

La Institucionalización de la Contestación Socrática: El Paradigma Racionalista de los Derechos Humanos, la Autoridad Legítima y el Propósito de la Revisión Judicial

Mattias Kumm*

El debate en torno a la revisión judicial [*judicial review*] no ha acabado. En la última ronda de contribuciones a este debate clásico del constitucionalismo de post guerra, Jeremy Waldron¹ y Richard Bellamy² exponen, afilan y refinan antiguos argumentos contra la autoridad de tribunales de justicia para declarar nula la legislación debido a su supuesta violación de derechos humanos o constitucionales. En estas contribuciones que incluyen una evaluación y una reafirmación completa y sofisticada de los argumentos esgrimidos hasta ahora en el debate, las críticas fundamentales a la revisión judicial se centran en dos razones principales. La primera es que en democracias liberales razonablemente maduras no existe ninguna razón para suponer que los derechos se encuentran mejor protegidos por esta práctica de lo que lo estarían por legislaturas democráticas. En especial la naturaleza legalista del discurso judicial en materia de derechos, su énfasis en el texto, la historia, precedente, etc. tiende a distraer la atención de los problemas morales que son centrales en la validación moral de las demandas relativas a derechos siempre que distracciones legalistas no carguen el debate político. La segunda razón es que aparte del resultado generado, la revisión judicial es democráticamente ilegítima. La protección de derechos puede que sea una condición previa para la legitimidad de la ley, pero lo que estos derechos suponen en circunstancias concretas es probable que esté sujeto a un desacuerdo razonable entre ciudadanos. Ante esas circunstancias la idea de igualdad política requiere que los problemas de los derechos sean decididos también utilizando un proceso que prevea la responsabilidad electoral. Es improbable que los argumentos Waldron y Bellamy, como el debate sobre la revisión judicial más generalmente, resuenen de forma enérgica en Europa. En la mayor parte de las jurisdicciones europeas la cuestión acerca de si debería haber o no revisión judicial ha sido resuelta institucionalmente por el derecho positivo en la forma de compromisos legales

* Profesor de Derecho. New York University School of Law. Traducción de David Báez Seara. Doctorando en Derecho, Instituto Europeo Universitario e Investigador Asociado, University of Strathclyde.

¹ J. WALDRON, "The Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, 2006, pp. 1348-1406.

² R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, CUP, 2007; además de plantear cuestiones relacionadas con la revisión judicial, este libro también trata otras cuestiones constitucionales

constitucionales e internacionales.³ Sin embargo, estos desafíos proporcionan una ocasión única para reflexionar de un modo más profundo sobre la naturaleza de los derechos humanos y constitucionales según se han desarrollado en Europa y para preguntarse cuáles son sus virtudes específicas y cómo estas virtudes se refieren a la legitimidad de la ley en una democracia liberal. Como se pondrá de manifiesto, la práctica europea de los derechos humanos y constitucionales proporciona buenas razones para pensar de nuevo sobre la naturaleza de esos derechos, la relación entre derechos, democracia, y las instituciones que intentan reflejar y conseguir estos compromisos.

Sostendré que Waldron y Bellamy abordan la clase correcta de preocupaciones, sin embargo sus conclusiones son incorrectas. Primero, es probable que los resultados mejoren con la revisión judicial. Este ensayo defiende la sabiduría convencional contra la distorsión legalista, pero lo hace centrándose específicamente en características de la práctica Europea de los derechos humanos y constitucionales. En la práctica contemporánea europea de los derechos humanos y constitucionales las distorsiones legalistas que Waldron describe desempeñan un papel mínimo. En Europa domina lo que califico como paradigma racionalista de derechos humanos (en adelante: PRDH). En tal paradigma la prueba de proporcionalidad en cuatro fases permite a los tribunales el desarrollo explícito de todos los argumentos morales y pragmáticos pertinentes, sin el tipo de orientación y obstáculo legalista que de otro modo caracteriza el razonamiento jurídico. Además, cuando los jueces hacen esto, no están generalmente dedicados a un ejercicio teórico sofisticado y complejo, sino a un proceso relativamente ordinario de evaluación racional. Este proceso es capaz de identificar una gama amplia de patologías políticas bastante comunes incluso en democracias maduras. En la descripción del PRDH, este ensayo resalta algunas características estructurales centrales de la práctica europea de los derechos humanos, distinguiéndola de este modo del contexto de los Estados Unidos de América, al cual Waldron y mucho del pensamiento más sofisticado sobre la revisión judicial se refieren.

En segundo lugar, aunque el PRDH no proporcione mucho en términos de obligación legal y orientación autoritativa para los tribunales que analizan demandas relacionadas con derechos humanos y constitucionales, esto no confirma que exista el problema de legitimidad

³ Esto es una generalización. En el Reino Unido, al igual que en la mayoría de los países escandinavos, el papel de los tribunales al decidir cuestiones de índole constitucional es limitado y por lo tanto los debates acerca de la revisión judicial no están decididos a favor de ésta de antemano.

que los escépticos quieren hacernos ver, sino todo lo contrario. Bajo las circunstancias razonablemente favorables de una democracia liberal madura, la revisión judicial es un complemento necesario a la toma de decisiones democráticamente responsable. Tanto la revisión judicial de la legislación como la responsabilidad electoral del legislador ofrecen una expresión institucional a compromisos co-originales e igualmente básicos del constitucionalismo liberal-democrático. Ambos son pilares centrales de la legitimidad constitucional. La revisión judicial merece ser defendida no sólo en base a razones pragmáticas unidas a la consecución de mejores resultados, sino también en base a principio.

Lo fundamental en cualquier argumento positivo sobre la revisión judicial debe ser una teoría acerca del propósito de tal práctica. Esta teoría debe ajustarse a la práctica que pretende defender y articular lo que ésta tiene de atractivo.⁴ Una teoría puede fallar porque no conecta de forma significativa con la práctica real o porque no la muestra de forma atractiva. La abundante literatura en materia de revisión judicial generada por académicos de nacionalidad norteamericana⁵ y que aborda generalmente la práctica constitucional de EE.UU. no captura algunas características centrales de la práctica constitucional europea.⁶ No se ajusta a la práctica y por lo tanto hace poco por iluminarla. Más específicamente ninguna de esa literatura captura las características estructurales distintas centrales del PRDH. Por otra parte los académicos dedicados al derecho comparado o al derecho constitucional europeo y que están más adaptados a las características de base del PRDH⁷ que domina la práctica europea, no han desarrollado teorías persuasivas de por que tal práctica debería considerarse como atractiva. Este ensayo es una tentativa de proporcionar una estructura descarnada de dicha teoría. Puede solamente presentar el argumento de una manera precipitada y subdesarrollada y no pretende hacer justicia al rico conjunto de cuestiones con las que se topará y a la considerable literatura que intenta darle respuesta.

⁴ Esta metodología es similar a la que **R. DWORKIN** describe en *Law's Empire*, 1986. Esta aproximación no solo nos muestra la práctica judicial de la mejor manera posible sino que también articula un estándar normativo e través del cual aspectos específicos de la práctica pueden ser criticados.

⁵ Las contribuciones incluyen: **A. BICKEL**, *The least Dangerous Branch*, 1969; **J.H. ELY**, *Democracy and Distrust*, 1981; **R. BORK and R. DWORKIN**, *Freedom's Laws*, HUP, 1996; **C. EISGRUBER**, *Constitutional Self-Government*, HUP, 2001; **L. SAGER**, *Justice in Plainclothes*, YUP, 2004; **L. KRAMER**, *The People Themselves*, OUP, 2004; **M. TUSHNET**, *Taking the Constitution Away from the Court*, Princeton University Press, 1999.

⁶ **D. BEATTY**, *Ultimate Rule of Law*, OUP, 2004, Ch. 1.

⁷ **R. ALEXY**, *A Theory of Constitutional Rights*, OUP, 2002; **D. BEATTY**, *Ultimate Rule of Law*, OUP, 2004.

El propósito de la revisión judicial, argumentaré, es institucionalizar legalmente una práctica de contestación socrática. La contestación socrática hace referencia a la práctica de controlar críticamente a las autoridades para evaluar si los argumentos empleados por éstas están basados en buenas razones. Esta práctica, descrita claramente en los diálogos platónicos de la primera época,⁸ llevó a la comprensible frustración de muchas de las autoridades cuyos argumentos Sócrates escudriñó hasta encontrar sus errores. Esto llevó al Sócrates histórico a ser encerrado y condenado a muerte por cuestionar a los dioses y por corromper a la juventud comunitaria de la Atenas democrática. La adjudicación en materia de derechos humanos y constitucionales, tal como se ha desarrollado en gran parte de Europa, es una forma de contestación socrática legalmente institucionalizada. Cuando los individuos basan sus demandas en derechos humanos o constitucionales, están reclutando a los tribunales de justicia para que éstos controlen críticamente a los poderes públicos y así evaluar si sus actos y las cargas que imponen en los demandantes son susceptibles de una justificación plausible. El Sócrates que Platón describe en sus primeros diálogos tiene razón al reivindicar un lugar de honor en la Polis ateniense democrática. Contrariamente, los ciudadanos en Europa tienen razón al institucionalizar legalmente una práctica de contestación socrática diseñada como un modo de prueba que cualquier acto emanado de los poderes públicos debe superar. La contestación socrática institucionalizada legalmente es deseable, porque tiende a mejorar resultados y porque expresa un compromiso liberal fundamental sobre las condiciones que han cumplirse para que el derecho sea legítimo.

La primera parte del ensayo resaltaré las características estructurales principales del PRDH que influencia mucha de la práctica europea en derechos humanos y constitucionales. La segunda parte sostendrá que el propósito de institucionalizar una práctica de derechos humanos y constitucionales con esta estructura es el establecer legalmente una práctica de contestación socrática. La contestación socrática es una práctica adecuada para abordar una gama amplia de patologías ordinarias del proceso político y además tiende a mejorar resultados filtrando hacia fuera actos que no puedan ser plausiblemente justificados en estos términos. La contestación socrática da expresión institucional a la idea de que toda autoridad legítima debe de estar basada en razones públicas, es decir, en motivos justificables por terceras personas a través de argumentos que éstos son razonablemente capaces de aceptar.⁹

⁸ Aquí sigo a Gregory Vlastos. Ver: **G. VLASTOS**, *Socrates: Ironist and Moral Philosopher*, CUP, 1991, p. 46.

⁹ Esta formulación es diferente de la que Scanlon utiliza para ilustrar los elementos básicos de la concepción contractual y liberal de la justicia, requiriéndose “justificación hacia los otros en base a que éstos no pueden

La tercera parte analiza cómo un tal concepto de derechos conecta con las teorías clásicas de derechos, con la relación entre derecho y democracia, y con la legitimidad de la revisión judicial. Sostendré que tanto la idea de la política electoral competitiva basada en el derecho al voto como la práctica jurídica de contestación socrática son compromisos institucionales básicos complementarios de un constitucionalismo democrático liberal, cuya legitimidad no gira exclusivamente en torno a argumentos finalistas. Una democracia liberal sin el mecanismo de la revisión judicial sería incompleta y deficiente. La parte final contendrá una hipótesis provisional acerca del porqué del abundante debate sobre la dificultad contra-mayoritaria y la revisión judicial, y de los motivos de la casi ausencia de debate en torno a la dificultad mayoritaria. Ha sido solamente en la Europa de los últimos cincuenta años que la tradición constitucional democrática liberal ha comenzado gradualmente a emanciparse del autoritarismo colectivista y a menudo nacionalista, tendencias que, bajo la forma de teorías constitucionales de la democracia como el autogobierno colectivo, continúan influenciando a una gran parte del pensamiento constitucional en la edad del Estado-Nación. La sombra de Hobbes sigue alargándose sobre mucha de la teoría constitucional contemporánea.

I. El paradigma racionalista de derechos humanos

La práctica de los derechos humanos y constitucionales en Europa no es, en gran parte, legalista sino racionalista. Se centra de forma general no en la interpretación de la autoridad legal, sino en la justificación de los actos de los poderes públicos en términos de razón pública. Los argumentos relativos a textos legales, a la historia, a los precedentes, etc. desempeñan un papel relativamente modesto en la práctica europea. En cambio el centro operativo de su desafío es la prueba de proporcionalidad (1). Esta prueba, sin embargo, proporciona poco más que una lista de control de los criterios que son individualmente necesarios y colectivamente suficientes y que necesitan ser cumplidos por las autoridades públicas para que su comportamiento pueda ser justificado en términos de razón pública. Esto es, proporciona una estructura para la evaluación de las razones públicas (2). Además la gama de intereses que disfrutan de protección *prima facie* como derecho humano o constitucional no es generalmente concreta y limitada, sino expansiva. Tanto el Tribunal Constitucional

rechazarla razonablemente”; ver: **T.M. SCALON**, *What We Owe to Each Other*, HUP, 1998. La diferencia entre estas formulaciones es la diferencia entre una formulación que pretende establecer criterios de justicia y una formulación que pretende crear criterios de legitimidad. Pese a que esta es una cuestión de importancia, no la podemos abordar aquí. Como argumentaré más adelante en este ensayo, la revisión judicial está preocupada por la legitimidad y no por la justicia.

Alemania como el Tribunal de Justicia Europeo, por poner un ejemplo, reconocen un derecho general a la libertad y un derecho general a la igualdad. Esto significa que sobre cualquier acto que infrinja los intereses de los individuos el reto de los derechos humanos y constitucionales hace que necesiten ser justificados en términos de razón pública (3).

(1) Es cierto que no todos los derechos humanos o constitucionales enumerados en documentos jurídicos requieren la prueba de proporcionalidad o cualquier otra discusión sobre límites. Los catálogos de derechos contenidos en constituciones nacionales y en los documentos internacionales de derechos humanos incluyen normas que tienen un categórico simple, y una estructura tipo regla. Pueden estipular cosas tales como: “la pena de muerte queda abolida; cada ciudadano tiene el derecho a ser oído por un juez en el plazo de 24 horas después de su detención”. La mayor parte de las normas específicas de esta clase se comprenden mejor como determinaciones autoritativas hechas por el legislador constitucional acerca de cómo las consideraciones morales y políticas de primer orden se ejercen en las circunstancias definidas por la regla. A pesar de los problemas interpretativos que pueden surgir en los márgenes, la aplicación judicial de tales normas no está sujeta a la prueba de proporcionalidad o a cualquier otra discusión significativa de tipo moral.

Pero en el centro de la práctica moderna de derechos humanos y constitucionales se encuentran derechos de una diversa clase. Las constituciones modernas establecen requisitos abstractos tales como un derecho a la libertad de expresión, a la libertad de asociación, a libertad religiosa, *etc.* Estos derechos, no tienen la misma estructura que los derechos específicos enumerados anteriormente. Obviamente deben existir limitaciones a tales derechos. No existe ningún derecho a gritar ‘fuego’ en un cine abarrotado de espectadores u a organizar una manifestación espontánea de masas en el medio de los Campos Elíseos durante la hora punta. Pero cómo deberían ser determinados estos límites?

En parte los textos constitucionales proporcionan otras perspectivas de cómo tales límites deberían concebirse. Como cuestión de arquitectura textual es útil distinguir entre tres diversos planteamientos acerca de los límites de derechos.

El primer planteamiento textual no expresa nada en absoluto sobre los límites. En los Estados Unidos la 1ª enmienda, por ejemplo, simplemente afirma que “el congreso no

promulgará ninguna ley [...] limitando la libertad de expresión [...] (o) el libre ejercicio de la religión”.¹⁰ Sigue siendo una característica única de la cultura constitucional de los EE.UU. el insistir en una definición ‘estrecha’ o concreta de los derechos constitucionales, de modo que éstos no encuentran prácticamente excepciones.¹¹

El segundo planteamiento es característico de los tratados de derechos humanos y de las constituciones que se decretaron tras la segunda guerra mundial. Las codificaciones de derechos llevadas a cabo durante este periodo se caracterizan por una bifurcación en el planteamiento. La primera parte de la disposición define el alcance del derecho. La segunda parte describe los límites de los derechos definiendo las condiciones bajo las cuales la infracción del derecho está justificada. El Artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, establece:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión.

El ejercicio de estas libertades [...] podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública”.

De manera similar el artículo 2 I de la Ley Fundamental Alemana establece:

“Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, con los límites de la no infracción en los derechos de terceros, la no ofensa del orden constitucional o la moralidad pública”.

La primera parte define el alcance de los intereses que han de protegerse: todos aquellos intereses que se refieren respectivamente a la “libertad de expresión” o al “libre desarrollo de la personalidad”. La segunda parte establece las condiciones bajo las cuales las infracciones de estos intereses pueden justificarse: “restricciones [...] necesarias en una sociedad democrática en interés de” y cuando las limitaciones sirven a la protección de los derechos de terceros, del orden constitucional o de la moralidad pública. El primer paso del

¹⁰ Quizás por razones relacionadas con la estructura del texto constitucional, en los EE.UU. existe la percepción de que los tribunales encargados de la implementación de las disposiciones constitucionales deben tomar éstas como simples referencias a un conjunto más específico de reglas establecidas bien por el legislador constitucional o que por el contrario reflejan un consenso histórico por parte de la comunidad política. Si los tribunales son incapaces de encontrar este tipo de reglas jurídicas, entonces el legislador tiene plena libertad para legislar como le plazca.

¹¹ **F. SCHAUER**, “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, in **G. NOLTE**, *European and Us Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005; ver también: **C. FRIED**, *Rights and Wrongs*, OUP, 1978.

análisis constitucional consiste típicamente en determinar si un acto infringe al ámbito de un derecho. Si así ocurre existe entonces una violación *prima facie* del este derecho. El segundo paso consiste en determinar si esa infracción puede justificarse bajo la cláusula de las limitaciones. Solamente si no se puede justificar existe una violación definitiva del derecho.

Aunque el término de ‘proporcionalidad’ no se utiliza de manera general en cláusulas constitucionales de limitación de derechos promulgados inmediatamente después de la II guerra mundial, con el paso del tiempo los tribunales han prácticamente interpretado uniformemente esta clase de cláusulas de limitación como cláusulas que requieren un análisis de proporcionalidad. Además del requisito de legalidad -cualquier limitación sufrida por el individuo debe ser prescrita por la ley- el requisito de proporcionalidad yace en el corazón mismo de la determinación de si la infracción en el ámbito de un derecho está o no justificada.

Finalmente codificaciones de derechos más recientes reconocen este desarrollo y han frecuentemente substituido las cláusulas específicas de limitación de derechos por una cláusula general de limitación por defecto.¹²

Así el artículo II-112 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales recientemente negociada establece:

“Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de proteger los derechos y las libertades de los demás”.

(2) La conexión entre derechos y el análisis de proporcionalidad ha sido analizada a fondo por Robert Alexy.¹³ Según Alexy los derechos abstractos característicamente enumerados en catálogos constitucionales son principios. Los principios, en la manera

¹² La Carta de Derechos Canadiense prescribe su Sección 1 que los derechos pueden estar sujetos a “los límites racionales prescritos por el derecho siempre que se puedan ser demostrablemente justificados en una sociedad libre y democrática”. La Sección 36 de la Constitución de África del Sur afirma que los derechos podrán ser limitados a través de “una ley de aplicación general siempre que los límites sean razonables y justificables en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, en la igualdad y la libertad, teniendo en cuenta todos los factores relevantes, incluyendo: (a) la naturaleza del derecho; (b) la importancia del propósito de la limitación; (c) la naturaleza y extensión de la limitación; (d) la relación entre limitación y propósito; (e) los medios menos restrictivos para conseguir tal propósito”.

¹³ **R. ALEXY**, *A Theory of Constitutional Rights*, OUP, 2002. Las páginas siguientes se basan en: **M. KUMM**, “Constitutional Rights as Principles: On the structure and domain of constitutional justice”, *ICON*, 2004, pp. 574-596.

concebida por Alexy, requieren la realización de algo en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las preocupaciones compensatorias. Los principios son estructuralmente equivalentes a valores. Las declaraciones del valor pueden reformularse como declaraciones de principio y viceversa. Podemos decir que la intimidad es un valor o que la intimidad es un principio. Decir que algo es un valor todavía no expresa nada sobre la prioridad relativa de ese valor sobre otro, ya sea de forma abstracta o en un contexto específico. Las declaraciones del principio, expresan un “deber ser ideal” y como declaraciones de valor no se encuentran todavía, en palabras de Alexy, “relacionadas a posibilidades del mundo efectivo y normativo”. La prueba de proporcionalidad es el medio por el cual los valores se relacionan con las posibilidades del mundo normativo y efectivo. Siempre que hay un conflicto entre un principio y preocupaciones compensatorias, la prueba de proporcionalidad proporciona los criterios para determinar qué preocupaciones toman la precedencia dadas las circunstancias. La prueba de proporcionalidad proporciona una estructura analítica para evaluar si los límites impuestos a la realización de un principio en un contexto particular están justificados.

La prueba de proporcionalidad no es únicamente una herramienta pragmática que ayuda a proporcionar una estructura doctrinal para el análisis legal. Si los derechos como principios son declaraciones de valor, la estructura de proporcionalidad establece un marco analítico para evaluar las condiciones necesarias y suficientes bajo las cuales un derecho adquiere precedencia sobre consideraciones competentes como una cuestión de moralidad pública de primer orden. El razonar sobre derechos significa razonar sobre cómo un valor particular se relaciona a las exigencias de las circunstancias. El razonar sobre derechos requiere por tanto un razonar práctico general.¹⁴

Un ejemplo - extraído del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante: TEDH) ilustra cómo el análisis de proporcionalidad opera ante demandas sobre derechos.

En *Lustig-Prean y Beckett v. el Reino Unido*¹⁵ los solicitantes se quejaron de que las investigaciones sobre su orientación sexual y su expulsión de la marina real en base a su

¹⁴ Si el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico [cf **R. ALEXY**, *A Theory of Legal Argumentation*, Clarendon, 1989] el razonamiento acerca de derechos como principios es un caso especial de razonamiento jurídico que se aproxima al razonamiento práctico general sin las características especiales que caracterizan al razonamiento jurídico.

¹⁵ **E.C.H.R.**, *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom*, 27 Sept. 1999.

homosexualidad infringía el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante: CEDH). Art. 8 establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Puesto que el gobierno admitió que habían existido injerencias con el derecho de los solicitantes al respeto de su vida privada -había existido una violación a *prima facie*- la única cuestión era si las injerencias estaban justificadas o si la injerencia dio lugar, no simplemente a una violación *prima facie*, sino también a una violación definitiva de ese derecho. Las acciones del gobierno eran acordes con las leyes nacionales y con el derecho comunitario aplicable y cumplieron por lo tanto el requisito de ser “acordes con la ley”. La cuestión era si la ley que autorizaba dichas acciones podía ser calificada como “necesaria en una sociedad democrática”. El Tribunal interpretó ese requisito como la estipulación de una prueba de proporcionalidad. Lo que sigue es un relato reconstruido y resumido del razonar del Tribunal.

La primera cuestión tratada por el Tribunal fue la de la existencia de un “objetivo legítimo”. Este requisito es relativamente fácil de satisfacer en casos donde la disposición constitucional no limite específicamente el tipo de objetivos que se consideran como legítimos a la hora de justificar una interferencia con un derecho específico. En este caso la disposición constitucional limita la clase de objetivos considerados como legítimos para la justificación de una infracción de la intimidad. Aquí el Reino Unido alegó el mantenimiento de la moral, el poder de lucha [*fighting power*] y la eficacia operativa de las fuerzas armadas - un propósito claramente relacionado con la seguridad nacional- como justificación para prohibir el servicio de homosexuales en sus fuerzas armadas.

La siguiente cuestión es el establecer si el rechazo al servicio de los homosexuales en las fuerzas armadas es un *medio conveniente de fomentar el objetivo político legítimo*. Esta es una cuestión empírica. Un medio es conveniente si realmente fomenta el objetivo político declarado del gobierno. En este caso un estudio encargado por el gobierno había mostrado

que existirían problemas de integración en el sistema militar si los homosexuales declarados querían servir en el ejército. Aunque el Tribunal se mantenía escéptico por lo que se refiere a la severidad de estos supuestos problemas, aceptó que existirían dificultades de integración si se permitiese que los homosexuales desempeñaran servicios en las fuerzas armadas. Teniendo esto en cuenta, no existían dudas de que como cuestión empírica estos problemas se atenuarían perceptiblemente o se eliminarían completamente excluyendo a homosexuales de las fuerzas armadas.

Una cuestión más difícil a determinar es si la prohibición de que los homosexuales desempeñen servicios en las fuerzas armadas es o no necesaria. *Una medida es necesaria solamente si no hay ninguna medida menos restrictiva e igualmente efectiva disponible para lograr el objetivo político previsto.* Esta prueba incorpora, y a su vez va más allá, del requisito conocido por los constitucionalistas de EE.UU. de que hay que adaptar de forma concreta una medida hacia la realización de los objetivos políticos respectivos. El requerimiento de “medida necesaria” incorpora al mismo tiempo el requisito de la “adaptación concreta” ya que si en un determinado caso falta éste último requisito también faltará el requisito de “necesidad”. Este va más de la “adaptación concreta” porque permite la consideración de medios alternativos, en vez de solo insistir en el refuerzo y la limitación de los medios elegidos para abordar el problema. En este caso la cuestión que se planteó era si un código de conducta apoyado en medidas disciplinarias, lo que ciertamente supone una medida menos intrusiva que una prohibición general, podría considerarse como igualmente efectivo. En definitiva, el Tribunal sostuvo que aunque un código de conducta apoyado por las medidas disciplinarias podría abordar los problemas de integración, el gobierno tenía razones plausibles para creer que esta medida no es una alternativa igualmente efectiva a la prohibición general.

Finalmente el tribunal tuvo que evaluar si la medida era proporcional en sentido estricto, aplicando la llamada prueba de la ponderación. La prueba de la ponderación implica la aplicación de lo que Alexy llama la “ley de la ponderación”: “cuanto mayor el grado de no satisfacción de, o detrimento de, un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro”.¹⁶

¹⁶ Alexy ilustra la Ley de Ponderación mediante el uso de curvas de indiferencia, una herramienta utilizada por los economistas para representar la relación de sustitución entre intereses. Además esta herramienta es útil para a

La cuestión decisiva en el caso de los soldados homosexuales expulsados de las fuerzas armadas británicas es si el aumento en la moral, la fuerza de lucha y la eficacia operativa lograda privando a éstos del servicio en las fuerzas armadas justifica el grado de interferencia en la intimidad de los demandantes, o si por contra esto es desproporcionado. Por una parte el tribunal invocó la seriedad de la infracción en el derecho a la intimidad de los soldados dado que la orientación sexual se refiere al aspecto más íntimo de la vida privada de los individuos. Por otra parte se estimó que sin tales políticas las molestias que podrían causarse en las fuerzas armadas eran relativamente pequeñas. El Tribunal señaló las experiencias en otros ejércitos europeos que habían abierto recientemente las fuerzas armadas a los homosexuales, la cooperación acertada del ejército británico con unidades aliadas de la OTAN que incluyeron homosexuales, la disponibilidad de códigos de conducta y medidas disciplinarias para prevenir la conducta inoportuna, así como la experiencia con la admisión acertada de mujeres y minorías raciales en las fuerzas armadas. En la balanza las medidas británicas fueron consideradas suficientemente desproporcionadas como para poder ser incluidas dentro del margen de apreciación del gobierno y por lo tanto el TEDH sostuvo que el Reino Unido violó el Artículo 8 del CEDH.

El ejemplo ilustra dos características del razonamiento en base a derechos. Primero, el titular de un derecho no tiene demasiado en virtud de poseer ese derecho. Más específicamente, el hecho de que el titular de derechos tenga, *prima facie*, un derecho no implica que ostente una posición que le otorgue prioridad sobre consideraciones compensatorias de índole política. La infracción al ámbito de un derecho sirve simplemente de punto de partida para iniciar una evaluación acerca de si la infracción está o no justificada. Pero el hecho de que los derechos no sean en este sentido “ganancias” no significa que no proporcionen ninguna protección efectiva. El ejemplo demuestra que en la práctica, incluso sin esa prioridad, los derechos pueden ser armas formidables. La segunda característica del razonamiento en base a derechos es su naturaleza cambiante. Puesto que comparativamente poco se decide reconociendo que una medida infringe un derecho, la atención adjudicativa se encontrará entonces en las razones que justifican la infracción. Además, la estructura en cuatro fases de la prueba de proporcionalidad otorga poco más que una lista de control para la evaluación de las condiciones individualmente necesarias y colectivamente suficientes que

la hora de ilustrar las analogías que existen entre la ley de ponderación y la ley de disminución de la utilidad marginal.

han de determinar si las razones otorgadas para la justificación de la infracción de un derecho son, dadas las circunstancias, buenas razones. La evaluación de la justificación de las infracciones de derechos es en gran parte, por lo menos en los muchos casos donde la Constitución no proporciona ninguna otra orientación específica, un ejercicio de razonamiento práctico estructurado sin muchas de las particularidades que caracterizan al razonamiento jurídico. Conforme a este modelo, el razonamiento a partir de derechos comparte características estructurales importantes con la evaluación política racional.¹⁷ *La prueba de proporcionalidad pone simplemente disposición a una estructura para la justificación de un acto en términos de razón pública.*

(3) Si se conciben los derechos de esta manera entonces será posible explicar otra característica de los derechos humanos y constitucionales contemporáneos. Si lo único que se tienen en virtud de ser titular de un derecho es una posición cuya fuerza en cualquier contexto particular se encuentra determinada por el análisis de proporcionalidad, no existen razones obvias para definir concretamente como derecho unos supuestos intereses. No deberían entonces todos los actos efectuados por los poderes públicos y que tengan incidencia sobre los individuos cumplir el requisito de proporcionalidad? No pone a disposición la prueba de proporcionalidad una evaluación de propósito general para asegurarse de que las instituciones públicas toman seriamente los intereses de los individuos y que actúan en base a buenas razones? Una de las características más notables de una práctica jurídica conforme a los criterios de proporcionalidad es su notable alcance. Los intereses protegidos no están restringidos al catálogo clásico de derechos tales como libertad de discurso, asociación, religión e intimidad estrechamente concebidos. En cambio debido a la amplitud del análisis de proporcionalidad hay una tendencia a incluir todas las clases de intereses de “libertad de” en el ámbito de intereses que disfrutan *prima facie* de protección como derecho. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por ejemplo, reconoce el derecho al libre desempeño de una profesión como parte de la herencia constitucional común de los Estados miembros de la Unión Europea, permitiendo por tanto someter una cantidad considerable de regulación

¹⁷ Esto no significa que las dos sean idénticas. Existen al menos cuatro diferencias entre un análisis sustantivo de derechos y un análisis de política general. Primero, los tribunales no generan ni evalúan diferentes propuestas políticas, sino que simplemente estudian si las opciones escogidas por otros actores institucionales están justificadas. Segundo, solo analizan el mérito de estas opciones si afectan al ámbito de un derecho. Tercero, las reglas constitucionales específicas que limitan derechos constitucionales o precedentes judiciales que establecen reglas que establecen relaciones condicionales e preferencia son frecuentes. Cuarto, el análisis de proporcionalidad permite que cierto ámbito de deferencia pueda ser acordado con otros actores institucionales. El TEDH se refiere a esto con el nombre de “margen de apreciación”.

social y económica al análisis de proporcionalidad. El TEDH ha optado por entender de forma expansiva el derecho a la intimidad garantizado en virtud del artículo 8 CEDH y el Tribunal Constitucional Alemán considera que cualquier tipo de interés de “libertad de” debe gozar de protección *prima facie*. En Alemania el derecho al libre desarrollo de la personalidad es interpretado como un derecho general de “libertad de” entendido como el derecho a hacer o no lo que a uno le parezca oportuno. El Tribunal Constitucional Alemán ha aludido a este derecho para incluir bajo de ámbito de su protección cosas tan mundanas como el derecho a montar caballos en bosques públicos, alimentar palomas en las plazas públicas o el derecho a criar una raza particular de perros. De esta manera se utiliza el lenguaje de los derechos humanos y constitucionales para analizar a través de la prueba de proporcionalidad, y por extensión de la prueba de la razón pública, prácticamente todos los actos de los poderes públicos que afectan a los intereses de los individuos.¹⁸

II. El propósito de los derechos: La institucionalización legal de la contestación socrática

Cuál es el propósito de autorizar a los tribunales a adjudicar sobre cualquier problema político una vez planteado como problema de derechos en el PRDH?

(1) Las dudas en torno a la erudición de la revisión judicial comparte muchas características estructurales con la dudas en torno a la erudición socrática, a medida que llega a ser evidente en los primeros diálogos de Platón. La clase de argumentos que se ofrecen para justificar el papel de los tribunales constitucionales en la vida pública son *prima facie* tan inseguros como los argumentos realizados por y a favor de Sócrates para justificar su modo de vida en el que forzaba a la elite ateniense a debatir en torno a las cuestiones fundamentales sobre la justicia y la vida correcta.

Este problema no se resuelve sino que se agudiza cuando se menciona a la autoridad: en el caso de Sócrates el oráculo de Delfos le comunica que él es el hombre más sabio de su tiempo.¹⁹ De forma similar, el derecho constitucional y la legislación europea en derechos

¹⁸ En relación al argumento de que la jurisprudencia acerca de Derechos Humanos y Constitucionales del TJE se ajusta al PRDH, ver: M. KUMM, “Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the Human Rights Paradigm”, en: M. MADURO and L. AZOULAI, *The Past and the Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Treaty of Rome*, Hart [próxima aparición].

¹⁹ PLATÓN, *Apología*, 21a.

humanos han autoritativamente establecido tribunales con la tarea de servir como árbitros definitivos en cuestiones relativas a los derechos humanos y constitucionales, probablemente creyendo que los tribunales se encuentran más capacitados que cualquier otro órgano o persona para llevar a cabo esta tarea. Pero el problema permanece. Cómo pueden estas autoridades tener razón? Tiene esto algún sentido? El problema pues sigue existiendo. Sócrates, un artesano, niega que él tenga algún conocimiento especial sobre la justicia o sobre cualquier otra cosa. No es y no propugna ser la clase de filósofo-rey que Platón describiera como el estadista ideal de la República.²⁰ De hecho insiste en que la única cosa que sabe es que no sabe nada. De manera similar un tribunal constitucional o a un tribunal de derechos humanos, compuesto por juristas adecuadamente formados, no acredita generalmente el tener un conocimiento especial sobre lo que la justicia requiere y los jueces constitucionales rechazan ampliamente la idea de se concebirse a sí mismos como filósofos-reyes,²¹ teniendo así en cuenta su propia ineptitud. Lo única cosa que los jueces pueden decir es que conocen es la ley. Irónicamente esto es lo mismo que decir que no saben nada, porque en el PRDH, la ley -comprendida como la suma de normas autoritativamente establecidas que dirigen y limitan la adjudicación- generalmente proporciona muy poca orientación para la resolución de demandas concretas de derechos. Al igual que no hay ninguna razón para creer que un hombre de origen y posición humildes como Sócrates es el hombre más sabio, no parece existir ninguna razón para creer que los tribunales y los juristas que lo componen son los árbitros en cuestiones relativas a derechos, revisando además las decisiones tomadas por órganos políticos democráticos.

Pero quizás la sabiduría específica de Sócrates y de los jueces constitucionales reside no en lo que saben sobre teorías de la justicia o de la política, sino en las cuestiones que saben preguntar a otros que tienen, por lo menos *prima facie*, un mejor conocimiento. Cuando se dice de Sócrates que es el hombre más sabio, él va y busca entre los que parecen tener una mayor conocimiento y analiza sus argumentos. Es solamente ante el encuentro con las que son considerados, tanto por los otros como por sí mismos, como eruditos que Sócrates comienza a comprender porqué el oráculo tenía razón cuando le comunicó que él era el hombre vivo más sabio. El cuestionar socrático revela mucha de la irreflexión, de los tópicos,

²⁰ Como G. Vlastos, ver nota anterior, señala solo el Sócrates de los diálogos medios o tardíos tenía teorías elaboradas sobre metafísica, epistemología, ciencia.

²¹ Nada hace a Dworkin más sospechoso para los jueces que su propuesta de que la adjudicación requiere un trabajo solo apto para semidioses del tipo de Hércules.

de los convenios o del poder dirigido a ciertos fines que es disfrazado de conocimiento pero que sin embargo cae como una figura de arena cuando se reclaman justificaciones. Su sabiduría comparativa radica en no pensar que sepa de algo, cuando de hecho no lo hace, mientras que otros piensan que conocen algo que tras el oportuno escrutinio resulta que no conocen.

Al llegar a este punto es útil ojear más de cerca a lo que el Sócrates de los primeros diálogos Platónicos realmente hace. Cómo discute con los otros? Primero, Sócrates se comporta de una forma entre maleducada e increíblemente irrespetuosa, tentando, encantando y engatusando a la gente en sus conversaciones sobre la justicia y los problemas relacionados con la moralidad, incluso cuando estos no están dispuestos a discutir. Mezcla cierto tipo de conversaciones con otras. Es un tipo incansable que insiste en discutir con figuras respetadas de la elite Ateniese y estadistas de primer orden,²² dondequiera que los encuentre, sobre lo que estos creen que es bueno o justo, incluso en situaciones en las que estos no quieren o ya han tenido realmente bastante. En algunos diálogos la parte contraria al fin se evade, en otros diálogos ésta dimite cínicamente y dice que sí a todo lo que Sócrates pregunta de modo que la conversación termine más rápidamente. En segundo lugar, el método característico de Sócrates en estos primeros diálogos es el *elenchus*.²³ De modo general elenchus “significa examinar a una persona a partir de una declaración que ésta ha hecho, planteándole cuestiones que implican otras, con la esperanza de que establezcan el significado y el valor verdadero de su primera declaración”.²⁴ El elenchus socrático es adversativo y tiene cierta semejanza con un interrogatorio. Su función en el debate no es la defensa de una tesis propia sino el examen de la tesis del interlocutor. Sócrates es fundamentalmente activo como interrogador, y procede examinando las condiciones previas y las consecuencias de las premisas aceptadas por la parte contraria, para así determinar si son contradictorias o plausibles. Sócrates no sabe nada, pero pretende conocer qué base tienen los interlocutores para creer en la verdad de sus argumentos. Examina así la coherencia de las opiniones de las otras personas. Tercero, Sócrates realiza su actividad en espacios públicos, sin embargo esta actividad no se identifica con las prácticas de la política democrática ordinaria. Sócrates sostiene que su actividad es

²² PLATÓN, *Apología*, 21c.

²³ Para un análisis completo, ver: G. VLASTOS, “The Socratic Elenchus”, *Oxford Studies in Ancient Philosophy*, 1983, pp. 27-58.

²⁴ R. ROBINSON, *Plato's Earlier Dialectics*, 2a ed., Oxford, Clarendon, 1953, Capítulo 2.

imposible de sostener cuando interviene los intereses y las pasiones de la política democrática ordinaria.²⁵

Este tipo de discusión socrática comparte características importantes con el examen al que los tribunales de justicia someten a los poderes públicos. Primero, los tribunales someten a los poderes públicos a un proceso de discusión razonada. Estos han de defenderse una vez que un demandante reivindica ante un tribunal que se han violado sus derechos. En ese sentido, como con los interlocutores socráticos, los poderes públicos se sitúan ante un proceso al que de otro modo se habrían resistido. En segundo lugar, el proceso discursivo de los tribunales con los poderes públicos comparte características importantes con el elenchus socrático.²⁶ El fundamento de un proceso judicial de este tipo es el examen de las razones, tanto en la parte escrita del procedimiento en el que las partes del conflicto establecen las razones relevantes, como también en los procedimientos orales cuando éstos existan, y como no, en la sentencia final. En este proceso de escrutinio de las razones son las partes las que avanzan los argumentos. El papel de los tribunales consiste en hacer preguntas - particularmente cuestiones relacionadas con cada uno de las fases en las que consiste la prueba de proporcionalidad- y evaluar la coherencia de las respuestas de las partes. La actividad de los tribunales no se centra en la construcción activa de teorías complejas,²⁷ sino en una actividad más mundana de evaluación de las razones planteadas para de este modo determinar su plausibilidad. Tercero, esta actividad se presenta como un proceso público que da lugar a una sentencia pública y las normas institucionales relativas a la independencia judicial aseguran de que el proceso esté inmunizado contra las presiones del proceso político ordinario.²⁸

²⁵ PLATÓN, *Apología*, 31c-32a.

²⁶ La propuesta no es que el razonamiento Socrático es un análisis proporcional. En muchos aspectos es obvio que no lo es. Los tribunales y el Sócrates de los primeros diálogos sustentan una práctica en la que desafían a los otros a proporcionar argumentos y posteriormente evalúan su coherencia y consistencia interna. En esto las dos prácticas se asemejan. Sin embargo la compleja prueba de proporcionalidad que los tribunales realizan tiene poco en común con la estructura más abierta en cuanto a sus propósitos que es el discutir Socrático [cf PLATÓN, *Georgias*, 471E-472C, 474A, 475E].

²⁷ Esto no significa que nunca existan ocasiones en las que teorías complejas sean necesarias.

²⁸ Es interesante que las cortes superiores a menudo no se encuentran en centros de poder político, pero en provincias. La CEJ está en el ducado tranquilo de Luxemburgo, y no en el centro de poder político europeo que es Bruselas. La Corte Europea de Derechos Humanos está en Estrasburgo, que no es una capital europea. A Corte Constitucional Alemana está en Karlsruhe, y no en Berlín. Por otro lado yo no conozco un único país europeo que no tenga sus ramas políticas más altas ubicadas juntas en su capital. El sistema altamente discutible de dobles asientos del Parlamento Europeo en Estrasburgo y Bruselas es la única excepción a esta regla.

(2) Pero incluso si hay algunas semejanzas estructurales importantes entre la práctica de la contestación socrática descrita por Platón en sus primeros diálogos y la práctica judicial de examen a los poderes públicos habría que preguntarse cuales son las virtudes de tal práctica. Sócrates afirmó que su vivir -su vital cuestionar perpetuo- debía haberle hecho acreedor de un lugar de honor en Atenas. Dijo ser a los atenienses lo que un tábano es a un noble y lento caballo.²⁹ Mediante el intento de convencer a los atenienses de su ignorancia acerca de las cuestiones sobre las que éstos creen saber -desconcertándolos y a veces estremeciéndolos como un rayo eléctrico-³⁰ Sócrates propicia una situación en la que quizás la verdad se busque de un modo más serio, ya que las creencias falsas ya no son capaces de estimular una satisfacción personal igualmente falsa. Debido a su cuestionar crítico Sócrates saca a la luz perspectivas que de otro modo habría continuado subdesarrolladas e indeterminadas. Pero por qué es realmente tan importante esta práctica de razonar y de búsqueda de la verdad? Qué hay de terrible en gente satisfecha que se rige democráticamente? La respuesta radica en parte en el nexo en la filosofía platónica entre la búsqueda del conocimiento y la virtud por un lado, y la importancia en la virtud de no cometer injusticias por otro. Sócrates insiste en que se actúe como se actúe, no se deben cometer injusticias. Es peor cometer la injusticia que sufrirla. La vida del tirano es más miserable que la vida de aquellos que el tirano persigue.³¹ De este modo, si es fundamental no cometer injusticias, Cómo podemos evitarlo? La respuesta es que sabiendo lo que la justicia requiere. Sin embargo, esto no es fácil ya que no existe un acuerdo en torno a lo que la justicia demanda en cada caso. Precisamente la virtud de la contestación socrática es que mantiene viva la cuestión de lo que la justicia requiere, de modo que se evita cometer la injusticia por ignorancia.³²

Se puede pensar acerca de la virtud de tribunales de justicia en contenciosos sobre derechos humanos y constitucionales de una manera relacionada.

Primero, el hecho mismo de que les concedan a los tribunales la jurisdicción para evaluar si los actos de los poderes públicos se basan en razones plausibles sirve de recordatorio institucionalizado de que cualquier acto coercitivo en una democracia liberal

²⁹ PLATÓN, *Apología*, 30 E.

³⁰ PLATÓN, *Menón*, 84.

³¹ PLATÓN, *Republica*, Libro I; “no es, pues, cierto, querido Glaucón [...] que el que ejerce la tiranía vive una vida más miserable aún que aquella que tú tuviste por la más miserable”.

³² En el pensamiento político moderno fue Hannah Arendt quién a través de las figuras de Sócrates y de Eichmann, escribió sobre el vínculo entre justicia y reflexión por un lado y mal e irreflexión por el otro.

tiene que ser concebido como *un juicio colectivo a cerca de las razones* en torno a lo que la justicia y la buena política requiere. En definitiva, permite recordar a todos que la autoridad legítima de un acto jurídico en una democracia liberal depende de la posibilidad de proporcionar una justificación basada en razones que pueden ser aceptadas razonablemente incluso por aquellos que han de soportar la mayor parte del peso del acto en cuestión. Cada procedimiento judicial, cada sentencia y opinión escrita aplicando lo que hemos denominado como el PRDH es una afirmación ritual de esta idea. En este sentido la práctica de la revisión judicial es una expresión institucionalizada del compromiso normativo básico de tomar a los individuos seriamente como personas libres e iguales que aspiran a regirse colectivamente y únicamente mediante leyes basadas en razones que un individuo puede aceptar razonablemente.

Cuando un tribunal establece que un acto de los poderes públicos no viola el requisito de proporcionalidad no está afirmando que éstos fueran correctos en su actuación. El tribunal simplemente afirma que, independientemente de si los poderes públicos actuaron correctamente o no, al menos no actuaron irrazonablemente. Hay un amplio espacio para el *desacuerdo razonable* sobre cuestiones complejas de carácter empírico y moral que justificarían resultados diferentes en el análisis de proporcionalidad. *La tarea del tribunal que realiza el análisis de proporcionalidad es la de evaluar si efectivamente el desacuerdo entre el demandante de un derecho y los poderes públicos es de hecho razonable o no.* Los poderes públicos actúan razonablemente si existe una justificación para el acto público que plausiblemente cumpla el requisito de proporcionalidad. En muchos casos, cuando el tribunal encuentra problemas complejos de índole empírica o moral afirmará la existencia de un margen de apreciación por parte de la legislatura para así resaltar el problema del desacuerdo razonable y de los límites del papel institucional de los tribunales. Mucho debe todavía decirse acerca del margen de apreciación en el PRDH tanto en su faceta conceptual como en lo que se refiere a la práctica institucional de los tribunales europeos. Sin embargo, esto no puede hacerse aquí. La prueba de proporcionalidad provee a tribunales con las herramientas para evaluar si la legislación puede plausiblemente reconstruirse según las bases establecidas por un juicio colectivo de razones o si por contra queda fuera del ámbito de lo razonable.

En segundo lugar, no es en absoluto implausible que en la práctica el proceso judicial funcione razonablemente bien de modo que produzca mejores resultados. La manera más

persuasiva de determinar esto sería analizando un conjunto amplio de casos seleccionados aleatoriamente de entre un conglomerado suficientemente amplio de jurisdicciones y de entre una gama suficientemente amplia de problemas. Tal análisis podría proporcionar una tipología de patologías del proceso político que los tribunales ayudan con éxito a destapar y a abordar. Podría también destapar los límites y las deficiencias de tribunales en la medida en que no pueden cumplir con las funciones asignadas. Pero nada de esto puede abordarse aquí. Aquí basta con proporcionar algunas observaciones generales que establezcan la plausibilidad *prima facie* para afirmar que la existencia de la revisión judicial mejora resultados.

Para empezar podría ser útil enfrentarse a uno de los desafíos de Waldron. Su escepticismo acerca de los supuestos mejores resultados de la revisión judicial no se basa únicamente en argumentos sobre la naturaleza de legalista de la revisión judicial. Waldron también afirma que el proceso político proporciona una arena donde pueden plantearse argumentos y ser evaluados. Como ejemplo señala el debate en torno al aborto, y compara el razonar mediocre del Tribunal Supremo de EE.UU. con el debate parlamentario rico y sofisticado que tuvo lugar en el Reino Unido.³³

Waldron eligió bien sus ejemplos. Primero se centra en un caso en el que el razonamiento del Tribunal Supremo de EE.UU.³⁴ es particularmente pobre y no persuadió a nadie que no se encontrara ya persuadido por otros argumentos. En segundo lugar, Waldron describe un proceso político que funcionó tan bien como uno quisiera esperar, con argumentos cuidadosamente evaluados por ambas partes. Waldron tiene razón en dos cuestiones: en muchos casos el proceso político funciona bien y a veces el razonamiento de los tribunales es pobre. Pero para establecer su caso habría sido útil utilizar como punto de comparación los debates que informaron a leyes estatales que han prohibido el aborto en los Estados Unidos, en vez de poner como ejemplo el debate acaecido en el Reino Unido. Puede haber resultado que las leyes en muchos estados de EE.UU. viesan la luz fundamentalmente a causa de puntos de vista patriarcales sobre los papeles tradicionales del hombre y la mujer que insisten en el control masculino sobre la sexualidad femenina. Dado que el Tribunal Supremo había hecho uso de estos prejuicios y estereotipos en el trato dado a otros problemas tales como la disponibilidad de contraceptivos,³⁵ el argumento contra la intervención del Tribunal

³³ J. WALDRON, nota anterior 1.

³⁴ Tribunal Supremo de los EE.UU, *Roe v. Wade*, 1973, 410 US 113.

³⁵ Tribunal Supremo de los EE.UU, *Griswold v. Connecticut*, 1965, 381 US 479.

Supremo podría entonces no ser persuasivo. El ejemplo británico solo proporciona el argumento de que cuando un debate parlamentario serio, extenso y mutuamente respetuoso ha tenido lugar antes de decidir un problema, esto supone una buena razón para que el tribunal tenga una deferencia con el resultado alcanzado. Pero tal conclusión viene a ser casi una tautología: si existe un tal debate en una democracia liberal madura, es altamente probable que cualquier resultado alcanzado se base en razones plausibles y merezca por lo tanto (y probablemente así ocurra), la deferencia de los tribunales que adjudican sobre cuestiones relativas a derechos.

Un ejemplo más ilustrativo es el caso del TEDH relativo a la presencia de los homosexuales en el ejército. Para comprender la fuerza de la contestación socrática es necesario alejarse de las discusiones sobre la “eficacia operativa y la moral” que caracteriza muchos de los argumentos. La fuerza de la contestación socrática no queda únicamente demostrada en lo que ésta hace explícito, sino también en lo que es capaz de realizar en forma implícita. Por qué los sospechosos de ser homosexuales eran investigados de forma intrusiva y cuándo las sospechas se confirmaron, fueron deshonrosamente licenciados? Sostengamos la siguiente conjetura; aquí están algunas respuestas que uno podría esperar que algunos líderes militares, oficiales de la burocracia ministerial y ciertos miembros del parlamento hubiesen invocado en momentos de sinceridad en los que se encontrasen protegidos del examen público: “nunca hemos aceptado a homosexuales aquí; todos estamos de acuerdo en que este no un lugar para homosexuales; simplemente no los queremos aquí; los maricones son asquerosos”.³⁶ Estos son argumentos, si pueden llamarse así, basados en la tradición, el convenio, y la preferencia. Además algunos cristianos podrían haber reivindicado, en línea con mucha -pero no toda- de las interpretaciones oficiales de la iglesia, lo siguiente: “las practicas homosexuales son un aborrecimiento contra Dios”. Este es un argumento basado en lo qué filósofos políticos tales como Rawls han denominado concepciones del bien. Una cuestión importante acerca de la práctica de justificar infracciones de derechos humanos es que este tipo de razones no cuentan. No son razones legítimas para restringir derechos y no cumplen los requisitos de la primera fase de la prueba de proporcionalidad. Las tradiciones, convenios, preferencias, sin una base adicional, no son

³⁶ Desconozco como de extendidos eran estos argumentos entre los oficiales británicos, la burocracia ministerial y el Parlamento. Solo estoy asumiendo que en aquel tiempo el contexto británico no era radicalmente diferente de las opiniones recibidas cuando discutí sobre este asunto durante mi servicio militar en el, relativamente progresista, Ejército Alemán de los 80.

razones legítimas para justificar una infracción del derecho de otra persona y tampoco son consideradas como interpretaciones de índole teleológica -independientemente de su adecuación a lo establecido en las Sagradas Escrituras- de lo que significa vivir una vida sin pecado. Como en alguno de los personajes ante los que Sócrates discute en los primeros diálogos platónicos, aquellos que se basan en esta clase de argumentos tienen buenas razones para evadir el cuestionar socrático. Una vez forzados a justificar una práctica en términos de razón pública, éstos se ven obligados a reenfocar sus argumentos, y lo que emerge al primer plano son argumentos “esterilizados” relativos a la “eficacia operativa y la moral”. Pero una vez que la atención se centra únicamente en razones legítimas de este tipo, éstas resultan a menudo ser insuficientes para justificar las medidas que se suponen deben en principio justificar, ya que por sí solas, resultan no ser necesarias o desproporcionadas. Frecuentemente éste es el objetivo del análisis de proporcionalidad: no sustituir el análisis coste-beneficio en que se basó la acción del legislativo mediante una sentencia judicial, pero determinar el tipo de razones que son pertinentes al problema, dejando al mismo tiempo aparte las que no lo son, y posteriormente probando si esas razones legítimas justifican de forma plausible las acciones de los poderes públicos. Una función importante del análisis de proporcionalidad es la de operar como un filtro que ayuda a determinar si las razones ilegítimas podrían haber sesgado el proceso democrático contra la persona que busca judicialmente el amparo en sus derechos.

Hay otra forma de irreflexión que sin embargo la revisión judicial es capaz de desenmascarar: describiré brevemente ésta bajo la denominación de *razonamiento ideológico*. El razonar ideológico no desempeñó ningún papel en el caso *Lustig Preen v. Beckett*, pero sin embargo desempeña un papel enorme en el contexto de las medidas tomadas en ‘la guerra contra el terrorismo’. Un ingrediente necesario del razonar ideológico es la idea de un enemigo potente y malvado, al que es necesario enfrentarse de forma efectiva. Claramente no todo los que claman la existencia de un enemigo potente y malvado al que es necesario enfrentarse utilizan un razonar ideológico. Tales exclamaciones pueden bien reflejar la realidad, como sucedió cuando Roosevelt movilizó su país contra la Alemania nazi. Pero la característica principal del razonar ideológico es que no se identifican con atención los detalles pertinentes de la supuesta amenaza y ésta se encuentra protegida de un posible escrutinio a través de argumentos que ponen de relieve la necesidad de mantener ciertas consideraciones en secreto, e igualmente se pone de relieve la naturaleza vil de los que están contra nosotros y la naturaleza pura de nuestra causa. Además preguntar sobre la relación

entre medios y fines de las contramedidas que presumiblemente son necesarias se considera como síntoma de debilidad, e incluso quizá de condolencia con la causa del enemigo. El razonamiento ideológico es sintomático de las dictaduras totalitarias.³⁷ Pero, como se ha visto en los últimos años este tipo de razonamiento puede también asentarse, por lo menos temporalmente, en democracias constitucionales maduras, afectándolas y ofreciendo la imagen de que la democracia constitucional liberal degenera en lo que podría denominarse como una dictadura electoral. En ese mundo oscuro, las guerras de agresión están justificadas como guerras preventivas, un Jefe de Estado puede reivindicar con impunidad que está autorizado a detener por tiempo ilimitado y las medidas que están vistas como casos paradigmáticos de tortura no se discuten en procedimientos de derecho penal internacional, sino que se defienden públicamente como técnicas reforzadas de interrogatorio. Hay una jurisprudencia cada vez más rica, tanto en los EE.UU. como en Europa, en el contexto de la ‘guerra contra el terrorismo’ que lleva la semilla del razonamiento ideológico. Esto también ilustra cómo la revisión judicial puede ayudar a socavar este tipo de razonamiento, por lo menos hasta cierto punto, aportando un cierto realismo a la discusión sobre intereses legítimos en materia de seguridad. Además puede ser plausible que una cultura política que apoya la práctica de la contestación socrática legalmente institucionalizada esté en mayor medida inmunizada contra el pensamiento ideológico que una cultura política que pudiera condenar como no democrática y elitista cualquier clase de examen razonado por parte de un tercero imparcial. La clave aquí no es que la revisión judicial en esos y en otros casos comparables puede solucionar ciertos problemas graves que existen en las sociedades actuales debido a que han sucumbido al razonamiento ideológico y a la propaganda que lo caracteriza. La revisión judicial tiene un papel por desempeñar en la atenuación de los impactos producidos por las pésimas políticas y en proporcionar apoyo institucional a las fuerzas políticas que intentan superarlo.

He identificado tres tipos de patologías del proceso político del que ni siquiera las democracias maduras se encuentran inmunes y del que la práctica judicial que aquí hemos identificado con la práctica de contestación socrática puede proporcionar un útil antídoto. Primero, está el vicio de la irreflexión basado en la tradición, la convención o la preferencia, que da lugar a las inercias que o bien se enfrentan a injusticias existentes, o que bien crean nuevas injusticias por el rechazo a hacer disponibles nuevos medios y tecnologías a grupos

³⁷ H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Harvest, 1985, pp. 461-474.

que lo necesiten. En segundo lugar, hay razones ilegítimas, que no respetan los límites de la razón pública ni las bases en que los actos de carácter coercitivo de los poderes públicos deben sustentarse. Tercero, está el problema de la ideología. Las peticiones de carácter ideológico pueden estar relacionadas con preocupaciones legítimas pero sin embargo no son capaces de justificar las medidas concretas para las que se invocan ya que carecen de una base firme y suficientemente concreta y no están significativamente adaptadas a las relaciones entre medios y fines.

En resumen: la institucionalización legal de la contestación socrática ayuda a mantener viva la idea de que los actos de los poderes públicos para poder ser legítimos deben entenderse en términos de juicios colectivos razonables acerca de lo que justicia y la buena política requieren. No es suficiente que se vean como actos de poder o actos de ciertos grupos de interés. Es probable que esto tenga un efecto disciplinante en los poderes públicos y que ayude a estimular una actitud de confianza civil entre ciudadanos. Y segundo, es probable que la práctica de contestación socrática actual en materia de derechos mejore resultados, porque tal contestación aborda eficazmente varias patologías políticas de las que ni siquiera está inmune la legislación en las democracias maduras. Claramente tanto los ejemplos muy limitados como la gama restringida de argumentos que se han sido abordados hasta ahora no permiten identificar de forma completa la revisión judicial como contestación socrática. Pero por ahora debe bastar haber planteado algunos argumentos sólidos de porqué un cierto tipo de revisión judicial, basado en el PRDH, puede ser atractiva. Lo que queda por explorar y que exploraremos en la siguiente sección es si este tipo concreto de revisión judicial puede plantear problemas graves de legitimidad democrática.

III. La contestación socrática, el paradigma racional de los derechos humanos y la legitimidad de la ley

Hay al menos dos diferencias importantes entre lo que hacía el primer Sócrates y lo que hacen los jueces que adjudican contenciosos relativos a derechos humanos y constitucionales: primero, el compromiso socrático respecto a la razón tiene algo de heroico mientras que la institucionalización de la contestación socrática no requiere de los jueces que sean héroes como fue Sócrates. En cambio el compromiso imparcial respecto a la práctica de ofrecer razones, que caracteriza el método Socrático, queda asegurado mediante las normas

institucionales que garantizan la independencia frente a presiones políticas. Los jueces se encuentran en un ambiente epistémico que favorece e inmuniza la práctica contestataria contra posibles maniobras políticas graves del tipo de la sufridas por Sócrates y por las cuales murió.³⁸ En segundo lugar, Sócrates humillaba a sus interlocutores y socavaba su autoridad pero sus acciones no tenían ningún efecto legal inmediato. Las acciones de los tribunales, sin embargo, tienen efectos legales, y a menudo invalidan decisiones políticas en violación de derechos humanos o constitucionales. De aquí surge la cuestión fundamental de si, a pesar del argumento plausible de que los resultados pueden mejorarse, la institucionalización legal de la contestación socrática compromete indebidamente la democracia constitucional.

³⁸ L. SAGER, *Justice in Plainclothes*, Yale University Press, 2004, pp. 199-201.

A. La relación entre derechos y la democracia

No hay nada nuevo en la comprensión de los derechos humanos y constitucionales conforme a la manera expansiva ilustrada en PRDH. La Declaración de Independencia de los EE.UU. establece que el propósito del gobierno en su conjunto es asegurar los derechos que los individuos poseen. Además los redactores de la Constitución de EE.UU. sabían que los derechos específicos que la Declaración enumera no supondrían el agotamiento de esos derechos que por otra parte deben ser protegidos.³⁹ En la tradición revolucionaria francesa los derechos se comprendieron de la forma descrita por el PRDH. La Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano afirma que todos tienen derecho a la igualdad y a la libertad. Fue bajo la tradición de la Ilustración que se moldeó la idea del constitucionalismo moderno como *un espacio protegido contra la intervención democrática*. Efectivamente, la tarea de base de la intervención democrática en una verdadera república era el delimitar las esferas de libertad entre individuos de forma que éstos sean considerados como iguales y esto permita que se fomente el interés general y el ejercicio significativo de esas libertades. De esta manera la democracia no se concibió únicamente como una entidad basada en ciertos derechos sino como la entidad cuyo propósito es la delimitación y especificación de tales derechos. Leyes como la promulgación del Código Civil fueron una forma de especificación e implementación de estos derechos.

Además, los derechos abstractos según fueron articulados en la Declaración solo se especificaron, interpretaron y aplicaron a través del proceso legislativo. Los tribunales originalmente no tenían ningún papel por desempeñar en la determinación del contenido específico de lo que significa ser libre e igual en circunstancias concretas. Los tribunales, desacreditados como parte del *ancien régime -la noblesse de robe-* funcionaban como la voz de la ley promulgada por la legislatura y por tanto no poseían ningún papel constitucional adicional. Los derechos y la democracia no fueron concebidos en tensión uno contra el otro sino como referentes mutuos. Los derechos necesitaban ser especificados e implementados por legislaturas democráticas y la autorización de estas consistía exclusivamente en detallar las implicaciones de un compromiso respecto a los derechos libres e iguales de los individuos. Los derechos y la democracia eran iguales y mutuamente dependientes. Acciones democráticas que no pudiesen concebirse como la especificación e implementación de

³⁹ Ver: la Novena Enmienda a la Constitución de los EE.UU.; **C. BLACK**, *A New Birth of Freedom*, 1997.

derechos -por ejemplo leyes por las que se establece una religión como la religión verdadera- eran ilegítimas, al igual que especificaciones e implementaciones no democráticas de derechos. Los derechos individuales básicos eran el asunto exclusivo de la intervención legislativa y, en su forma abstracta, dirigieron y pusieron límites a la intervención legislativa.⁴⁰

El PRDH puede verse como la constitucionalización de la idea clásica de la Ilustración y que se encuentra en las revoluciones francesas y americanas de que la tarea exclusiva de la legislación es especificar, asegurar y proteger los derechos de los ciudadanos libres e iguales. El PRDH no es radical o nuevo en cuanto a concepción de derechos. Lo que es nuevo sobre el constitucionalismo post II guerra mundial es el papel de supervisor que ostenta la judicatura en el proceso de especificación e implementación de derechos. En la segunda mitad del siglo XX la gran mayoría de los países que han pasado por la experiencia nacional-socialista, fascista-autoritaria, comunista o simplemente racista y han efectuado una transición hacia una democracia constitucional liberal razonablemente inclusiva, han tomado una decisión institucional notable y original: establecer un tribunal constitucional de estilo Kelseniano y constitucionalizar derechos que generalmente autorizan aquellos cuyos intereses pueden haber sido afectados por acciones de los poderes públicos a reclamarlos ante los tribunales.⁴¹ Los tribunales entonces evaluarán si, dadas las circunstancias, los actos de los poderes públicos pueden justificarse de forma razonable. Por supuesto la tarea primaria de la delimitación de las respectivas esferas de libertad se deja al legislativo. El legislativo sigue siendo el autor de las leyes en las democracias constitucionales liberales. Pero los tribunales han supuesto que una función editorial importante⁴² como socios menores y actores con derecho a veto en la tarea de especificar e implementar el compromiso de las constituciones respecto a los derechos humanos y constitucionales. Los tribunales, como guardas y “cumplidores” subsidiarios de los derechos humanos y constitucionales proporcionan un foro institucional en

⁴⁰ En Francia, el *Conseil Constitutionnel*, una institución que progresivamente está revisando asuntos relacionados con derechos, no es denominada usando el término ‘tribunal’. Pese a que es un actor capaz de imponer un derecho de veto en la legislación en violación de los derechos humanos y constitucionales, sigue denominándose ‘consejo’ ante el cual los individuos no pueden plantear sus casos.

⁴¹ Los individuos pueden bien vindicar sus derechos ante el Tribunal Constitucional siempre que hayan recurrido ante todas las instancias menores posibles, o bien deben convencer a un tribunal ordinario de la importancia de su vindicación y requerir a este tribunal de referir la cuestión al Tribunal Constitucional.

⁴² **P. PETTIT**, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, OUP, 1997. Larry Sager se refiere a los tribunales como un mecanismo de control de calidad; ver: **L. SAGER**, *Justice in Plainclothes*, YUP, 2004. Tom Franck afirma que los tribunales dan “una segunda opinión”; ver: **T. FRANK**, *Proportionality as Global Second Opinion*, pendiente de publicación [documento con el autor].

el que las legislaturas pueden ser tenidas como responsables ante individuos que reivindicuen que no se han tenido en cuenta sus legítimos intereses.

B. Derechos y democracia: La cuestión institucional

A menudo existe un desacuerdo razonable en torno a los derechos que los individuos poseen en situaciones concretas, si las decisiones relativas a estos desacuerdos no son tomadas a través de un proceso político entonces ¿Qué órganos políticamente responsables podrían efectuar las determinaciones pertinentes? Sería entonces el compromiso francés hacia el poder legislativo incorrecto? Teniendo en cuenta este desacuerdo razonable no exige la idea de la igualdad política, que se le otorgue el mismo respeto a la concepción que cada uno de los individuos pueda tener acerca de la concreción de tales derechos? No queda la idea de la igualdad política socavada cuándo tribunales de justicia no responsables electoralmente son autorizados a revisar y eliminar las decisiones legislativas acerca de la concreción de los derechos? Este es el desafío de base planteado por los argumentos vigorosamente presentados por Waldron y Bellamy. En las próximas páginas proporcionaré el argumento de que la revisión judicial basada en el PRDH debe ser vista como un compromiso institucional básico del constitucionalismo liberal-democrático como responsabilidad electoral basada en un igual derecho a voto. No hay nada desconcertante sobre la legitimidad de la revisión judicial. Discutiblemente el problema más interesante es el determinar porqué la revisión judicial recibe esta atención crítica.

(1) Desde una perspectiva histórica existe una asimetría peculiar entre la actitud crítica mostrada hacia la revisión judicial y la relativamente no problemática adhesión a la toma de decisiones mediante representantes electoralmente elegidos. Históricamente, la transición de una democracia directa -Atenas, Ginebra y Nueva Inglaterra- a la elección de representantes originó graves problemas. En Francia la idea de la democracia representativa era considerada por muchos una contradicción en sus términos y en los EE.UU. los redactores de la Constitución americana pensaron que mediante su acto creaban una república, no una democracia, y esto era así porque dicha Constitución no establecía nada acerca de una “asamblea” nacional o de referéndums nacionales. La democracia hace referencia a gente que legisla directamente. Por qué entonces aquellos que son críticos con la idea de la revisión judicial no lo son con la idea de la democracia representativa? Por qué que no insisten en

procedimientos legislativos de tipo más plebiscitario como por ejemplo los referéndums? Y si no, si la democracia representativa es legítima, por qué no lo es una democracia representativa con un poder de veto judicial basado en el respeto de los derechos humanos y constitucionales? Los tres procedimientos de toma de decisiones son mayoritarios: en los referéndums es la opinión de la mayoría de los votantes la que cuenta, en la toma de decisiones legislativa es la opinión de la mayoría de los representantes y en la toma judicial de decisiones es la opinión de la mayoría de jueces. Además todas estas instituciones son republicanas en el sentido en que reivindican tomar decisiones en nombre de los ciudadanos y derivan su legitimidad de su aprobación por parte de éstos. La diferencia de base es el carácter directo del vínculo entre la toma de decisiones autoritativa y el electorado. Si el principio de democracia requiriere la forma más directa e inmediata de participación posible, entonces en las actuales circunstancias muchas de las decisiones serían ilegítimas. Parecerían existir tantos motivos para hablar sobre el carácter no democrático de los representantes elegidos, que toman decisiones legislativas sin que la gente pueda de forma directa expresar su opinión, como para hablar sobre la capacitación no democrática de los jueces que toman decisiones sin la directa participación de la gente. La razón por la que no se considera ilegítima la democracia representativa es probablemente porque cualquier compromiso plausible respecto a la democracia permite hacer equilibrios en torno la dimensión de la participación directa, cuando procedimientos menos directos exhiben ventajas comparativas en otras dimensiones, tales como calidad deliberativa o los resultados. No queda entonces claro que la cuestión democrática condene a la revisión judicial sin que condene representación electoral.

Es implausible poder afirmar que a través de los procedimientos legislativos ordinarios “la gente por ella misma” decide sobre cuestiones políticas, particularmente cuando se acusa a los jueces, debidamente designados y que deciden por mayoría, que imponen su voluntad a la gente como si de guardianes platónicos se tratase. Cualquier persona que utilice este tipo de palabrería no merece ser tomada en serio, porque en vez de dedicarse a presentar un argumento se dedican a la mera retórica. Por qué no decir que los representantes elegidos mediante votación han usurpado el poder del pueblo tomando decisiones por ellos? Por qué es la legislatura el médium de “nosotros el pueblo”? Y si lo es, por qué no decir que la gente por ella misma, a través del proceso judicial, a veces actúa para limitar una legislatura que se comporta de manera desatada? La retórica de “la gente por ella misma” afecta al sano juicio. No hay razones plausibles para identificar “la gente” con la voz de una institución, incluso

cuando esa institución es un parlamento. Un parlamento es un parlamento, no la gente. Como ciudadanos podemos participar en el proceso político pero como individuos entre millones de individuos en nuestra misma situación, prácticamente ninguno de nosotros puede significarse por su participación en éste. Votemos o no es improbable que podamos cambiar el gobierno. La probabilidad que mi voto individual o el voto de otro, aisladamente, produjera algún cambio no es más alta que la probabilidad de ganar la lotería. Cuando discutimos problemas políticos podemos comprender más profundamente lo que creemos y quienes somos como ciudadanos. Quizás algunos de nosotros podamos fundar movimientos y convertirnos en líderes carismáticos de una causa o intentar optar a algún puesto. Pero sin embargo nada de lo que la mayoría de nosotros hagamos implicará un cambio significativo en la política nacional. La manera más probable de que un ciudadano cambie los resultados de un proceso político nacional es acudiendo a los tribunales y reivindicando la protección de sus derechos violados por los poderes públicos. Si los tribunales son persuadidos por los argumentos del ciudadano en vez de por los contra-argumentos de los poderes públicos, entonces el individuo habrá podido efectivamente decir “no, así no” de una forma que afecte a la praxis. En el mundo real de la democracia moderna, el derecho a persuadir a un tribunal para así vetar una determinada política no es menos que el derecho a votar para cambiar de política.

(2) La legitimidad del proceso político depende del consentimiento de los gobernados. En esto los pensadores de la tradición contractual al igual que los revolucionarios franceses y americanos están de acuerdo. Como podemos observar es el *consentimiento* el punto de partida para empezar a pensar sobre la legitimidad y no las *mayorías*. Por supuesto, teniendo en cuenta el desacuerdo razonable, el consentimiento es imposible de lograr en el mundo real. Si el derecho legítimo pudiera ser posible -y dados los problemas a los que el derecho debe dar una solución sería bueno que esa legitimidad existiera- necesitan desarrollarse criterios menos exigentes de legitimidad constitucional que se adapten a las condiciones de la política real para así servir de sustitutos reales y aproximaciones al requisito de consentimiento. En la práctica constitucional moderna hay dos sustitutos que necesitan acumulativamente cumplirse para que el derecho sea constitucionalmente legítimo. Primero, un proceso político que refleje un compromiso hacia la igualdad política y esté basado en la toma de decisiones por mayoría necesita situarse en el centro del proceso político de toma de decisiones. Este es el requisito procesal de la prueba de la legitimidad constitucional. Pero ésta es solo una de las dos piernas en la cual la legitimidad constitucional se erige. La segunda está basada en el resultado: este

resultado debe cualificar como un juicio colectivo racional acerca de cómo el compromiso ciudadano respecto de los derechos humanos y constitucionales se traduce ante determinados contextos y situaciones que son de interés para el legislador. Incluso si no fuera necesario que todo el mundo esté realmente de acuerdo con los resultados, éste debe ser justificable en los siguientes términos: el resultado está justificado si los que discrepan con él pueden sin embargo razonablemente aceptarlo. Incluso aquellos que quedan en una peor situación y más afectados por la legislación deben ser vistos como socios libres e iguales en la empresa conjunta de creación del derecho. Los afectados por la legislación deben poder verse así mismos no solamente como los perdedores de una batalla política dominada por el bando victorioso, sino que deben ser capaces de poder interpretar el acto legislativo como una tentativa razonable de especificar lo que los ciudadanos libres e iguales -todos los ciudadanos, incluidos los en del bando perdedor- se deben entre sí. Cuando los tribunales aplican la prueba de proporcionalidad dentro del marco del PRDH, están de hecho evaluando si la legislación correspondiente puede justificarse en términos de razones públicas, razones que cada ciudadano pueda aceptar razonablemente, incluso si efectivamente no lo hacen. Cuando una tal justificación tiene éxito entonces el tribunal expresa algo del tipo: “lo que los poderes públicos han hecho, utilizando los procedimientos democráticos legalmente prescritos, es proporcionar de buena fe un juicio colectivo racional acerca de lo que la justicia y la buena política requieren dadas las circunstancias; dado el desacuerdo razonable sobre la cuestión y el corolario de apreciación/deferencia que los tribunales conceden a las instituciones políticas electoralmente responsables, sigue existiendo la posibilidad de que los poderes públicos estuviesen equivocados y que sin embargo el demandante estuviera en lo cierto, y que por tanto, los poderes públicos hubieran debido actuar de otro modo; pero la función institucional de los tribunales no es garantizar que los poderes públicos hayan encontrado *la respuesta correcta* a las cuestiones que se planteen; la tarea de los tribunales es *vigilar los límites de la razonable* y calificar como violaciones de derechos los actos de los poderes públicos que, una vez analizados, no pueden persuasivamente justificarse en términos de razón pública”. Contrariamente, un tribunal que elimina una ley debido a que viola un derecho está de hecho diciendo a los poderes públicos y a aquellos órganos que apoyaron tal medida: “nuestro trabajo no es gobernar ni decir a los poderes públicos qué es lo que la justicia y la buena política requiere; pero en cambio es nuestro trabajo detectar y eliminar, esté o no sustentada por mayorías, la medidas legislativas injustas que imponga cargas que no puedan plausiblemente justificarse en términos de razón pública”. Entender de este modo el papel de

tribunales implica reconocer que existe un desacuerdo razonable y que el desacuerdo razonable se resuelve mejor utilizando el proceso político. Pero igualmente implica que no todos los ganadores de las batallas políticas y no todos los desacuerdos, incluso en democracias maduras, son razonables. A menudo no lo son. Las batallas políticas pueden ganarse por medio de la perpetuación imprudente de tradiciones o debido a los perjuicios en relación con las preferencias de otras personas, o por medio de la ideología, o por la política directa de grupos de intereses encubierta de política de *high-profile*. La contestación socrática es el mecanismo mediante el cual los tribunales determinan si el desacuerdo entre los poderes públicos y el demandante de derechos son de hecho razonables. Los tribunales no se dedican a mediar en desacuerdos razonables, sino que se dedican a vigilar la línea entre los desacuerdos que son razonables y los que no lo son y a asegurarse de que la legislación que favorece a la parte victoriosa no sea irrazonable.⁴³ Los actos de los poderes públicos que son irrazonables no pueden ofrecer ninguna razón plausible capaz de poseer autoridad legítima en una democracia constitucional liberal. La cuestión no es lo que justifica la imposición contramayoritaria⁴⁴ de ciertos resultados por jueces no elegidos (por los ciudadanos). La cuestión es qué es lo que justifica la autoridad de una decisión legislativa cuando puede afirmarse con certeza que ésta impone cargas a individuos para las cuales no existe ninguna justificación plausible. La práctica judicial de la contestación socrática, estructurada conceptualmente por el PRDH y la prueba de proporcionalidad, e institucionalmente protegida por las normas relativas a la independencia, a la imparcialidad y a la motivación de razones, es únicamente conveniente para dar expresión y para hacer cumplir este aspecto de la legitimidad constitucional. La legitimidad constitucional no se sostiene en una sola pierna.

(3) El derecho a impugnar actos de los poderes públicos que imponen cargas al individuo es un compromiso institucional básico en un régimen constitucional liberal-democrático igual al derecho al voto. Al igual que ideales del constitucionalismo liberal-democrático no se alcanzan completamente sin la institucionalización de elecciones

⁴³ El mero hecho de que exista un contencioso sobre Derechos da a entender que también existe un desacuerdo razonable sobre los límites del desacuerdo razonable. Aquí el argumento original sobre el desacuerdo razonable en materia de Derechos como algo que pertenece al proceso democrático resurge otra vez. Pero si bien puede entenderse como plausible que las disputas sobre lo qué es justicia pertenezcan al proceso democrático, no resulta obvio que el proceso democrático realice una buena función en la determinación de lo que es razonable. No existe una razón para no confiar la tarea de determinar lo razonable a los tribunales. No existe una razón de principio -teniendo en cuenta la conexión entre legitimidad y razonabilidad- ni existe una razón basada en los resultados (ver más abajo).

⁴⁴ Sobre una aproximación a la “dificultad contra-mayoritaria” como una obsesión académica en los EE.UU, ver: **B. FRIEDMAN**, “The Countermajoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship”, *N. W. U. L. Rev.*, 2001, pp. 933-ff.

competitivas en las que todos los ciudadanos tienen un derecho igual al voto, estos ideales tampoco pueden alcanzarse completamente sin derechos y sin una razón pública basada en la práctica institucionalizada de la contestación socrática. Hay una simetría que ha de explicarse con mayor atención porque ayuda a perfilar las implicaciones del argumento expresado anteriormente.

Tanto la justificación constitucional de un derecho igual al voto como la institucionalización legal de la contestación socrática no dependen exclusivamente de los resultados generados. Ambos compromisos constitucionales están justificados porque proporcionan *expresiones archetípicas*⁴⁵ de compromisos constitucionales básicos. Los ciudadanos poseen un derecho igual al voto en gran parte porque expresa un compromiso respecto a la igualdad. El peso de un voto no es el resultado cuidadosamente calibrando de la diversa asignación de pesos a expectativas relacionadas con resultados plausibles. No nos preguntamos si mejorarían los resultados si los votos de ciudadanos con títulos universitarios, o los que tuvieran niños, o aquellos que pagan impuestos más elevados contaran algo más, aunque no es implausible que esto sucediese.⁴⁶ Hay muchos aspectos de las leyes de elección que pueden arreglarse mediante soluciones relacionadas con el resultado. Pero tales leyes reflejan un compromiso respecto a la idea de que para ser aceptable cada voto debe valer igual. Lo mismo pasa con la idea de la contestación socrática. Esta expresa el compromiso de que la autoridad legítima sobre los individuos está limitada por lo que puede justificarse en términos de razón pública. Si un acto legislativo impone cargas a un individuo de una forma no susceptible a una justificación razonable, entonces no merece convertirse en ley. No deberíamos necesitar discutir acerca de la protección judicial de derechos, incluso si no estuviera relativamente claro que se mejorarían los resultados. Sobre lo que hace falta reflexionar es de cómo deben diseñarse los procedimientos para así institucionalizar la contestación socrática. Debería cada individuo poder reclamar la protección de sus derechos constitucionales ante cualquier tribunal? O deberían en cambio existir tribunales constitucionales especiales con jurisdicción exclusiva sobre problemas constitucionales? Cómo deberían ser designados los jueces? Cuánto deben permanecer en el cargo? Cuál es la conexión entre las decisiones de la judicatura y el proceso político? Cuáles son las ventajas y

⁴⁵ Sobre la idea del archetipo legal como un regla jurídica, ver: **J. WALDRON**, "Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House", *Columbia Law Rev.*, 2005, pp. 1681-ff.

⁴⁶ Incluso cuando el derecho a voto es retirado, como sucede a los convictos en muchos estados americanos, las razones para esto no están vinculadas al resultado sino que buscan castigar al prisionero mediante la denegación expresa de su estatus de persona igual dentro de la comunidad política.

las desventajas del tener de una protección adicional en forma de protección transnacional de los derechos humanos? Estos son la clase de cuestiones que necesitan analizarse teniendo en cuenta consideraciones relacionadas con el resultado. Pero el compromiso básico para institucionalizar legalmente la contestación socrática refleja un compromiso tan elemental como el derecho igual al voto y es, hasta cierto punto, inmune de críticas relacionadas con el resultado.

La acertada institucionalización tanto de la democracia electoral como de la revisión judicial depende de una mezcla de exigencias culturales, políticas y económicas. En Europa las condiciones propicias para la institucionalización de la contestación socrática no existieron en la sociedad ideológicamente dividida de final del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX. Sólo después del fin de la segunda guerra mundial y del fin de la guerra fría existieron las condiciones en Europa para permitir la constitucionalización completa de la democracia liberal. Una de las condiciones previas para la acertada constitucionalización de la revisión judicial como técnica de contestación socrática pudo bien ser un compromiso firme y dominante por parte de las elites políticas hacia una democracia basada en derechos humanos y constitucionales y una cultura política con un fuerte interés en la deliberación y en la motivación razonada. Al igual que existen buenas razones basadas en la prudencia para no forzar una transición inmediata de un despotismo benigno no electoral a un régimen electoral de gobierno debido a los resultados desastrosos que podrían producirse en ambientes políticos determinados, podría existir razones dependientes del contexto y basadas en el resultado para no pasar de una forma puramente electoral de gobierno a una que institucionalice el ejercicio de derechos asentado en la contestación socrática. Pero en cualquier caso aquellos comprometidos con la idea del constitucionalismo democrático liberal tendrían buenas razones para estar de luto.

IV. Conclusión

Pensar sobre contenciosos de derechos humanos y constitucionales en términos similares al de la institucionalización de una forma de contestación socrática es, en el mejor de los casos, una analogía ocurrente y en el peor de los casos una analogía engañosa. Ayuda a aclarar nuestra mente sobre dos cuestiones importantes de la práctica contemporánea de derechos humanos y constitucionales que se plantean en el debate sobre la revisión judicial: la

revisión judicial mejora resultados y es la revisión judicial democráticamente legítima? He sostenido que la revisión judicial como contestación socrática es atractiva porque lleva a mejores resultados y porque refleja un compromiso básico fundamentado en la democracia liberal.

Por otra parte, la contestación socrática proporciona un antídoto contra los prejuicios de corte colectivista -y a menudo nacionalista-⁴⁷ que son la base de mucha de la teoría constitucional del siglo XX sobre la democracia.⁴⁸ No es ninguna coincidencia que en Europa la proliferación de la contestación socrática, legalmente institucionalizada, fuese el corolario a la integración europea y a la disminución relativa de las pasiones nacionalistas que habían atormentado al continente durante gran parte del siglo XIX y a comienzos del siglo XX. Europa ya no concibe su fundación legal en un macrosujeto colectivista que en sus comienzos llevo el nombre del mítico monstruo Leviatán.⁴⁹ Pero ese monstruo no ha perecido aún y continúa atormentando el mundo con su hambre insaciable de adulación, sometimiento y sacrificio. Ya no lleva el atuendo de un rey soberano como en el siglo XVII y XVIII, ni el atuendo de estado soberano del siglo XIX ni siquiera el atuendo de nación soberana del siglo XX. Dónde quiera que exista ese monstruo en el mundo occidental de hoy en día, éste se viste con las ropas de “nosotros, la gente” y dice hablar como encarnación de la democracia. Independientemente de cuales sean las ropas con las que se cubre, se comunica en la lengua de la voluntad y no en la lengua de las razones basadas en Derechos. Y mantendrá siempre una relación precaria e inestable con la práctica de la contestación socrática. Sócrates nunca puede estar seguro ante poderes públicos que se conciben a sí mismo como soberanos. En Europa se ha domesticado al monstruo, de momento, y ha sido debidamente empujado del trono y reemplazado por la idea de la dignidad humana como la base fundacional de la ley. La dignidad humana no es menos misteriosa como base fundacional de la ley que la soberanía. Pero independientemente de lo que se necesite para comprender ese misterio, no hace falta la sumisión idólatra a un Leviatán que se concibe a sí mismo como un dios terrestre, un dios

⁴⁷ No es una coincidencia que los únicos Estados Miembros de la Unión Europea que no han institucionalizado la revisión judicial tengan un monarca como Jefe de Estado (Reino Unido, Holanda, Dinamarca, Suecia).

⁴⁸ Este sentimiento autoritario y colectivista es algo que la teoría constitucional del siglo XX comparte con la teoría constitucional del siglo XVIII. Es un hecho remarkable que pensadores continentales como Rousseau, Kant o Fichte pasen rápidamente del reconocimiento de los individuos como libres e iguales a ser apologistas del un estado fuerte centralizado. La sombra de Hobbes es alargada y sigue cubriendo mucha de la teoría constitucional.

⁴⁹ El Artículo 6 del TUE menciona a los derechos fundamentales, la democracia y el principio de legalidad como la piedra fundacional del derecho. Éstos se basan a su vez en un compromiso hacia la dignidad humana (ver más abajo).

terrestre, que no solamente proporciona el horizonte último del significado y define para los ciudadanos sus límites existenciales, sino que también reivindica poseer el poder coercitivo de enviar éstos a matar a enemigos que él mismo define y que en caso de necesidad les pide que sacrifiquen sus vidas. La gran virtud y desafío de la dignidad humana es que como *idea filosófica* deja abierto a cada individuo la posibilidad de determinar lo que la dignidad humana realmente es. Sus límites son los límites del valor de cada persona para explorar seriamente los horizontes de su existencia. Su misterio está sujeto a una búsqueda existencial que puede tomar una variedad infinita de formas o puede ser ignorada. Tal búsqueda puede tener un fuerte componente político o legal, pero también puede ser espiritual o puede no tener ninguno de estos componentes.⁵⁰ Pero dirigido a los poderes públicos como *un postulado legal*, la dignidad humana es prosaica y razonablemente directa: y fundamental a las prescripciones⁵¹ que de ella derivan es el requisito de que los poderes públicos ayuden a construir y a mantener un mundo en que los derechos humanos se respeten, se protejan y se cumplan. La práctica de la contestación socrática legalmente institucionalizada, junto con la responsabilidad electoral y la integración legal transnacional, es un elemento básico de ese mundo.

⁵⁰ La insinuación hecha por Carl Schmitt de que el problema existencial se encuentra conectado al drama de “Lo Político” es tan evidentemente pobre que no es difícil ver esto como una invitación al psicoanalista; ver: *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblodt, 3 ed., 1963.

⁵¹ Existen dos reglas más específicas derivadas de la dignidad humana: primero, una prohibición categórica a la instrumentalización de las personas sin su consentimiento. Segundo, una regla anti-humillación. Para un análisis de cómo la dignidad humana es vista en el discurso de derechos humanos, ver: **D. KRETZMER and E. KLEIN**, *The Concept of Human dignity in Human Rights Discourse*, Kluwer, 2002.