

BAYÓN ACERCA DE LOS FUNDAMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO

José Juan Moreso (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona)

1. Introducción

En ‘Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo’,¹ Juan Carlos Bayón ha elaborado una posición articulada y sólida sobre la tensión entre democracia y derechos que anida en el seno del constitucionalismo. Su largo ensayo dibuja precisamente el paisaje conceptual en el que se ubica el problema y sitúa cada elemento en su lugar, propone una posición propia con elegantes y sutiles argumentos y, colateralmente, presenta argumentos valiosos por sí mismos sobre cuestiones conexas. No quiero dejar de mencionar la altísima esgrima conceptual que contiene el apéndice del ensayo, dedicado a los conceptos de primacía, rigidez y control de constitucionalidad. En una cuestión que no es nada clara en la literatura, Juan Carlos establece, de modo plenamente convincente en mi opinión, que la rigidez es condición necesaria, aunque no suficiente, de la supremacía y que la supremacía de la constitución no conlleva necesariamente el control jurisdiccional de la constitucionalidad. En realidad, puede considerarse un ensayo que condensa, clarifica y, en cierto modo, cierra un debate que se inicia en castellano más o menos a mitad de los años noventa (véanse las referencias en la nota 18 del texto de Juan Carlos). Se trata de una discusión oportuna, porque los constitucionalistas españoles han tendido a minusvalorar el problema y han argüido demasiado fácilmente que democracia y constitucionalismo pueden encajarse sin graves dificultades. Si digo que este trabajo de Juan Carlos cierra, en cierto modo, el debate es porque pienso que a partir de ahora quien quiera referirse seriamente a esta cuestión deberá partir de dicho trabajo y, en este sentido, cierra una puerta y abre otra hacia una morada más amplia y luminosa.

¹ Juan Carlos Bayón, ‘Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo’ en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (comps.), *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004), 67-138.

Es mucho lo que comparto de lo contenido en este ensayo, es también mucho lo que me ha ayudado a aclarar y encajar mis propias ideas e intuiciones,² por ello limitaré mis comentarios a muy pocas cuestiones. Básicamente comparto la idea de que la justificación de los diversos diseños institucionales del constitucionalismo es dependiente del contexto de la cultura político-jurídica en el que se inserta. Me referiré a tres cuestiones: a) a un aspecto en el que considero que la primacía de la constitución no es dependiente del contexto de la cultura político-jurídica en la que se inserta, b) al valor intrínseco del procedimiento democrático en relación con la idea de precompromiso y c) a algunas cuestiones metaéticas que subyacen a este debate.

2. *En attendant CORAF*³

La tesis principal de Juan Carlos es la siguiente: si aceptamos una teoría de la justicia basada en derechos y aceptamos también que entre los procedimientos de toma de decisiones el procedimiento democrático, como expresión del autogobierno y de la igual participación de todos, tiene mayor valor intrínseco que cualquier otro, entonces debemos postular aquel diseño institucional que consiga el balance más adecuado entre el mayor respeto al valor intrínseco del procedimiento y la mayor probabilidad de alcanzar resultados que respeten los derechos básicos de todos. La conclusión que el extrae de ello es la siguiente: este balance depende de las circunstancias de la cultura político-jurídica para la cual se debe ofrecer un determinado diseño institucional. Si bien en un anterior trabajo,⁴ Juan Carlos había defendido de manera general mecanismos de lo que llamó *constitucionalismo débil*, es decir, mecanismos que dejando la última palabra a la legislatura o directamente al pueblo ponían algunas restricciones a las decisiones que la legislatura puede tomar en aquello que afecta a los derechos básicos (mecanismos como los de la cláusula ‘notwithstanding’ de la constitución canadiense); ahora sostiene que el diseño institucional óptimo depende del contexto en el que se inserta.

En un trabajo anterior, defendí que la justificación del control de constitucionalidad es contextual en el sentido de Juan Carlos, aunque es cierto –como él señala– que mi argumento se refería al valor instrumental del procedimiento y no tenía en cuenta adecuadamente su valor intrínseco. Defendí también, sin embargo, que la idea de la primacía de una Constitución que contiene una declaración de derechos goza de una

² De hecho mi primera reflexión detenida sobre la cuestión la suscitó escuchar la conferencia de Juan Carlos Bayón, ‘Derechos, democracia y constitución’, presentada el 26 de agosto de 1996 en la Universidad de Palermo, Buenos Aires (Argentina). Después en *Ragion Pratica* (1998) fueron publicados su ‘Derechos, democracia y constitución’ ahora en F. Laporta (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), pp. 399-422 y mi José Juan Moreso, ‘Derechos y justicia procesal imperfecta’ ahora en F. Laporta (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), pp. 371-398, que había sido mi propia respuesta personal a los argumentos de Juan Carlos en Buenos Aires a favor de la democracia y contra el constitucionalismo.

³ En algún momento de la segunda mitad de los noventa Juan Carlos y yo, que habíamos visto en algún catálogo el anuncio de la publicación de libro de Allan C. Hutchinson, *Waiting for CORAF: A Critique of Law and Rights* (Toronto: Toronto University Press, 1995), nos preguntábamos quién era CORAF. CORAF era simplemente las siglas de la declaración de derechos de la constitución canadiense: *Charter of Rights and Freedoms*.

⁴ Juan Carlos Bayón, ‘Derechos, democracia y constitución’, supra en nota 2.

justificación independiente del contexto.⁵ No me queda claro que piensa de este punto Juan Carlos. No me queda claro porque no sé si el balance entre valor intrínseco y valor instrumental del procedimiento democrático se decanta hacia un rango que va desde mecanismos de constitucionalismo débil hasta el modelo de Westminster o hacia un rango que incluye también diseños de control jurisdiccional de la constitucionalidad como el de los Estados Unidos o el sistema más o menos kelseniano de Alemania, Italia y España.

Sea como fuere, quiero argumentar a favor de la independencia contextual de la primacía de una Constitución con una declaración de derechos. Asumamos que el procedimiento democrático, como expresión del autogobierno, tiene valor intrínseco. Creo que puede aceptarse, sin embargo, que el valor intrínseco de una institución, una acción, o un procedimiento covaría en relación con el valor que tienen otras instituciones, acciones o procedimientos con él relacionados. No se trata ahora de sostener que el valor del procedimiento democrático es derivativo de otros valores, sino sólo de que el valor intrínseco de una decisión democrática tomada por personas en condiciones de igual libertad es mucho mayor que el valor de una decisión democrática tomada en condiciones de inmensas desigualdades (de riqueza, de poder, de conocimiento, etc.). pero, ¿cómo se aumenta entonces el valor intrínseco del procedimiento democrático? Parece que satisfaciendo el resto de los derechos básicos que configuran el núcleo de cualquier declaración de derechos. Esto guarda relación, como Juan Carlos reconoce, con la denominada paradoja de las precondiciones de la democracia. Si esto es así, entonces el diseño institucional debe articular un modo de tomar las decisiones que reconozca que la autonomía individual sólo puede realizarse en un contexto de reconocimiento de los derechos y, por ello, me parece razonable exigir que el diseño institucional (de un modo más o menos explícito) conceda esta primacía a los derechos.

3. La coscienza di Zeno

Si se aceptan los argumentos que conducen a justificar la primacía de la constitución que contiene una declaración de derechos, entonces tal vez pueda entenderse lo que la metáfora del precompromiso expresa, a pesar de las críticas que ha recibido (y del abandono de la estrategia por parte de quien la popularizó).⁶ Lo que expresa dicha metáfora es una versión del ideal del autogobierno, una versión del ideal de la toma de decisiones de *todos* en condiciones de *igual libertad*. El precompromiso trata de garantizar que las decisiones tomadas por todos sean tomadas, precisamente, en condiciones de igual libertad.

No reiteraré aquí mis argumentos en contra de las críticas acerca de la analogía entre las decisiones individuales y las decisiones colectivas, ni en contra de las críticas acerca de la mayor calidad deliberativa de los momentos constitucionales.⁷ Aunque me referiré a una tercera crítica que Juan Carlos ha formulado: ‘Lo que en el plano individual hace que las estrategias Ulises sean verdaderos medios indirectos de preservar la racionalidad y la autonomía es que sea el propio agente que decide ‘atarse las manos’ el que controle el propósito y alcance de la ligadura que impone’. Pero la autolimitación colectiva mediante la instauración de una constitución rígida no funciona así’.⁸ Bien, sólo quiero recordar que

⁵ José Juan Moreso, ‘Sulla portata del vincolo preventivo’, *Ragion Pratica*, 10 (1998): 75-83.

⁶ Jon Elster, *Ulysses Unbound* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

⁷ Vd. José Juan Moreso, ‘Sulla portata del vincolo preventivo’, *Ragion Pratica*, 10 (1998): 75-83.

⁸ Juan Carlos Bayón, ‘Derechos, democracia y constitución’, *supra* en nota 2, p. 411.

tampoco en el plano individual las cosas funcionan siempre como sugiere Juan Carlos. En la novela de Italo Svevo *La coscienza di Zeno*,⁹ hay un capítulo delicioso, el capítulo tercero titulado: ‘Il fumo’, en donde el protagonista -una persona con dificultades para trazarse objetivos perdurables en su plan de vida- decide dejar de fumar (antes, como puede apreciarse, de que tuviéramos clara conciencia de los males del tabaco) y es internado por un médico amigo con una enfermera, Giovanna, en un lugar del que no puede salir sin cigarrillos. El éxito de la estrategia dependía también de Giovanna, a la que Zeno (con una botella de cognac de la que disponían) emborracha y consigue que vaya a buscarle cigarrillos, más tarde la engaña y consigue escapar de la habitación-celda del hospital. El capítulo merece la pena por razones literarias, pero nos enseña además que la estrategia puede fracasar estrepitosamente.

4. La objetividad de la moral y el control jurisdiccional de la constitucionalidad

En un trabajo, Jeremy Waldron –con la obra del cual el debate sobre los fundamentos del constitucionalismo tiene una inmensa deuda- escribe:¹⁰

Yo soy un emotivista (o tan cercano a un emotivista que no representa ninguna diferencia apreciable para los propósitos de este artículo). Soy también un adversario de la práctica americana de la revisión judicial de la legislación democrática en nombre de los derechos constitucionales. Mis amigos creen que el primero de estos hechos explica el segundo... Creo que están equivocados acerca de esta conexión.

Creo que Juan Carlos y yo estamos de acuerdo con Waldron en que no hay conexión conceptual entre estas dos posiciones teóricas que, me parece, Juan Carlos comparte. Por mi parte, cuando escribí mi trabajo ‘Derechos y justicia procesal imperfecta’ yo sostenía la primera tesis escéptica en materia moral, mientras critiqué la segunda. Ahora, por las razones que más adelante explicaré, no sostengo tampoco la tesis escéptica. Sin embargo, Waldron también afirma:¹¹

Al argüir que [...] la verdad o la falsedad del realismo moral no representa ninguna diferencia en relación con la justificación de la revisión judicial, no quiero negar que hay *alguna* conexión entre las dos cuestiones. Hay *una* conexión y es esta: los dos puntos de vista que mantengo –antirrealismo y oposición a la revisión judicial- son de maneras diferentes sensibles a la persistencia de serias discrepancias entre nosotros acerca de qué derechos tenemos y acerca de aquello en lo que consiste la justicia. La importancia de tomar en serio la discrepancia subyace a las dos posiciones.

⁹ (Milano: Fetrinelli, 1993, primera edición de 1923).

¹⁰ Jeremy Waldron, ‘Moral Truth and Judicial Review’, *American Journal of Jurisprudence*, 43 (1998): 75-97, en p. 75.

¹¹ *Ibidem*, p. 77.

Sospecho que también Juan Carlos acepta alguna conexión de este tipo entre ambas tesis, en cualquier caso deseo explicar porqué a mí me parece que el hecho de la discrepancia no es una razón a favor de ninguna de ambas tesis.

En primer lugar, Waldron establece una conexión firme entre realismo moral y objetivismo moral como si fueran la misma cosa ('descubrimos que no hay lugar para concepciones realistas como la verdad moral y la objetividad moral')¹², Waldron se refiere con aprobación a los trabajos de R. M. Hare como trasfondo de su posición; ahora bien, la posición de Hare es claramente antirrealista en moral pero acepta la objetividad de la moral.¹³ Es más, un caso obvio de candidato a una posición antirrealista pero objetivista en moral es el de la teoría kantiana.¹⁴ Para Kant, los juicios morales más básicos son prescripciones y el principio fundamental de la moralidad es literalmente un imperativo. Quiero decir que la objetividad de la moral no es una idea rehén del realismo en moral, desde posiciones antirrealistas (constructivistas por ejemplo) es posible defender la objetividad de la moral.¹⁵

En segundo lugar, el ámbito de los desacuerdos no ha de ser exagerado. Nadie puede razonablemente defender que es correcto moralmente torturar a los niños para divertirse o traicionar a los amigos. El desacuerdo sólo es inteligible, en moral y en otros ámbitos humanos, en el contexto de un trasfondo de acuerdo. Por otro lado, para que la práctica moral (la práctica humana de evaluar la corrección o incorrección de las acciones) tenga sentido es preciso que haya razones válidas y razones inválidas, que existan criterios para determinar qué cuenta como una razón a favor de una posición y que no cuenta como una razón.

En tercer y último lugar, la idea del autogobierno, presupone que los seres humanos somos autónomos y que dicha autonomía tiene un valor, un valor que se expresa plenamente en el ideal de una sociedad humana de personas que gozan de una igual libertad y que, por lo tanto, se gobierna a sí misma. Esta idea adquiere sentido si suponemos que hay buenas razones para defender la autonomía de las personas y su igual libertad, estas buenas razones hacen de dicha idea un *ideal*. Sospecho que para un escéptico en materia moral, la noción de autogobierno no puede ser un ideal en este sentido, tal vez pueda ser tan sólo una *ilusión*.

¹² *Ibidem*, p. 78.

¹³ R. M. Hare, 'Objective Prescriptions' en R. M. Hare, *Objective Prescriptions and Other Essays* (Oxford: oxford University Press, 1999), cap. 1. He desarrollado más ampliamente estas ideas en José Juan Moreso, 'El reino de los derechos y la objetividad de la moral', *Análisis Filosófico*, XXIII (2003): 117-150.

¹⁴ Vd. Bernard Williams, 'Ethics', en A. C. Grayling (ed.), *Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press, 1995), 546-582, en p. 558.

¹⁵ Son relevantes aquí las consideraciones sobre la objetividad de la moral kantiana de John Rawls, *Lectures on the History of Moral Philosophy* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000), pp. 243-247, en p. 245 Rawls afirma: 'Decir que una convicción moral es objetiva, entonces, es decir que hay razones suficientes para convencer a todas las personas razonables de que es válida o correcta'.