquiera con una de sus ramas, la de la teoría constitucional). Para Hart, la «regla de reconocimiento» sería esa dimensión constitucional de todo orden jurídico, cuya descripción no está sujeta a ninguna disputa de carácter político o constitucional, sino a una mera cuestión de hecho (prácticas y actitudes)³¹. Dicha dimensión no coincide con la constitución jurídica: mientras esta puede cambiarse de acuerdo con los procedimientos que ella misma provee, la regla de reconocimiento solo cambia cuando se transforma la práctica que ella misma es³².

Aun así, algunos positivistas jurídicos sobresalientes como Bentham, Austin o Kelsen sí defendieron una teoría constitucional propia, y lo hicieron desde posiciones muy próximas al constitucionalismo político. Como ha señalado David Dyzenhaus, existen al menos dos ideas compartidas por dichos autores que están en la definición misma del constitucionalismo político de Jeremy Waldron y Richard Bellamy: la primera, que la base de la constitucionalidad del orden jurídico radica fuera del Derecho, en la esfera política, y, la segunda, que la constitución jurídica se reduce a un conjunto de reglas formales de autorización³³. Bajo ambas ideas subyace una concepción «lineal» del Derecho³⁴, según la cual la validez de las normas jurídicas (su autoridad legítima) procede de las reglas que rigen el procedimiento y la autoridad para producir normas. La constitucionalidad del orden jurídico estaría compuesta,

³¹ HART, H., *The Concept of Law* (2.^a ed.), Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 111-116.

³² RAZ, J., «Disagreement in Politics», *American Journal of Jurisprudence*, 43, 1998, p. 161.

³³ DYZENHAUS, D., «The Idea of a Constitution. A Plea for *Staatsrechtslehre*», en: DYZENHAUS, D. y THORBURN, M. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 10-11.

³⁴ WALTERS, M., «The Unwritten Constitution as a Legal Concept», en: DYZENHAUS, D. y THORBURN, M. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 33.

por tanto, no por la regla de reconocimiento, sino por lo que Hart denominó las «reglas del cambio» —de tal manera que los procedimientos formales de reforma constitucional aparecen, bajo esta concepción, como la esencia de la Constitución jurídica³⁵—.

Por el contrario, el constitucionalismo jurídico presupone una concepción «circular» del Derecho, donde las normas jurídicas encuentran su autoridad dentro del orden jurídico a partir de los principios y valores fundamentales que sustentan dicho orden a modo de justificación³⁶. Las Constituciones «principalistas» (que contienen no solo reglas formales sino también derechos y principios morales sustantivos), al igual que los tratados internacionales de derechos humanos, son normas jurídicas cuya autoridad última no deriva exclusivamente de la autorización y el procedimiento de su producción, sino también directamente de los principios que dichas normas reconocen e identifican³⁷. Desde una concepción «circular» del Derecho, las reglas del cambio son formales únicamente en un sentido muy superficial: las disputas sobre este tipo de reglas son profundamente sustantivas, afectan a la naturaleza de la democracia y al papel que han de jugar en ella el Derecho y el imperio de la Ley³⁸. En los casos constitucionales difíciles, donde hay un desacuerdo razonable sobre los requerimientos constitucionales, los jueces no necesitan recurrir a valores normativos externos al Derecho para hacer reposar la autoridad constitucional; al contrario, pueden encontrar dicha autoridad en los valores normativos situados dentro del registro público de dicho orden. En palabras de Ronald Dworkin, para el constitucionalismo jurídico la «integridad» es el valor supremo del orden jurídico —es decir, la exigencia (para jueces y, en general, todo operador jurídico) de encontrar un modo de interpretar el Derecho que pueda entenderse como la expresión de una comunidad

³⁵ WALDRON, J., «Who Needs Rules of Recognition?», *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, New York University School of Law, 2009, pp. 18, 24.

³⁶ «Las teorías circulares de la autoridad no necesitan afrontar el problema del regreso al infinito. El derecho desde su perspectiva está imbuido dentro de una red de hilos interconectados de valor normativo que se curvan sobre sí mismos sin alcanzar nunca un fin. La imagen relevante de esta concepción no es un hilo sino una red de hilos formando un globo o esfera», WALTERS, M., «The Unwritten Constitution...», *op. cit.*, nota 34, pp. 33-34.

³⁷ KUMM, M., «The Best of Times and the Worst of Times. Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia», en DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2010b, p. 214.

³⁸ DYZENHAUS, D., «The Idea of a Constitution...», *op. cit.*, nota 33, p. 27.

política unificada³⁹—. Los principios que han de invocarse para interpretar/aplicar el Derecho son los principios constitucionales que legitiman el orden jurídico.

Ahora bien, la discusión no es tan enconada como pudiera parecer por lo dicho hasta ahora. Al fin y al cabo, la mayoría de los constitucionalistas políticos no se niegan a aceptar, por razones estrictamente contextuales y pragmáticas, la inclusión de una carta de derechos básicos dentro del orden jurídico, siempre que se reserve al legislador democrático la interpretación final de los mismos⁴⁰. Según estos autores, dicha inclusión no impide que la Constitución jurídica siga siendo esencialmente formal, puesto que se trata de añadir de manera puramente contingente una determinada carga sustantiva de moralidad política. Piensan que es posible y deseable (aunque solo sea como una segunda opción no ideal) una Constitución «principalista» en la que la definición y articulación de los derechos corresponde a los poderes electos, y donde el control de los jueces constitucionales se reduce (al menos en la medida de lo posible) al cumplimiento de las reglas formales del cambio⁴¹.

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

Como veremos, la posición que aquí defiendo —a la que denomino «*la legalidad como razón pública*»— pretende ocupar un lugar interme-

³⁹ DWORKIN, R., *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986, pp. 95-96.

⁴⁰ No obstante, esta concesión ha sido fruto de una evolución en el pensamiento de estos autores, quienes comenzaron rechazando cualquier tipo de control judicial de constitucionalidad.

⁴¹ La posición más clara y explícita en este sentido puede verse en CAMPBELL, T., «Parliamentary Review with a Democratic Charter of Rights», en: CAMPBELL, T. et al. (eds.), *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 453-471.

dio respecto a las dos formas típicas de constitucionalismo. Frente al constitucionalismo político, esta teoría pretende tomarse en serio el giro «normativo» de la Constitución. A raíz de la incorporación de los derechos y libertades en el sistema jurídico, se introducen un conjunto de «normas regulativas»⁴² que permiten supervisar y evaluar la corrección sustantiva de las leyes y decisiones públicas. A mi juicio, una teoría congruente del constitucionalismo democrático debe asumir e integrar adecuadamente esta carga sustantiva (mediante lo que denominaré una «deliberación restringida»).

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

Bajo este enfoque, el control judicial de constitucionalidad de las leyes no debilita la democracia; al contrario, refuerza la deliberación racional e incrementa la participación de los ciudadanos en la construcción del sistema jurídico. La capacidad para impugnar las disposiciones legislativas y actos administrativos se entiende, según esta concepción, como una parte importante de la participación de los ciudadanos en la producción de su Derecho. El contexto judicial es, en sí mismo, un foro de discusión en el que la legislación, fruto de por sí de la deliberación democrática, se somete a un proceso disciplinado de justificación pública. El derecho a participar en pie de igualdad en la producción del

⁴² RUIZ MANERO, J., «Una tipología de las normas constitucionales», en: AGUILÓ, J., ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 63-112.

Derecho encuentra aquí su equivalente «retrospectivo», es decir, cuando las leyes ya han entrado en vigor y deben someterse al test de la experiencia. Mediante el control judicial de constitucionalidad, los individuos pueden exigir a los legisladores (y, en general, a las autoridades públicas) que tomen sus decisiones sobre la base de razones que puedan ser aceptadas razonablemente por todas las partes implicadas, y no meramente a partir de la negociación de intereses predeterminados, donde la capacidad persuasiva de los argumentos se basa únicamente en el poder fáctico (económico, político o colectivo) de las partes.

Para esta concepción, el orden constitucional es un marco disciplinado de justificación pública. La declaración judicial de incompatibilidad de una norma jurídica, incluso aunque tenga que ir seguida de su aplicación al caso en cuestión, implica de por sí la necesidad de réplica por parte del legislador, o bien justificando mejor su proyecto y las limitaciones que produce en los derechos, o bien alterando dicho proyecto para que quepa en la determinación judicial de los derechos. Según esta concepción, la función de los jueces es servir de puente para la puesta en práctica de esa «interacción de orientaciones propositivas entre los ciudadanos y el gobierno»⁴³ que es el *rule of law*.

4. El paradigma constitucional y la teoría del Derecho

Hasta ahora he dado por supuesto que el tipo de sistema jurídico de un Estado constitucional supone un nuevo paradigma jurídico. Pero esta es una tesis controvertida. En realidad, cabe preguntarse: ¿qué repercusiones tiene el nuevo constitucionalismo de posguerra (y, en general, la incorporación de los derechos humanos en los sistemas jurídicos) en el estatus y la metodología de la teoría del Derecho? Más concretamente, ¿implica la superación del paradigma del positivismo jurídico o es, por el contrario, compatible con él? En este apartado discutiré tres posibles respuestas: la primera consiste en reconocer el fenómeno histórico de la constitucionalización de los sistemas jurídicos de posguerra, pero afirmando que se puede y se debe seguir manteniendo un positivismo jurídico metodológico; la segunda va un paso más allá, reconociendo que la transformación de los sistemas jurídicos

⁴³ FULLER, L., *The Morality of Law* (2.ª ed.), Yale University Press, New Haven, 1969, p. 204.

exige reformular el positivismo jurídico, haciéndolo «incluyente o axiológico»; y, por último, la tercera respuesta (que es la que respalda la teoría de la legalidad como razón pública), dicho fenómeno histórico supone el abandono del positivismo jurídico como enfoque teórico apropiado para dar cuenta de la práctica constitucional dominante en nuestros días.

La primera respuesta es la que defiende, entre otros, Paolo Comanducci. Para este autor, el supuesto «nuevo» paradigma jurídico no sería, desde un punto de vista teórico, «nada más que el positivismo jurídico de nuestros días»⁴⁴, es decir, la teoría que mejor da cuenta de aquellos rasgos que caracterizan la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Tales rasgos serían, a juicio de Comanducci, la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, la omnipresencia de la Constitución de principios y reglas, así como algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de las leyes⁴⁵. En definitiva, es la transformación en el objeto de estudio lo que hace que la teoría deba abandonar los rasgos típicos del positivismo jurídico del siglo XIX y principios del XX (estatalismo, legicentrismo y formalismo interpretativo).

Ahora bien, continúa Comanducci, si la supuesta descripción del Estado constitucional implica asimismo la asunción de su valor intrínseco, poniendo en un primer plano la garantía de los derechos fundamentales, entonces estaríamos hablando de un constitucionalismo «ideológico», que no sería sino «una nueva variante del positivismo ideológico». Al igual que este, el constitucionalismo como ideología presupone una conexión necesaria entre Derecho y moral, por lo que predica la obligación moral de obedecer las leyes siempre que sean conformes a la Constitución. Según el autor, esta ideología es peligrosa porque introduce la técnica de la «ponderación» y la interpretación «moral» de la Constitución, lo que trae consigo la disminución del grado de certeza del Derecho⁴⁶.

Por último, el autor habla de un constitucionalismo «metodológico» (representado por Alexy y Dworkin) que estaría en abierto contraste

⁴⁴ COMANDUCCI, P., «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», en: CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 88.

⁴⁵ *Ibid.*, 83.

⁴⁶ *Ibid.*, 91.

con el positivismo metodológico en la medida en que afirma «la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral»⁴⁷. Según esta tesis, cualquier decisión jurídica (y, en especial, la decisión judicial) está justificada si deriva, en último término, de una norma moral. Pero, según el autor, dicha tesis es falsa si la interpretamos como descriptiva (los jueces de los Estados constitucionales justifican sus decisiones ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales), o es una mera tautología si la comprendemos como teórica (puesto que, según el constitucionalismo, en el dominio práctico toda justificación última apela, «por definición», a una norma moral). Además, si nos preguntamos qué tipo de norma moral debería ser la que fundase o justificase las decisiones judiciales, nos topáramos, según el autor, con los problemas ontológicos y epistemológicos que genera la identificación de las normas morales verdaderas en un contexto de desacuerdo razonable. Dichos problemas hacen que la tesis del constitucionalismo metodológico sea o bien inútil (cuando las normas morales están ya incorporadas en la Constitución), o bien democráticamente deficitaria (recomendando a los jueces que decidan y justifiquen sus decisiones basándose, en última instancia, en una norma moral positiva).

La segunda respuesta estaría representada por dos teorías diferentes: el garantismo de Luigi Ferrajoli y Luis Prieto Sanchís, y el positivismo incluyente o axiológico de, entre otros, Herbert Hart. Según Ferrajoli, el constitucionalismo implica «una alteración interna del paradigma positivista clásico», por cuanto que supone «el sometimiento también de la ley a vínculos ya no solo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos»⁴⁸. La validez de las normas jurídicas, por tanto, no equivale a su vigencia efectiva, sino que existe una disociación interna al Derecho entre las normas realmente existentes y las que deberían existir conforme a los requerimientos sustantivos de la Constitución (produciéndose así antinomias y lagunas). Como ha señalado Prieto Sanchís, el constitucionalismo «rematerializado» o de los derechos «representa una traslación de los postulados de un cierto Derecho natural, concretamente del iusnaturalismo racionalista, secularizado y contractualista de los siglos XVII y XVIII»⁴⁹. El constitucionalis-

⁴⁷ *Ibid.*, 87.

⁴⁸ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, DE CABO, A. y PISARELLO, G. (eds.), Trotta, Madrid, 2001, pp. 53, 55.

⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...*, *op. cit.*, nota 13, p. 94.

mo actual supone, desde este enfoque, una ideología iusnaturalista que sustituye el anterior legalismo ideológico.

Como consecuencia, Ferrajoli afirma que la ciencia jurídica en el Estado constitucional es necesariamente «normativa». Según este autor, la «descripción» de la Constitución como contenedora de un conjunto de valores obliga al teórico jurídico a denunciar la divergencia entre tales valores y las disposiciones normativas del ordenamiento, exigiendo a los órganos competentes o bien la anulación o derogación de las disposiciones contrarias a la Constitución (poniendo fin a las antinomias) o bien la producción de normas exigidas por la Constitución (eliminando las lagunas). La aplicación real de la Constitución o el despliegue de su fuerza normativa depende de que la ciencia jurídica se aproxime a su objeto de estudio a partir de los principios normativos de plenitud y coherencia, es decir, los principios que permiten concebir el Derecho como un sistema⁵⁰.

Sin embargo, respecto al concepto mismo de Derecho, Ferrajoli y Prieto defienden la tesis positivista de la separación de Derecho y moral. Según estos autores, el Derecho se reduce a hechos sociales (tesis de las fuentes sociales del Derecho), por lo que no existe ninguna conexión necesaria entre Derecho y moral. La validez jurídica de los principios y derechos fundamentales no proviene de su contenido moral sustantivo, sino de su positivización por el poder productor de normas jurídicas. De ahí se deduce, según ellos, una tesis metodológica decisiva para el garantismo: el Derecho puede conocerse a partir de un punto de vista neutral o externo que no está comprometido con sus claves axiológicas. Para Ferrajoli y Prieto, esta última derivada metodológica es decisiva para mantener una perspectiva crítica respecto a los mandatos del Derecho. Según estos autores, el Derecho y su fuerza, aunque incorporen los derechos humanos, «son un mal, acaso un mal necesario, pero un mal al fin y al cabo, que conserva siempre un residuo de ilegitimidad y, por tanto, una necesidad de justificación ante una instancia superior, que es justamente la moral, siempre crítica y externa al Derecho positivo»⁵¹. Para esta posición, solo cabe afirmar la dimensión va-

⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 65, 75.

⁵¹ *Ibid.*, p. 74. En este mismo sentido, véase RAZ, J., *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 224. Según este autor, el imperio de la Ley es un «valor negativo» cuya única función consiste en minimizar el peligro de

lorativa o justificativa del Derecho cuando el contenido de las normas jurídicas es conforme a una moralidad sustantiva externa al Derecho que podemos considerar bien fundada.

El positivismo incluyente hartiano, seguido por autores como Wil Walluchow, Jules Coleman y, entre nosotros, José J. Moreso y Ángeles Ródenas, sostiene también la tesis de la separación entre Derecho y moral. Aunque estos autores reconocen (a diferencia del positivismo «excluyente») la existencia de principios en el Derecho, y la necesidad de recurrir al razonamiento moral para identificar el contenido del Derecho en los «casos difíciles», esta concepción afirma la tesis de la separación en el sentido de que tal moralidad solo se convierte en criterio de validez jurídica desde el momento en que así se acepta dentro de la regla de reconocimiento. De ahí que, a pesar de asumir la dimensión justificativa del Derecho, los positivistas incluyentes afirmen que son criterios finalmente formales los que deciden la consideración de tales principios como criterios sustantivos de validez jurídica, manteniendo así la tesis del convencionalismo (la tesis de las fuentes sociales) en la definición de la naturaleza y el contenido del Derecho. La moralidad incluida en el Derecho de una sociedad es, desde este enfoque, algo contingente que depende de un conjunto de hechos sociales, es decir, «de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad, que pueden ser descritos sin recurrir a la moralidad»⁵². De igual modo, la moralidad crítica que suponen los derechos humanos, y que otorga legitimidad al Derecho, es externa al Derecho; no sería más que el tipo de moralidad que una sociedad ha decidido incluir en su ordenamiento jurídico a través de unas reglas convencionales que pueden identificarse con independencia de la moralidad.

Antes de pasar a la tercera respuesta, y enlazando con lo que vimos en el apartado anterior, quisiera poner de relieve la convergencia entre el positivismo jurídico (en cualquiera de sus versiones) y el constitucionalismo político. Como es sabido, el Derecho tiene una doble dimensión de «facticidad» y «validez»; es el producto del poder y la contingencia, pero también reclama autoridad legítima (es decir, demanda obediencia). Pues bien, el positivismo jurídico pretende dar cuenta de

arbitrariedad que crea el Derecho mismo, es decir, el gobierno por medio del Derecho.

⁵² MORESO, J. J., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 185.

la autoridad del Derecho de un modo que no contradiga la tesis de la separación, lo cual supone disociar la validez del Derecho de su legitimidad o justificación. La validez, para el positivismo jurídico, proviene de la satisfacción de las reglas formales de un sistema, no de los valores o principios sustantivos que legitiman o justifican sus requerimientos. En los desarrollos teóricos de Kelsen o Hart, dichas reglas formales no constriñen el contenido de las normas. La legitimidad del Derecho es, para los positivistas, externa al Derecho; su valor justificativo depende no del estatus jurídico de las normas, sino de que sus contenidos normativos sean conformes a los reclamos de una moralidad sustantiva independiente. Y en este punto los positivistas convergen plenamente con el constitucionalismo político. Como vimos, esta concepción afirma que la esencia constitucional descansa en la deliberación democrática, por lo que, igual que para los positivistas jurídicos, el orden jurídico no tiene en sí mismo valor justificativo. Como señala Bellamy, el proceso democrático «no es tanto un modo de justificar sino un medio para legitimar decisiones a través de un proceso debido que reconoce por igual el derecho moral de todos los ciudadanos a ser considerados como razonadores autónomos»³³. Es decir, que aunque el proceso democrático legitime las normas jurídicas y la obligatoriedad de su cumplimiento, su justificación dependerá de que su contenido se ajuste a una moralidad externa al Derecho (moralidad sobre la que no podemos esperar, según este autor, ningún acuerdo entre razonadores autónomos).

La tercera respuesta (según la cual el paradigma constitucionalista supone el abandono o superación del positivismo jurídico) es, como ya señalé, la defendida por la teoría de la legalidad como razón pública (que veremos con más detenimiento en el capítulo IV). Esta respuesta puede articularse mediante tres tesis escalonadas: en primer lugar, la defensa de una concepción normativa del Derecho; en segundo lugar, la consideración del Derecho como un proceso social de toma de decisiones con fuerza vinculante; y, en tercer lugar, la conexión inherente entre la legalidad y el proceso democrático entendido como «sucedáneo» del discurso moral. La conclusión será una defensa de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral que hace que el Derecho sea siempre, al menos hasta cierto punto, legítimo.

³³ BELLAMY, R., *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 178.

La primera tesis de esta respuesta afirma que no puede seguir manteniéndose una concepción positivista del Derecho cuando se reconoce el carácter normativo de la teoría jurídica. La «nueva» práctica jurídica es consecuencia de la incorporación al sistema jurídico de los derechos humanos, lo cual implica en numerosas ocasiones la necesidad de argumentar moralmente para poder identificar qué dice el Derecho en cada caso. Como consecuencia, en la «nueva» concepción no hay posibilidad para una ciencia meramente descriptiva del Derecho, puesto que para determinar el contenido del Derecho se requiere adoptar el punto de vista interno dentro del orden constitucional, es decir, asumir como propios los valores de los derechos humanos. En esta tesis coinciden todos los autores «pospositivistas»: entre otros, Dworkin, Alexy, Garzón Valdés, Zagrebelsky, Atienza y Ruiz Manero. La concepción normativa del Derecho no solo exige abandonar la aspiración positivista de una descripción libre de valoraciones del sistema jurídico, sino también la comprensión positivista de las normas como directivas de conducta procedentes de actos de prescripción. Ambas rasgos definitorios del punto de vista positivista suponen «límites severos para la capacidad de las teorías positivistas del siglo xx de dar cuenta de aspectos capitales del razonamiento jurídico y también de lo involucrado en la actitud de aceptación de un orden jurídico constitucional»⁵⁴.

La segunda tesis supone dejar de ver el Derecho únicamente como un sistema de normas, y considerarlo principalmente como un proceso social por el que se toman decisiones con fuerza jurídica. En este punto coinciden los dos autores quizá más representativos del actual positivismo: Dworkin (para quien el Derecho es una práctica interpretativa en cuya definición juegan un papel esencial los fines y valores que se persiguen con la misma) y Alexy (quien considera el Derecho sobre todo como un sistema de procedimientos que el jurista teórico debe contribuir a desarrollar). Este enfoque del fenómeno jurídico va ligado al actual realce de la dimensión argumentativa del Derecho, como consecuencia lógica de la exigencia de justificación que caracteriza, como vimos, al Estado constitucional frente al Estado legislativo de Derecho.

⁵⁴ ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, 27, 2007, p. 23.

Sin embargo, la idea del Derecho como proceso social no es una tesis incompatible con el positivismo jurídico en su versión incluyente. Como ha señalado Manuel Atienza, «quienes no aceptan esta nueva concepción (no son autores “constitucionalistas”) no dejan por ello de reconocer la importancia de la argumentación en el Estado constitucional»⁵⁵. En cambio, la tercera y última tesis (es decir, la conexión entre legalidad y democracia) sí creo que resulta inasumible desde una posición que desee considerarse positivista. Exige, por una parte, ver la legalidad como un tipo de orden social basado en la moralidad, y, por otra, concebir la democracia como un «sucedáneo» del discurso moral. La primera parte tiene su representante más conocido en Fuller, mientras que la segunda ha sido desarrollada por Nino y Habermas.

Según Fuller, las restricciones que constriñen al poder de producir normas jurídicas (los principios de la legalidad) no son meramente instrumentales (como le reprocharon sus críticos positivistas), sino criterios morales o normativos. Para él, la idea de legalidad no se reduce a una serie de requisitos formales, sino que exige al poder tratar de satisfacer una «moralidad de aspiración»⁵⁶. El valor de la legalidad no solo está en función, por tanto, de la seguridad jurídica, sino también de la reciprocidad entre el legislador y el destinatario de la ley, la equidad procedimental y el respeto a las personas⁵⁷. Este segundo orden de valores se refuerza cuando el Derecho deja de concebirse como la transmisión unidireccional de mandatos desde la autoridad (mediante leyes), y se convierte en una empresa cooperativa entre el legislador y los ciudadanos en la que la judicatura juega un papel central a través del control de constitucionalidad (o de coherencia con los derechos y libertades) de las leyes y decisiones públicas.

Al mismo tiempo, la conexión entre la legalidad y la democracia requiere concebir el proceso democrático como algo más sustantivo que la mera regla de la mayoría. En este punto, el constructivismo ético de Nino realiza una aportación decisiva por cuanto que desarrolla la idea de que el acceso al contenido de la moralidad pública (aquella que rige

⁵⁵ ATIENZA, M., «Argumentación y Constitución», en: AGUILÓ, J., ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, p. 128.

⁵⁶ FULLER, L., *The Morality of Law*, *op. cit.*, nota 43, pp. 41-44.

⁵⁷ FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights* (2.^a ed.), Oxford University Press, Oxford, 1980, pp. 273-274.

la interacción entre el gobierno y los ciudadanos) no acontece mediante el razonamiento filosófico, sino a través de los procedimientos democráticos en los que el Derecho como legalidad juega un papel fundamental.

Frente al relativismo moral, Nino afirma (siguiendo a Rawls y Habermas) la existencia de una «estructura» ideal común al discurso moral⁵⁸. Es dicha estructura común la que daría lugar en diferentes contextos a diferentes contenidos morales sustantivos. A su vez, esta estructura del discurso moral sería inherente al proceso democrático cuando este es (o tiende razonablemente a ser) imparcial: es decir, cuando tiene suficiente integridad para justificar la reclamación de respeto a quienes no están de acuerdo con los resultados. Según Nino, dicha estructura «ideal» del discurso moral está conformada por los principios de participación y justificación: ambos principios son los que hacen posible que en un Estado constitucional las normas jurídicas sean el resultado de la deliberación de los ciudadanos sobre sus deseos y preferencias tratando de justificar públicamente lo que debe hacerse en nombre del bien común. En dicha deliberación los ciudadanos deben estar abiertos a cambiar sus concepciones sobre lo correcto a la luz de las razones vertidas por otros.

A mi modo de ver, las concepciones de Fuller y de Nino tratan de identificar los «principios de la legalidad» —es decir, los principios que incorporan las instituciones del Estado constitucional—. Estos principios garantizan un proceso democrático con la suficiente integridad para justificar sus resultados; en palabras de Nino, son los prerequisites que maximizan el valor epistémico del proceso democrático en la producción de normas jurídicas⁵⁹; o, en términos de Habermas, son los principios procedimentales que mejor se aproximan a las condiciones ideales del discurso moral, por lo que el contenido del Derecho en un Estado constitucional es la mejor aproximación a una moralidad pública bien fundada⁶⁰. Bajo esta concepción, los procedimientos democráticos inmanentes a la idea de legalidad son los que permiten a una co-

⁵⁸ NINO, C. S., *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 69-71.

⁵⁹ NINO, C. S., *La constitución de una democracia deliberativa*, op. cit., nota 20, p. 273.

⁶⁰ HABERMAS, J., *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso* (trad. M. Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998, pp. 168-169.