



Notas

Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin

Julián Gaviria

Universidad Carlos III de Madrid

jgaviria@trust-cm.net

Resumen

Hemos visto en las últimas décadas el crecimiento de la así llamada objeción democrática o contramayoritaria y la puesta en duda del carácter democrático del control de constitucionalidad de las leyes. Este trabajo busca hacer una breve síntesis de la concepción asociativa de la democracia defendida por Ronald Dworkin y la manera en que el control de constitucionalidad encaja dentro de dicha concepción.

361

Palabras clave

Dworkin, democracia asociativa, control de constitucionalidad, teoría de la democracia, foro de principio.

Ronald Dworkin on democracy and Judicial Review

Abstract

We have seen in the last few decades the growth of the so-called democratic or majoritarian objection that has challenge the democratic pedigree of the increasingly popular institution of judicial review. In this paper we summarize Dworkin's conception of democracy as partnership democracy and the way in which judicial review fit in this more general conception.

Keywords

Dworkin, partnership democracy, judicial review, democratic theory, forum of principle

La presente comunicación tiene por objeto hacer una breve síntesis de la defensa del control de constitucionalidad desde la propuesta de democracia asociativa presentada por Ronald Dworkin¹. Para ello analizaremos, en primer lugar, en qué consiste la democracia entendida como democracia asociativa, para después analizar cómo el control de constitucionalidad se integra dentro de dicha concepción.

1. La democracia asociativa

La tensión existente entre el control de constitucionalidad de las leyes y la democracia es expuesta en *Justice for hedgehogs* (Dworkin, 2011: 380) de la siguiente manera: “¿Es la práctica de la revisión judicial, la cual permite a jueces elegidos de por vida declarar inconstitucionales actos del ejecutivo y del legislativo, ilegítima por ser antidemocrática? ¿O es esta práctica por el contrario un necesario y deseable correctivo a la democracia? ¿O –una tercera posibilidad- es la práctica en verdad esencial para crear una genuina democracia? Cada una de estas posiciones es ampliamente defendida y no podemos escoger entre ellas sin escoger entre concepciones de la democracia y defender nuestra elección”.²

Esto quiere decir que si queremos afirmar o negar la legitimidad de la institución que en este caso nos ocupa –el control judicial de las leyes- debemos empezar, según Dworkin, por exponer y defender una concepción de la democracia.³ El autor nos ofrece dos opciones contrapuestas: la llamada por él *democracia asociativa* y la *democracia procedimental* o *mayoritaria*.⁴ ¿En qué consiste esta democracia asociativa y qué la diferencia de la democracia mayoritaria?

La democracia, entendida como democracia asociativa, es un sistema político en el que los miembros de una sociedad se gobiernan a sí mismos reconociendo a cada uno como un socio de pleno derecho dentro de ésta. De este reconocimiento se deriva que las decisiones emanadas de este sistema sólo pueden ser aceptadas como democráticas cuando reconozcan y respeten la calidad de cada ciudadano como socio de pleno derecho. Tal como se expone en *Freedom's Law*, esta concepción de la democracia exige que “las decisiones colectivas se tomen a través de instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad -como individuos- con igual consideración y respeto” (Dworkin, 1996: 17).

Es importante preguntarse ahora qué demanda el principio de igual consideración y respeto. De este principio –también llamado principio de dignidad humana- se derivan, a su vez, dos sub-principios. El primero es el denominado *principio de igual consideración* según el cual cada vida humana tiene un valor

¹ Texto presentado como comunicación en las *Jornadas sobre el Legado de Dworkin a la Filosofía del Derecho* organizadas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) los pasados 29 y 30 de octubre.

² Las citas de textos en inglés en el presente trabajo son traducciones propias.

³ Este planteamiento del problema es aceptado por la mayoría de autores *constitucionalistas*, entre los que destacan Ferrajoli -y su concepción de la democracia como *democracia constitucional* (Ferrajoli, 2011b, en el capítulo XIII) o Alexy (2005: 577) y su *constitucionalismo discursivo*-. Para una visión contraria según la cual la democracia no es la fuente única de legitimación de la justicia constitucional véase Pazé (2013: 101-107).

⁴ Waldron, el principal objetivo de las críticas dworkinianas en lo que a control de constitucionalidad se refiere, alega que el calificativo de *mayoritaria* que se le asigna a la concepción de la democracia defendida por él y por otros, induce a confusión, toda vez que en verdad la cuestión no debería ser planteada como una contraposición entre mayoría vs. minoría, pues en el modelo defendido por Dworkin son también las mayorías las que triunfan, sólo que no serían las mayorías parlamentarias, sino las mayorías (en este caso conformada por jueces) en una corte o tribunal (Waldron, 2013).

intrínseco, y por lo tanto debe ser defendida y protegida. El segundo, el *principio de responsabilidad*, exige que cada ser humano elija por sí mismo la manera en que debe realizar su propia vida (Dworkin, 2008: 24 ss., 182 ss.; 2011: 330 ss.).

Estos dos principios derivados de la dignidad humana son aquellos que en el lenguaje tradicional de la teoría política se denominan principio de igualdad y principio de libertad los cuales, dicho sea de paso, Dworkin considera unidos de tal manera que la garantía de cada uno de ellos se ve reforzada y complementada por la protección del otro (Dworkin, 2011: 331).

A la democracia asociativa se contraponen la concepción mayoritaria de la democracia. Ésta centra su atención en el principio de igual participación política como el principal o *único* derecho a tener en cuenta en una teoría de la autoridad⁵, o al momento de fijar *quién* y *cómo* se decide. De esto se seguiría que un sistema político se considera democrático si los procedimientos elegidos para la toma de decisiones colectivas respetan el principio de igual participación al dar igual voz a cada miembro de la comunidad o, como es reconstruido por Dworkin en *Freedom's Law*, el principio de igual participación establecería la exigencia de igualdad de impacto político, es decir, que al momento de tomarse una decisión la opinión que se haya formado cada ciudadano acerca del asunto a decidir debe tener el mismo impacto que la de los demás. La democracia asociativa defendida por Dworkin, por el contrario, considera que la igualdad de impacto no tiene por sí misma ningún valor. En algunas ocasiones el principio de igual consideración exigirá la igualdad de impacto, pero en otras puede no hacerlo.

La pregunta que surge es cuándo y cómo es posible asignarle mayor peso político a las decisiones de algunos ciudadanos –es decir, romper la igualdad de impacto–, sin considerar esta medida como antidemocrática. Para comenzar, Dworkin establece como regla general que toda desigualdad de impacto político es equivocada y antidemocrática a menos que reúna dos requisitos: 1) “no debe mostrar o suponer que algunas personas nacieron para gobernar a otros” y 2) “debe ser posible suponer que los arreglos constitucionales que crean la diferencia de impacto mejoran la legitimidad de la comunidad” (Dworkin, 2011: 392).

Así, por ejemplo, la democracia representativa está justificada no sólo por la imposibilidad de implantar una democracia directa en comunidades de cierto tamaño. El hecho de que la pérdida de poder político que significa la asignación de mayor impacto a las decisiones de los representantes sea general, aplicada a todos los ciudadanos sin que se haga por “razones que traten su vida [la vida de los ciudadanos que han visto reducido su impacto político] como si mereciera menor consideración o sus opiniones como si no merecieran respeto” (Dworkin, 2011: 388), hace que el primero de los requisitos exigidos por el *test de democraticidad* ideado por Dworkin, se cumpla. Asumiendo como plausible que “funcionarios elegidos, más que una asamblea popular, están en mejor capacidad de proteger los derechos individuales de los ciudadanos de peligrosos cambios en la opinión popular, no puede existir un requisito democrático en general que exija que asuntos fundamentales sean sometidos a referendo” (Dworkin, 2011: 394), lo que haría que también el segundo requisito estuviera satisfecho.

¿Cómo podemos evaluar el control de constitucionalidad a la luz del principio de igual consideración y respeto? Si el control de constitucionalidad crea una disparidad de impacto político infinitamente mayor que aquella que produce el

⁵ Sobre la distinción entre teorías de la autoridad y teorías de la justicia, véase Waldron (1999: 3, 102, 245).



gobierno representativo, ¿cómo podemos decir que es una institución acorde con la democracia asociativa?

Al aplicar los criterios de democraticidad expuestos, Dworkin llega a la conclusión de que la primera condición estaría superada pues “no hay en juego una discriminación por nacimiento o riqueza” (Dworkin, 2011: 396). Quedaría entonces la segunda: la revisión judicial de las leyes tendría que hacer al sistema político, en su conjunto, más legítimo.

Aquí esperaríamos encontrar una defensa directa de la capacidad de los jueces para razonar con base en principios (el principal argumento esgrimido por Dworkin). Sin embargo, el primer argumento que nos ofrece el autor norteamericano es uno más cercano a la concepción mayoritaria que a la asociativa: Dworkin comienza su argumentación alegando que al momento de elegir las vacantes en la Corte Suprema de los Estados Unidos hay mayor debate en los medios que aquel que se da al momento de elegir un representante que ocupa un escaño en la Cámara de Representantes. A pesar de que el impacto que cada ciudadano tiene en la elección de un representante es ínfimo, no deja de ser sorprendente que se considere más legítima la elección de un juez que ha sido nominado por el presidente, que aquella que es producto de una campaña electoral en la que la última palabra la tienen los ciudadanos.⁶

El segundo argumento es aún más problemático. Dworkin trata de sustentar la legitimidad del control de constitucionalidad en el hecho de que, en general, no se pueda considerar éste más lesivo para la igualdad política que los poderes que tienen el presidente de los Estados Unidos o el presidente de la Reserva Federal (Dworkin, 2011: 397)⁷. Este argumento tendría algún peso si los defensores de la democracia procedimental fueran al mismo tiempo defensores del presidencialismo o de los poderes conferidos a los bancos centrales. Sin embargo, es fácil pensar (de hecho, sería bastante consecuente) en un crítico del control de constitucionalidad que también lo sea del presidencialismo o que advierta sobre los peligros democráticos que encierra el poder conferido a la Reserva Federal.

Dworkin reconoce la debilidad de estos argumentos e insiste: “Cualquier defensa del control de constitucionalidad debe tomar otra forma: debe sostener que la revisión judicial de las leyes mejora en general la legitimidad al hacer más probable que la comunidad establezca y haga cumplir alguna adecuada concepción de la libertad negativa y una equitativa distribución de recursos y oportunidades, así como una adecuada concepción de la libertad positiva” (Dworkin, 2011: 398).

En *Justice for Hedgehogs* Dworkin cierra de manera apresurada el capítulo 18 –en donde se desarrollaba la argumentación que veníamos exponiendo– sin

⁶ Es de cierta manera contradictorio que algunos constitucionalistas tengan en tan poca estima las instituciones representativas por darle tan poco peso a la opinión de los ciudadanos -llegando a decir que “la idea de igual poder político es un mito” (Dworkin, 2006a: 142)-, pero que no dudan, al estudiar la justicia constitucional, en mostrar el valor democrático de esta institución basándose en la influencia de los ciudadanos en la elección de los jueces que conforman las cortes y tribunales constitucionales, así como el peso que esta misma opinión ejercería en las decisiones de estos órganos. Vale aquí la crítica de Bayón (2004: 41) quien afirma que “defender la justicia constitucional de esa manera es como saltar de la sartén para caer en el fuego: porque si se parte de que la mayoría amenaza sistemáticamente los derechos, no se entiende cómo el peligro podría ser conjurado por los jueces constitucionales si realmente es cierto que a medio plazo estos tienden a alinearse con el punto de vista de aquélla. Sencillamente, uno no puede servirse de ambos argumentos a la vez”.

⁷ Una asunción similar, pero llevada un poco más lejos, es la hecha por Eisgruber (2002: 43; 2001: 65) quien llega incluso a afirmar que “la justicia constitucional puede defenderse de manera similar a como es defendida la Reserva Federal”.

darnos esas razones que lograrían mostrar cómo el control de constitucionalidad haría más legítimo un sistema político en general. Sin embargo, a lo largo de sus obras tenemos una exposición bastante clara de cuáles serían estos argumentos.

2. De los límites al poder de las mayorías

La concepción asociativa de la democracia cabe dentro de las denominadas por Ferrajoli *definiciones sustantivas de la democracia* en contraposición a las *formales o procedimentales* (Ferrajoli, 2011b: 9-11). Es sustantiva pues exige, para poder considerar a un sistema político como democrático, tener en cuenta no sólo los procedimientos que lo integran sino también que las decisiones producidas a través de estos procedimientos traten con igual consideración y respeto a todos los ciudadanos. La democracia así definida demanda entonces la fijación de límites sobre aquello que es lícito decidir y el establecimiento de aquellos procedimientos que mejor protejan los derechos que constituyen dichos límites. Si en determinados casos el someter ciertas decisiones al control de los jueces protege de mejor manera los derechos, dicho mecanismo, insiste Dworkin, no puede ser considerado antidemocrático (Dworkin, 1996: 17)⁸.

Podemos decir entonces que la democracia constitucional o asociativa exige respetar el derecho de participación política (y por esto se establece como norma general la regla de la mayoría), así como los derechos de autonomía que se desprenden también del principio de igual consideración y del principio de responsabilidad. Así mismo, considera que en caso de que un procedimiento diferente al mayoritario proteja de mejor manera los derechos individuales, este procedimiento debe ser implementado. La consecuencia de esto, en la visión dworkiniana (pero también del constitucionalismo en general), es la necesidad de implementar mecanismos que permitan a los jueces declarar inconstitucionales aquellas normas que vayan en contra de los derechos protegidos por la constitución.

Pero incluso si asumimos una concepción asociativa de la democracia, el control de constitucionalidad no quedaría automáticamente justificado por el sólo hecho de haber sido establecido con el objetivo de proteger los derechos y libertades ciudadanas. Es necesario explicar cómo el arreglo constitucional consistente en atribuir a un grupo de jueces la capacidad de dejar sin fuerza una decisión tomada por la mayoría de los miembros del órgano representativo mejora la legitimidad del sistema en su conjunto.

3. Por qué los jueces protegen mejor los derechos

A esta última pregunta responde Dworkin refiriéndose al aislamiento de los jueces y su capacidad de decidir con base en principios. En efecto, Dworkin argumenta que las instituciones representativas son más vulnerables a presiones de personas o grupos que no asumen una tarea interpretativa al enfrentarse a los principios políticos y morales insertos en la constitución; sus decisiones son más susceptibles de ser tomadas con base en intereses personales que no tienen en cuenta ni los principios constitucionales, ni la idea de democracia como empresa

⁸ En *Justice in Robes* Dworkin (2006b: 133-134) establece tres requisitos que debe cumplir todo sistema democrático: 1) todos los ciudadanos deben tener la oportunidad de jugar igual papel en la vida política. Deben tener igual voz en la deliberación pública formal, y en las discusiones morales informales; 2) todos deben tener, como individuos, igual parte en el gobierno. Es decir, los intereses de cada uno deben ser tenidos en cuenta en la misma medida al determinar cuál es el interés colectivo; 3) a cada individuo se le debe garantizar una esfera privada en la cual sea libre de tomar aquellas decisiones vitales de carácter ético o religioso de manera autónoma, respondiendo a su propia conciencia y juicio y no al de la mayoría.



común en la que se debe tratar a cada ciudadano como un miembro de igual derecho: "los legisladores –dice Dworkin (1996: 34)- son vulnerables a presiones políticas de diverso tipo, tanto financieras como políticas, razón por la cual una asamblea no es la forma más segura de proteger a grupos políticamente impopulares"⁹.

Los jueces, contrario a los representantes, están de cierta manera aislados y dada su independencia de las presiones particulares y su desvinculación de la política partidista y mayoritaria, pueden tomar decisiones basadas en principios, articulando de mejor manera los valores insertos en la constitución y haciendo valer los derechos de las minorías que son incapaces de defenderlos en los órganos representativos. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes tendría además la virtud de permear todo el sistema, haciendo que la discusión basada en principios llegue a los demás centros de decisión política del Estado (Dworkin, 1981: 516 ss.).

La teoría dworkiniana defiende entonces que aquellas decisiones que implican definir cuál es el contenido de la democracia sean tomadas bajo circunstancias en las que haya cierta independencia de las presiones propias del mundo político; que se permita una deliberación basada en principios y en donde se busque dar la *mejor versión* del material constitucional existente¹⁰.

Esta afirmación lleva implícitas tres tesis que soportan el planteamiento dworkiniano. La primera defendería una visión pesimista del hombre promedio, según la cual los ciudadanos al momento de tomar decisiones políticas (al votar o al unirse para protestar o crear un grupo de presión) no piensa más que en sus propios intereses sin preguntarse cuáles son los derechos de los demás¹¹. La segunda defendería el (relativo) aislamiento político como condición necesaria para tomar decisiones *correctas* acerca de ciertos asuntos que afectan con particular fuerza los derechos constitucionales. La tercera defendería el valor del razonamiento jurídico-moral ejercido por los jueces como el mecanismo adecuado para desentrañar el contenido de nuestros derechos.

Las tres tesis están fuertemente unidas en el planteamiento de Dworkin y se soportan recíprocamente. Por ejemplo, el valor de la independencia judicial se encontraría precisamente en su capacidad de hacer de los jueces un tipo especial de actor político. Si es necesario tomar una decisión en la que se contraponen los intereses de la mayoría a los derechos de una minoría, los jueces, al estar aislados, se encontrarían en una mejor posición para decidir, toda vez que no tendrían un interés personal en el asunto (Dworkin, 1977: 85). Es decir, los ciudadanos, las mayorías y sus representantes, dominados como se encuentran por sus propios intereses, tienen especiales dificultades para tomar decisiones correctas cuando se

⁹ Dworkin llega incluso a afirmar que "en algunas circunstancias, como he sugerido, ciudadanos individualmente considerados pueden ser capaces de ejercitar las responsabilidades morales propias de la ciudadanía de mejor manera cuando las decisiones finales son removidas de la política ordinaria y asignadas a las cortes, cuyas decisiones se espera sean tomadas basadas en principios, no en el peso de los números o en el balance de la influencia política" (Dworkin, 1996: 30). Una visión similar –y más dura- de las capacidades de los ciudadanos y sus representantes es defendida por Eisgruber (2001: 50 ss.) quien diferencia entre "el pueblo" y "el electorado", afirmando que este último –compuesto por votantes, en vez de personas o ciudadanos- "tiene pocos incentivos para reflexionar de manera cuidadosa acerca de en qué lugar termina la moral y comienza el propio interés".

¹⁰ Los mayoritaristas se han opuesto tanto a la afirmación de que los jueces son independientes (Tushnet, 1999: 152 ss), como a los beneficios que traerían los mecanismos de decisión propios de la justicia constitucional (Waldron, 2009a; 2009b; Sadurski, 2009).

¹¹ Esta es la denominada por Waldron *visión benthamiana de la política*, criticada en Waldron (1990).

ven afectados los derechos de las minorías. Aquí se ve cómo la primera y la segunda tesis trabajan unidas.

La tercera tesis refuerza también esta visión. Cuando se presenta un asunto de relevancia constitucional ante los jueces, la ciudadanía se encuentra dividida sobre cuál es la solución que se le debe dar al caso, sobre quién tiene razón: la mayoría que defiende sus intereses (siempre siguiendo la forma en que Dworkin entiende los conflictos sociales) o la minoría que defiende sus derechos. Los jueces, además de su independencia, tienen la ventaja de ser expertos en cuestiones jurídicas, más aún, son expertos en razonar con base en principios más que en políticas. Esto nos debería hacer más proclives a aceptar su posición en el sistema político, en la cual son ellos la última voz en pronunciarse.

Claro que después de todo este recorrido nos encontramos con la decepcionante evidencia de que, una vez llegan las disputas a la justicia constitucional, la misma división que vimos en la sociedad la encontramos en los jueces. A pesar de su carácter de expertos, ellos tampoco tienen claro si en los casos que se les presentan, son las mayorías o las minorías las que tienen razón. Divididos, se ven obligados a decidir, de nuevo, por mayoría. El consuelo, nos dirá Dworkin, es que es más probable que la mayoría de los jueces haya tomado una mejor decisión que la mayoría de los ciudadanos o sus representantes.

Bibliografía

- BAYÓN, J.C. (2004), "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", Artículo presentado en el Seminario Albert Calsamiglia de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2004, pp. 1-80.
- DWORKIN, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (1981), "The Forum of Principle", *New York University Law Review*, Núm. 56, pp. 468-518.
- DWORKIN, R. (1996), *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Oxford University Press, Oxford.
- DWORKIN, R. (2006), *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*, Princeton University Press, Princeton.
- DWORKIN, R. (2006), *Justice in robes*. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (2011), *Justice for hedgehogs*. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- EISGRUBER, C. (2001), *Constitutional Self-government*, Harvard University Press, Cambridge.
- EISGRUBER, C. (2002), "Democracy and Disagreement: A Comment on Jeremy Waldron's Law and Disagreement", *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 6, pp. 35 - 47.
- FERRAJOLI, L. (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. I., Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. II., Trotta, Madrid.
- PAZÉ, V. (2013), *En nombre del pueblo. El problema democrático*, Marcial Pons, Madrid.
- SADURSKI, W. (2009), "Rights and moral reasoning: An unstated assumption — A comment on Jeremy Waldron's 'Judges as moral reasoners'", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, Núm. 1, pp. 25-45.
- TUSHNET, M. (1999), *Taking the constitution away from the courts*. Princeton University Press, Princeton.



- WALDRON, J. (1990), "Rights and majorities: Rousseau revisited", *Nomos XXXII: Majorities and Minorities* (New York: New York University Press, 1990), pp. 44-75.
- WALDRON, J. (1999), *Law and disagreement*, Oxford University Press, Oxford.
- WALDRON, J. (2009), "Judges as moral reasoners", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, Núm. 1, pp. 2-24.
- WALDRON, J. (2009), "Refining the question about judges' moral capacity", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, Núm. 1, pp. 69-82.
- WALDRON, J. (2013), "Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 377, disponible en: http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/377. Revisado el 20 de septiembre de 2013.